



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.

DOCTORADO EN ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

TESIS DOCTORAL

**PRIVACY & ANTITRUST: LOS PRINCIPIOS PRECURSORES DEL
REGLAMENTO (UE) 2022/1925 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2022 Y SU
IMPACTO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIGITALES.**

con

Mención de Doctor Internacional

Presentada por: **Eduardo Roberto Orozco Martínez.**

Directora: **Profa. Dra. Dña. María José
Corchete Martín**

Profesora de Derecho Constitucional
Departamento de Derecho Público
General

Co-Director: **Prof. Dr. D. Sergio Martín
Guardado**

Profesor de Derecho Constitucional
Departamento de Derecho Público
General

Enero 2024

Cita Recomendada:

OROZCO MARTINEZ E. *Privacy & Antitrust: los principios precursores del Reglamento (UE) 2022/1925 de 14 de septiembre de 2022 y su impacto en los derechos fundamentales europeos*. Tesis de doctorado, Programa en Estado de Derecho y Gobernanza Global. Universidad de Salamanca, España.

Cita Recomendada en Inglés:

OROZCO MARTINEZ E. *Privacy & Antitrust: the precursor principles of Regulation (EU) 2022/1925 of 14 September 2022 and its impact on digital fundamental rights*. Doctoral thesis, Program in the Rule of Law and Global Governance. University of Salamanca, Spain.

*Para Ana Paulina y Santiago.
El agradecimiento es la memoria del corazón.*

" If you want to go fast, go alone. If you want to go far, go together."

African proverb.

ÍNDICE

ÍNDICE	VI
ABREVIATURAS	VIII
NOTA PRELIMINAR	15
RESUMEN	18
ABSTRACT	20
RIASUNTO	21
INTRODUCCIÓN	22
RELACIÓN DIRECTA ENTRE ARTÍCULOS	25
1. <i>Premisa</i>	25
2. <i>El Reglamento (UE) 2022/1925 de 14 de septiembre de 2022</i>	31
2.1 Delimitación de los Servicios Básicos de la Plataforma. (Art. 2 DMA)	31
2.2 Criterios de Designación de los Guardianes (Art. 3 DMA).....	36
2.3 Las Obligaciones de los Guardianes (Arts. 5, 6, 7, 14 y 15 DMA)	37
2.4 El Nuevo Instrumento de Investigación de Mercado (Arts. 16, 17,18 y 19 DMA).....	40
2.5 Otras Facultades de Investigación y Ejecución. (arts. 21, 22, 23 y 26 DMA).....	41
2.6 El DMA y las Autoridades Nacionales (arts. 37, 38, 39, 40, 41 y 50 DMA)	43
3. <i>El Marco Regulatorio Antitrust Europeo</i>	45
3.1 El Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989.....	48
3.2 El Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002	49
3.3 El Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004. EUMR	50
3.4 El Reglamento de Ejecución (UE) no 1269/2013, de 5 de diciembre de 2013	52
4. <i>El Marco Regulatorio de Protección de Datos Personales Europeo</i>	57
4.1 La Tutela de la Vida Privada en el Consejo de Europa	57
4.2 Convenio No. 108 del Consejo de Europa	59
4.3 La Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	61

4.4 EL Modelo de Adecuación Europeo	62
4.5 La Evaluación de Adecuación de la Legislación del Estado Tercero.	63
4.6 Excepciones al Principio de "Protección Adecuada"	67
5. <i>El DMA: El encuentro jurídico-armónico entre Antitrust Enforcement y Data Privacy</i>	70
CONCLUSIONES	79
CONCLUSIONI	85
ANEXO I: RECOPIACIÓN DE PUBLICACIONES	91
<i>La Regolazione Antitrust dello Stagno Digitale Mediterraneo</i>	92
<i>Killer Acquisition Theory of Harm y la Autonomía de las Partes. Illumina/Pacific y Pay Pal/iZettle</i>	123
<i>La Legislazione Messicana in Materia di Protezione dei Dati Personali Soddisfa il Criterio d'Adeguatezza Europeo?</i>	167

ABREVIATURAS

ALP/ALS	<i>Arm's Length Principle</i> / Principio de plena competencia
APA	<i>Advance Pricing Agreement</i>
Art.	Artículo
ATAD	Anti-tax avoidance Directive
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORM	Boletín Oficial del Registro Mercantil
BR	<i>Business Restructuring</i> / Reestructuración Empresarial
Cap.	Capítulo
CbCR	<i>Country by Country Report</i> / Informe País por País
CDI	Convenio para evitar la Doble Imposición
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CFC	<i>Controlled Foreign Company</i>
CNMV	Comisión Nacional de Mercado de Valores
DEMPE	<i>Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation /</i> Desarrollo, Mejora, Mantenimiento, Protección y Explotación
DPT	Directrices de la OCDE aplicables en materia de Precios de Transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias
EEE	Espacio Económico Europeo
ED	Economía Digital
EOIR	<i>Exchange of Information on Request</i>
EP	Establecimiento Permanente
	<i>Effective tax rate</i>
ETR	Impuesto mínimo global

EUJTPF	EU Joint Transfer Pricing Forum / Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia de la UE
EUMR	<i>European Merger Regulation</i> / Regolamento 139/2004
GAAR	<i>General Anti-Abuse Rule</i> / Norma Anti-Abuso General
GILTI	Global Intangible Low-Taxed Income
GloBE	<i>Global Anti-Base Erosion</i>
IIR	Income Inclusion Rule / Regla de Inclusión de la Renta
LGT	Ley General Tributaria
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
MC OCDE	Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE
MC ONU	Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble
MiCA	Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council

on Markets in Crypto-assets, and
amending Directive (EU)
2019/1937COM/2020/593

MLBO	<i>Merger Leveraged Buy-Out /</i> Fusión apalancada
MNE	Empresa Multinacional / <i>Multinational Enterprise</i>
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
NRV	Norma de Registro y Valoración/ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
M&A	<i>Mergers and Acquisitions /</i> Fusiones y adquisiciones.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
P.	Página
Párr.	Párrafo/s
Pp.	Páginas

PYME	Pequeña y Mediana Empresa Sociedad Anónima
RAE	Real Academia de la lengua Española
RIS	Reglamento del Impuesto a Sociedades
SA	Sociedad Anónima
SAAR	<i>Specific Anti-Abuse Rule</i> / Norma Anti-Abuso Específica
SAOA	Standard Authorised OECD Approach
SC	Sociedad Civil
SEPD	Supervisor Europeo de Protección de Datos
RGPD/GDPR	Reglamento General de Protección de Datos

SOR	<i>Switch-Over Rule</i> / Regla de Conversión
SL	Sociedad Limitada
SPAC	<i>“Special Purpose Acquisition Company”</i> / Empresa de adquisición con propósito especial
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
S. Com.	Sociedad Comanditaria Simple
S. Com. por A	Sociedad Comanditaria por Acciones
STTR	<i>Subject to Tax Rule</i> / Regla de la Sujeción Efectiva
UE	Unión Europea

UPE

Ultimate parent entity

UTPR

Undertaxed Payments Rule /
Regla de Pago con Bajos Impuestos

NOTA PRELIMINAR

Como acordado desde el primer año del doctorado, se alcanzará el título de Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca a través del formato de compendio de artículos/publicaciones aprobado por Comisión de Doctorado y Posgrado, 15 de febrero de 2013¹.

A este respecto, Hemos decidido que dichas publicaciones formen un marco referencial para la llegada de la Reglamento de Mercados Digitales - Reglamento (UE) 2022/1925 -que, según nuestra óptica, influye principalmente en dos grandes ámbitos regulatorios digitales: La regulación de la competencia o Antitrust digital europea y la regulación digital del derecho a la protección de datos.

En ámbito Antitrust europeo, se han realizado las siguientes publicaciones:

1. “La Regolazione Antitrust dello Stagno Digitale Mediterraneo”

Artículo recibido: 28 de mayo de 2021.

Artículo aprobado: 10 de julio de 2022.

Citación sugerida: OROZCO MARTÍNEZ, E. 2022, 11/04/2022-Killer acquisition theory of harm y la autonomía de las partes: illumina/ pacific biosciences y paypal/izettle. Available: <http://www.revista-aji.com/numero-16/> [2022, 04/15].

2. “Killer Acquisition Theory of Harm y la Autonomía de las Partes. Illumina/Pacific y Pay Pal/iZettle”.

Artículo recibido: 15 de noviembre de 2021

Artículo aprobado: 10 de enero de 2022

Citación sugerida: OROZCO MARTÍNEZ, E. La regolazione Antitrust dello Stagno digitale Mediterraneo. En BOTTARO G. La questione Mediterraneo - Tradizione, cambiamenti, prospettive [en línea]. Disponible en: <https://messinaup->

¹ COMISIÓN DE DOCTORADO Y POSGRADO USAL. *Procedimiento para la presentación de la tesis doctoral en la Universidad de Salamanca en formato de compendio de tesis/publicaciones* [en línea]. Disponible en: https://posgrado.usal.es/TESIS%20NUEVA%202012/Formato_Tesis_compendio.pdf [Consultado: 11/11/2023].

pubblicazioni.unime.it/index.php/mup/catalog/book/1 pp. 366-380 [Consultado: 05/04/2023]

En ámbito de regulación de protección de datos:

3. “La Legislazione Messicana in Materia di Protezione dei Dati Personali Soddisfa il Criterio d’Adeguatezza Europeo?”

Artículo recibido: 28 de agosto de 2022

Artículo aprobado: 1 de febrero de 2023

Citación sugerida: OROZCO MARTÍNEZ, E. La Legislazione messicana in materia di protezione dei dati personali soddisfa il criterio d’adeguatezza europeo? en Somma. *A Comparative Law Review Sustainability and Innovation: Perspectives of Comparative law* [online] Disponible en: <http://www.comparativelawreview.unipg.it/index.php/comparative/article/view/265/207> [Consultado: 27/06/2023]

Como se puede notar, dos de los tres artículos publicados están escritos en lengua italiana. La razón fundamental de la elección de una lengua diferente al castellano fue con el fin de expandir la platea de discusión académica y motivar la curiosidad científica de tópicos tradicionalmente tratados por hispanohablantes en un público con un creciente interés en Iberoamérica.

Es importante destacar que, para la redacción “*La regolazione Antitrust dello Stagno digitale Mediterraneo*” se realizó un periodo de investigación en el extranjero en el “*Strathclyde Centre for Internet Law and Policy (SCILP)*”² del 1/08/2002 al 1/11/2022 bajo la supervisión de la Profa. Dra. Angela Daly. Dicho Centro, si bien se encuentra formalmente fuera de la Unión Europea, está ubicado en Glasgow, Escocia, uno de los bastiones pro europeo más evidentes en el Reino Unido y que continúa invirtiendo en la investigación de los diferentes mercados digitales del globo. Esta experiencia no sólo ayudó al doctorando a

² UNIVERSITY OF STRATHCLYDE. *Centre for Internet Law & Policy* [en línea]. Disponible en: <https://www.strath.ac.uk/humanities/lawschool/centreforinternetlawandpolicy/> [Consultado: 11/11/2023].

cumplimentar redactar el artículo antes mencionado, sino también podrá obtener la mención de doctor internacional bajo las regulaciones vigentes de la Universidad de Salamanca. En el Anexo I de este trabajo, pueden encontrarse los documentos de soporte de la citada experiencia en el extranjero. Finalmente, el citado periodo de investigación cumple con los requisitos formales para que el doctorando opte por la mención de “Doctor Internacional”. Esta mención es solamente aplicable a los títulos de doctor de tesis defendidas y matriculadas dentro de programas de doctorado regulados conforme al R.D. 1393/2007 y R.D. 99/2011³.

³ USAL. *Mención doctorado Internacional* [en línea]. Disponible en: <https://www.usal.es/mencion-doctorado-internacional> [Consultado: 11/11/2023].

RESUMEN

"Vivimos alrededor de un mar como ranas alrededor de un estanque". Con esta expresión atribuida a Sócrates en el Fedón de Platón se puede percibir la importancia de la interconexión social, cultural y económica dentro del área mediterránea desde el siglo V a.C. Este trabajo analiza la evolución de dicha interacción en el "estanque" digital europeo centrándonos en el último capítulo regulatorio de la saga: el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828, mejor conocido como el Reglamento de Mercados Digitales. La citada regulación europea puede ser objeto de estudio trasversal tanto por Derecho antimonopólico europeo como por parte del marco jurídico de protección de datos personales encarnado en el RGPD. En efecto, notamos que el legislador europeo realizó un esfuerzo en brindar un marco normativo eficaz que *"garantice la competencia leal entre las plataformas digitales, independientemente de su tamaño, para ampliar la oferta para los consumidores y promover nuevas oportunidades para las pequeñas empresas"*⁴ además de: *"fortalecer los derechos fundamentales de las personas en la era digital y facilitar la actividad económica, ya que aclara las normas aplicables a las empresas y los organismos públicos en el mercado único digital"*⁵. El presente estudio está articulado en forma de tres publicaciones científicas en diversas revistas científicas que tratan de dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿La regulación de la competencia y del mercado de la UE encarnada en los arts. que van del 101 al 109 del TFUE se presentan como un marco sólido para supeditar el bienestar del consumidor final en el Mercado Digital Europeo o bien es necesario reformular los conceptos fundamentales y adaptarlos a la IV Revolución Industrial? y ¿La Ley de Mercados Digitales continúa sobre la misma doctrina de la regulación europea en materia de protección de datos⁶, reafirmando

⁴ COMISIÓN E. *Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales)*. [en línea]. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-markets-act/> Consultado: 11/11/2023].

⁵ COMISIÓN E. *El Reglamento general de protección de datos (RGPD), la Directiva sobre protección de datos en el ámbito penal y otras normas relativas a la protección de datos personales*. [en línea]. Disponible en: https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_es [Consultado: 11/11/2023].

⁶ COMISIÓN E. *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*

un enfoque bicéfalo basado en la gestión del riesgo y la responsabilidad en el momento de defender la *privacy* del ciudadano europeo en la economía digital o regresa a un concepto primario propio del “*Right to be alone*”⁷?

general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE) [en línea]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> [Consultado: 11/11/2023].

⁷ WARREN S., BRANDEILS L., *The right to privacy*, Harvard Law Review, 1890, Vol. 4, N. 5, p. 195.

ABSTRACT

"We live around a sea like frogs around a pond ". This expression attributed to Socrates shows the importance of the social, cultural, and economic interconnection within the Mediterranean area since the 5th century B.C. This work analyzes the evolution of this interaction in the "pond" European digital focusing on the latest regulatory chapter of the saga: Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and the Council of 14 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 better known as the Digital Markets Regulation. This European regulation can be the subject of cross-sectional study both by European antitrust law and by the legal framework for the protection of personal data embodied in the GDPR. Indeed, we note that the European legislator made an effort to provide an effective regulatory framework which *"ensure fair competition between digital platforms, regardless of their size, to expand supply for consumers and promote new opportunities for small businesses"*, in addition to: *"strengthening the fundamental rights of people in the digital age and facilitating economic activity, as it clarifies the rules applicable to businesses and public bodies in the digital single market"*. The present study is organized in the form of three scientific publications in various scientific journals that seek to answer the following questions: The regulation of competition and the EU market embodied in the arts. 101 to 109 TFEU present a solid framework to subordinate the welfare of the final consumer in the European Digital Market or is it necessary to reformulate the fundamental concepts and adapt them to the Fourth Industrial Revolution? and Does the Digital Markets Act contain the same doctrine of European data protection regulation , reaffirming a two-headed approach based on risk and responsibility management when defending the privacy of the European citizen in the digital economy or returning to a primary concept of *"Right to be alone"*⁸?

⁸ WARREN S., BRANDEILS L., *The right to privacy*, Harvard Law Review, 1890, Vol. 4, N. 5, p. 195.

RIASUNTO

"Viviamo intorno a un mare come rane intorno a uno stagno". Con questa espressione attribuita a Socrate si può percepire l'importanza dell'interconnessione sociale, culturale ed economica all'interno dell'area mediterranea dal V secolo a.C. Questo lavoro analizza l'evoluzione di tale interazione nello "stagno" digitale europeo concentrandosi sull'ultimo capitolo normativo della saga: il regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828, noto come il regolamento sui mercati digitali. La suddetta normativa europea può essere oggetto di esame trasversale sia dal diritto antitrust europeo sia dal quadro giuridico di protezione dei dati personali incarnato nel GDPR. Notiamo infatti che il legislatore europeo ha compiuto uno sforzo per fornire un quadro normativo efficace che *"garantisce una concorrenza leale tra le piattaforme digitali, indipendentemente dalle loro dimensioni, per ampliare l'offerta per i consumatori e promuovere nuove opportunità per le piccole imprese "* e: *"rafforza i diritti fondamentali delle persone nell'era digitale e facilita l'attività economica, chiarendo le norme applicabili alle imprese e agli enti pubblici nel mercato unico digitale "*. Il presente studio è articolato in tre pubblicazioni scientifiche in varie riviste scientifiche che cercano di rispondere alle seguenti domande: la regolamentazione della concorrenza e del mercato dell'UE incarnata negli art. che vanno dal 101 al 109 TFUE sono un quadro solido per subordinare il benessere del consumatore finale nel mercato digitale europeo o è necessario riformulare i concetti fondamentali e adattarli alla IV rivoluzione industriale? e se la legge sui mercati digitali mantiene la stessa scia dottrinale della regolamentazione europea in materia di protezione dei dati , riaffermando un approccio bicefalo basato sulla gestione del rischio e sulla responsabilità nel difendere la *privacy* del cittadino europeo nell'economia digitale o torna indietro ad un concetto primario proprio del *"Right to be alone"*⁹?

⁹ WARREN S., BRANDEILS L., *The right to privacy*, Harvard Law Review, 1890, Vol. 4, N. 5, p. 195.

INTRODUCCIÓN

La historia de la defensa de la competencia y la tecnología están profundamente vinculadas. Esta interconexión casi simbiótica se remonta a finales del siglo XIX. En ese momento, la tecnología disruptiva se identificó en el desarrollo vertiginoso del sistema ferroviario. La respuesta del Congreso de los Estados Unidos a esta innovación vino a través de la aprobación de la Ley *Sherman* de 1890 para contrarrestar el creciente monopolio de los ferrocarriles en la Nación. Posteriormente, el control regulatorio pasó al sector del transporte, particularmente a la *Standard oil Company* y su control sobre un insumo clave para el crecimiento económico del siglo XX. Una vez más, la respuesta del Congreso fue un instrumento legislativo: la Ley *Clayton* de 1914, que completó y fortaleció las disposiciones generales de la Ley *Sherman*. Más tarde, en el mismo siglo, la Autoridad de Defensa de la Competencia de Estados Unidos volvió su mirada reguladora hacia la revolución de las telecomunicaciones. Durante la década de 1990, la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos detuvo las prácticas monopolísticas de *Microsoft Inc.* en el mercado de los navegadores. En la primera década del nuevo milenio, el mercado digital y, en particular, el *Killer Acquisition Phenomenon* encontraron puntos reguladores comunes a ambos lados del Atlántico. Hoy, finalmente, consideramos que la realidad virtual (Metaverse, Mesh for Teams, etc.) será la protagonista del siguiente capítulo de la saga Antimonopolio.

Según el análisis del Prof. Díez Estrella, hace algunos años se afirmó que el mercado digital se caracterizaba por el uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación y, en gran medida, las mismas economías convergieron en Internet como eje del modelo de negocio (economía basada en la web). Hoy - y no puede ser de otra manera en un sector cuyo modelo de negocio es innovador, dinámico y, en cierto modo, "disruptivo" - hay muchos atributos añadidos que afectan fuertemente al mercado digital: el hecho de que opera en más de una plataforma (dos caras); el uso de la popularidad y la extensión de las redes sociales que sitúan en el centro de su modelo de negocio la recopilación, organización y tránsito de

Big Data; y finalmente, una traducción de la economía basada en la web a la economía basada en aplicaciones como modelo empresarial¹⁰.

Para hacer frente a los cambios vertiginosos característicos de la economía digital, la Comisión Europea publicó el 12 de octubre de 2023 el Reglamento (UE) 2022/1925, o *Digital Markets Act* en el Diario Oficial de la Unión Europea. El DMA se ha definido como una declaración de los principios fundamentales que son esenciales para la correcta aplicación del Derecho de competencia en el mercado digital europeo. Es precisamente a partir del DMA que comienzan las reflexiones objeto de este trabajo y que hemos desglosado en tres artículos publicados en diversas revistas científicas de la UE.

En primer lugar, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿el uso de las herramientas tradicionalmente utilizadas por el derecho de la competencia es adecuado o resulta obsoleto para la economía digital? Para dar una respuesta adecuada, partimos del estudio de las características del mercado digital europeo. Posteriormente, exploramos con mayor detalle en el Informe Final de la Comisión publicado en abril de 2019 titulado: “Política de Competencia para la Era Digital”. Finalmente, presentamos las razones por las que los expertos en la materia creen que es urgente actualizar la legislación para poder correr al mismo ritmo que las empresas emergentes en las vías digitales de la nueva economía. Nuestras conclusiones las enmarcamos en el artículo titulado: “*La Regolazione Antitrust dello Stagno Digitale Mediterraneo*” publicado en: “*La questione Mediterraneo - Tradizione, cambiamenti, prospettive*¹¹.” el pasado mes de abril de 2023.

De las conclusiones del primer artículo, pudimos comprender el problema fundamental que la Autoridad Regulatoria *Antitrust* europea, de los Estados Unidos y de Reino Unido enfrentan en la economía digital y que fue identificado y conceptualizado por Cunningham,

¹⁰ F. DIEZ ESTRELLA. La Aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de 2019, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2019 pp. 145-183

¹¹ OROZCO MARTÍNEZ E. *La regolazione Antitrust dello Stagno digitale Mediterraneo*. En BOTTARO G. *La questione Mediterraneo - Tradizione, cambiamenti, prospettive* [en línea]. Disponible en: <https://messinaup-pubblicazioni.unime.it/index.php/mup/catalog/book/1> pp. 366-380 [Consultado: 05/04/2023]

Ederer y Ma en su obra titulada: “*Killer Acquisitions*”. Las “fusiones asesinas” son definidas por los autores antes citados como un evento en el que la empresa adquiriente tiene como objetivo principal el: “*interrumpir el desarrollo de los proyectos de innovación de la empresa adquirida y así evitar la competencia futura*”. Por la definición, es claro que se trata de una teoría del daño al mercado y no tanto de una categoría de adquisiciones. Dicho daño se materializa cuando el *incumbent* neutraliza el desarrollo de un producto/servicio a través de la adquisición de la empresa competidora.

Con el fin de subrayar que las “fusiones asesinas” son un problema latente en los mercados digitales no solo de las Naciones miembros de la UE, sino de todo el Occidente digitalizado, nos propusimos aplicar la teoría diseñada por *Cunningham, Ederer y Ma* en la fusión de *Illumina, Inc/Pacific Biosciences of California, Inc*, (Estados Unidos) y de *Paypal/iZettle* (Reino Unido). Nuestras conclusiones a dichas fusiones fueron publicadas con el título: “*Killer Acquisition Theory of Harm y la Autonomía de las Partes: Illumina /Pacific Biosciences y PayPal/iZettle*” en la revista: “*Actualidad Jurídica Iberoamericana*” del pasado febrero de 2022¹².

Finalmente, decidimos explorar otra rama de regulación que el Reglamento de Mercados Digitales trastoca y que es uno de los pilares y éxitos del Mercado Común: el Reglamento general de protección de datos¹³. En este caso, nos centramos en analizar el criterio de adecuación como vía para la transferencia internacional de datos entre la Unión Europea y un tercer país. A partir de un estudio jurídico comparado, se evaluó si el ordenamiento jurídico mexicano satisfaría los requisitos de adecuación europeos en caso de que el Gobierno de México decidiera iniciar el trámite para convertirse en país receptor de datos europeos con el fin de fortalecer las relaciones económicas con la UE. Nuestro trabajo fue publicado por la revista *Comparative Law Review* el pasado mes de mayo.

¹² OROZCO MARTÍNEZ, E. *Killer acquisition theory of harm y la autonomía de las partes: illumina/ pacific biosciences y paypal/izettle* [en línea]. Disponible en: [http://www.revista-aji.com/numero-16/\[2022, 04/15\]](http://www.revista-aji.com/numero-16/[2022, 04/15]).

¹³ <https://www.boe.es/doi/2016/119/L00001-00088.pdf> [Consultado: 05/04/2023]

RELACIÓN DIRECTA ENTRE ARTÍCULOS

1. Premisa

"Vivimos alrededor de un mar como ranas alrededor de un estanque". Con esta expresión atribuida a Sócrates en el Fedón de Platón se puede percibir la importancia de la interconexión social, cultural y económica dentro del área mediterránea desde el siglo V a.C. Este trabajo analiza la evolución de dicha interacción en el "estanque" digital europeo centrándonos en el último capítulo regulatorio de la saga: el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828¹⁴, mejor conocido como el Reglamento de Mercados Digitales¹⁵.

Hemos sido testigos que, durante los últimos 20 años, plataformas digitales como: Amazon, Google, Facebook-Meta, Apple y Microsoft han ocupado una parte importante de nuestras vidas. Los beneficios de la digitalización son evidentes. Sin embargo, se ha demostrado que algunas de las citadas plataformas, dominantes en el mercado digital, tienen ventajas desproporcionadas sobre sus competidores y pueden crear un impacto negativo en la democracia europea, en los derechos fundamentales del ciudadano y en la economía del Mercado Único. Con el fin de corregir los citados desequilibrios, el legislador europeo trabajó para actualizar las normas sobre servicios digitales con la introducción de la Ley de Mercados Digitales y la Ley de Servicios Digitales.

¹⁴ COMISIÓN E. Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). [en línea]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925> [Consultado: 11/11/2023].

¹⁵ La Comisión Europea dio a conocer un borrador de la Ley de Mercados Digitales el 15 de diciembre de 2020. Los llamados "guardianes" que han surgido como puntos de entrada cruciales para el comercio y los usuarios finales son el foco del DMA colocando una serie de requisitos que prohíben efectivamente los comportamientos normales de la plataforma de Internet. La Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo fue la responsable del DMA,. El 24 de marzo de 2022, se estableció un acuerdo político provisional después de cuatro discusiones a tres bandas. 24 de marzo de 2022. El texto fue adoptado por el Comité de Representantes Permanentes, el primer órgano preparatorio del Consejo, el 11 de mayo de 2022; sin embargo, ahora también debe ser aprobado por el Parlamento para que sea efectivo. Finalmente, el DMA entró en vigor el 1/11/2022

Como reportamos en la introducción de este trabajo, la economía digitalizada contiene características intrínsecas que dificultan la correcta aplicación de la legislación *Antitrust* y la defensa de los derechos de *privacy* de los ciudadanos europeos. Hemos sido testigos de cómo los GAFAM ha conseguido eludir el derecho de la competencia y ha realizado, en nuestra opinión, "fusiones asesinas" para evitar una amenaza a su posición dominante en detrimento de la innovación y el suministro al consumidor final. En este contexto, la UE ha aprobado el Reglamento (UE) 2022/1925. La Ley de Mercados Digitales de la UE que "*constituye un nuevo instrumento regulador diseñado para limitar el poder económico de los "Gatekeepers"¹⁶, es decir, las plataformas digitales que operan como "pasarelas" entre los negocios y los usuarios finales¹⁷*". En las siguientes páginas destacaremos los aspectos más importantes sobre el DMA en relación con fenómeno del "*Killer Acquisition*".

El objetivo de la regulación DMA es nivelar el campo de juego para todas las empresas digitales, independientemente del tamaño. La Ley de mercados digitales proporciona directrices claras sobre lo que las principales plataformas en línea pueden y no pueden hacer en la UE para poner fin a las prácticas desleales contra las empresas y los consumidores. Los *gatekeepers* ya no podrán menospreciar otros servicios y productos comparables proporcionados por terceros en el mismo sitio web en favor de sus propios servicios y bienes. Consecuentemente, no pueden impedir que los consumidores elijan eliminar cualquier *software* preinstalado. Además, se mejorará la interoperabilidad de las plataformas de comunicaciones: los usuarios de plataformas pequeñas y grandes podrán comunicarse entre sí a través de estos programas enviando mensajes, archivos o videollamadas. Diseñadas para promover la innovación, el crecimiento y la competitividad, estas normas ayudarán a las empresas pequeñas y emergentes a competir con las empresas dominantes¹⁸. Por otro lado, al defender los derechos fundamentales en línea, el Reglamento

¹⁶ 'Gatekeeper' means an undertaking providing core platform services, designated pursuant to Article 3 DMA

¹⁷ MORENO BELLOSO, N.; PETIT, N. *The EU Digital Markets Act (DMA): A Competition Hand in a Regulatory Glove*. [online]. Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4358589 [Consultado: 30/05/2023]

¹⁸ European P. *La Ley de Mercados Digitales y la Ley de Servicios digitales, explicadas* [online]. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20211209STO19124/la-ley-de-mercados-digitales-y-la-ley-de-servicios-digitales->

(UE) 2022/2065 de la Ley de servicios digitales de la UE¹⁹ tiene como objetivo hacer de Internet un lugar más seguro tanto para los consumidores como para las empresas. Las cuestiones clave abordadas por las nuevas directrices incluyen la regulación y eliminación de los sistemas algorítmicos que aumentan la difusión de información engañosa, así como el comercio en línea y el intercambio de bienes, servicios y contenidos ilícitos. Los usuarios tendrán más control sobre lo que ven en línea gracias a las nuevas regulaciones. Tendrán una mejor comprensión de por qué se sugiere contenido específico y tendrán la opción de rechazar o revocar su acuerdo para recibir anuncios personalizados. La nueva norma prohíbe toda la publicidad dirigida a los niños, así como la publicidad específica basada en información privada (como orientación sexual, religión o raza). Además, los usuarios estarán mejor protegidos contra contenidos ilegales y dañinos. Las nuevas normas garantizarán que dicho contenido se elimine lo antes posible. También ayudarán a combatir contenidos dañinos como la desinformación política o sanitaria²⁰, que no son necesariamente ilegales. También habrá mejores normas para proteger la libertad de expresión. Por último, la DSA incluirá disposiciones para garantizar que los productos vendidos en línea sean seguros y cumplan las normas más estrictas de la UE²¹.

Ahora bien, consideramos que el Reglamento de Mercados Digitales, el cual entró en vigor el 2 de mayo de 2023²² puede ser objeto de estudio transversal tanto por Derecho antimonopólico europeo como por parte del marco jurídico de protección de datos personales encarnado en el RGPD. En efecto, notamos un esfuerzo en brindar un marco normativo eficaz que *“garantice la competencia leal entre las plataformas digitales, independientemente de su tamaño, para ampliar la oferta para los consumidores y promover*

[explicadas?gclid=CjwKCAjwvJyjBhApEiwAWz2nLbHHQBO_S0Us2tmAOq6WxtxSRIEJ5M9oJiAsSeUT2LYnQQh_LlbHrBoCp_sQAvD_BwE](https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj) [Consultado: 30/05/2023]

¹⁹ European C. Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (Text with EEA relevance) [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj> [Consultado: 30/05/2023]

²⁰ Euroepan P. *Cómo abordar el contenido ilícito o nocivo online: las propuestas del PE* [online]. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/priorities/transformacion-digital/20201022STO89919/como-hacer-frente-al-contenido-en-linea-ilegal-o-nocivo-las-propuestas-del-pe> [Consultado: 30/05/2023]

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

nuevas oportunidades para las pequeñas empresas²³” además de: “fortalecer los derechos fundamentales de las personas en la era digital y facilitar la actividad económica, ya que aclara las normas aplicables a las empresas y los organismos públicos en el mercado único digital²⁴”.

Antes de adentrarnos en temas relacionados con las problemáticas de índole regulatorio identificadas a partir del nacimiento y establecimiento de la economía digital y las vicisitudes que se han creado en materia de precios de transferencia con la piedra angular de dicha economía identificada en el activo intangible, es sin duda un paso esencial a efectos de este estudio, el centrar la primera parte del mismo en definir qué entendemos con el término “economía digital” y cuáles son sus características principales. Los primeros vestigios de la caracterización de la “nueva economía” nos la ofrece, por una parte, Don Tapscott, una de las principales referencias en cuanto al impacto de la tecnología en los negocios y en la sociedad, en su obra de 1996²⁵: *“A new medium of human communications is emerging, one that may prove to surpass all previous revolutions. The computer is expanding from a tool for information management to a tool for communications. Interactive multimedia and the so-called information highway, and its exemplar the Internet, are enabling a new economy based on the networking of human intelligence” (...)* *“In the old economy, information flow was physical: cash, checks, invoices, bills of lading, reports, face-to-face meetings, analog telephone calls or radio and television transmissions, blueprints, maps, photographs, musical scores, and direct mail advertisements. In the new economy, information in all its forms becomes digital reduced to bits stored in computers and racing at the speed of light across networks”*. Por otro lado, encontramos las primeras referencias al mundo digital por parte de una Autoridad nacional en el informe llamado *“The Emerging Digital Economy”* elaborado por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos en 1998, el cual afirmaba que: *“Recent rapid growth of the Internet is in part attributable to its strength as a medium of communication, education and entertainment, and, more recently, as a tool for electronic*

²³ COMISIÓN E. *Reglamento de Mercados Digitales* [en línea]. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/digital-markets-act/> [Consultado: 11/11/2023].

²⁴ https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_es

²⁵ TAPSCOTT, D. *The Digital economy: promise and peril in age of networked intelligence*. McGraw-Hill; Primera Edición. Nueva York. 1996

*commerce. Businesses in virtually every sector of the economy are beginning to use the Internet to cut the cost of purchasing, manage supplier relationships, streamline logistics and inventory, plan production, and reach new and existing customers more effectively*²⁶”.

Nos permitimos, a este punto, el citar algunas definiciones de ED que se ajustan a nuestro objeto de estudio.

El Prof. Pascual Parada Torralba²⁷ parte de la definición de economía de J. Pérez Porto y A. Gardey (2008): “*ciencia que estudia cómo se organiza una sociedad para crear riqueza a través de la utilización de los recursos disponibles, su transformación en bienes y servicios, su distribución y consumo*” y nos ofrece, a partir de esta perspectiva una definición de economía digital cuyo objetivo es estudiar “*un contexto evolucionado en el que la tecnología digital ha impactado de forma sustancial las distintas formas de creación de riqueza*²⁸”. En los Resúmenes Finales de BEPS de 2015 encontramos una breve definición de economía digital que mantiene el mismo espíritu de cuanto referido por Pérez Porto, Gardey y, más recientemente, Parada Torralba: “La economía digital es el resultado de un proceso de transformación desencadenado por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), cuya revolución ha abaratado y potenciado las tecnologías, al tiempo que las ha estandarizado ampliamente, mejorando así los procesos comerciales e impulsando la innovación en todos los sectores de la economía²⁹”. La Profa. Moreno González sintetiza las reflexiones contenidas en la Acción 1 del Plan BEPS³⁰ y acuña una definición *ad hoc*: “*la ED es el resultado de un proceso de transformación del comercio y de los modelos de*

²⁶ MARHERIO, L. *The Emerging Digital Economy* [en línea]. Disponible en: https://www.commerce.gov/sites/default/files/migrated/reports/emergingdig_0.pdf [Consultado: 2/12/2022]. p. 2 MORENO GONZÁLEZ, S. (Dir.) *Tendencias y Desafíos Fiscales de la Economía Digital*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2018 p. 101

²⁷ MORENO GONZÁLEZ, S. (Dir.) *Tendencias y Desafíos Fiscales de la Economía Digital*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2018 capítulo II pág 81

²⁸ *Ivi.*

²⁹ OECD. *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Resúmenes Finales 2015* [en línea]. Disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenenes-informes-finales-2015.pdf> p.5 [Consultado: 2/12/2022].

³⁰ OECD. *¿Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital?* [en línea]. Disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf> [Consultado: 2/12/2022]. Pp-15-16: “*La Acción 1 del Plan BEPS, que concibe a la ED como el “resultado de un proceso de transformación desencadenado por las TIC (...) que ha abaratado y potenciado las tecnologías, al tiempo que las ha estandarizado ampliamente, mejorando así los procesos comerciales e impulsando la innovación en todos los sectores de la economía”*

negocio consecuencia de la irrupción y progreso de las TIC y la digitalización, considerada como la innovación más relevante de la economía desde la revolución industrial”.

Con el fin de delinear las características de la economía digital de una manera homogénea, nos basaremos en el informe de la Comisión Europea titulado: “*Competition Policy for the Digital Era*³¹” publicado en abril de 2019. Este documento se presenta como una declaración sobre los principios clave que la Comisión considera esenciales para la aplicación de la ley en el mercado digital europeo.

El *Final Report* resume tres características fundamentales de los mercados digitales en el Capítulo 2:

- a) Rendimientos de escala extremos. - El costo de producción de los servicios digitales es mucho menor que el número de clientes atendidos. Aunque este aspecto no es nuevo como tal (las fábricas más grandes o los minoristas son a menudo más eficientes que las más pequeñas), el mundo digital lo lleva al extremo y esto puede conducir a una ventaja competitiva significativa para los *incumbents*³².

- b) Externalidades de red. - La conveniencia de utilizar una tecnología o un servicio aumenta con el número de usuarios que lo adoptan. Por lo tanto, no basta con que un nuevo operador ofrezca una calidad mejor y/o un precio más bajo que el *incumbent*; también hay que convencer a los usuarios del operador de que coordinen su migración a sus servicios. Por lo tanto, los efectos de red pueden impedir que una plataforma superior sustituya a un operador existente. El tamaño de esta ventaja del operador histórico depende de una serie de factores, incluyendo la posibilidad de multi-homing, portabilidad de datos y la interoperabilidad de los datos.

³¹ En adelante, *Final Report*.

³² POMA L. *Dizionario di Economia e Finanza (2012) Treccani*. [en línea]. Disponible en: https://www.treccani.it/enciclopedia/incumbent_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/ [Consultado: 2/12/2022]: “*Empresa, generalmente de grandes dimensiones, que es monopolista de un mercado específico e intenta bloquear la entrada de otras empresas, definidas como entrantes. I. de un mercado puede ser también un grupo de empresas oligopolistas que actúan al unísono para bloquear la entrada de nuevos competidores*”.

- c) El papel de los datos. - La evolución de la tecnología ha permitido a las empresas recopilar, almacenar y utilizar grandes cantidades de datos. Los datos no son solo uno de los ingredientes clave de la inteligencia artificial, sino también un insumo crucial para muchos servicios en línea, procesos de producción y logística. Por lo tanto, la capacidad de utilizar los datos para desarrollar nuevos servicios y productos innovadores es un parámetro competitivo cuya relevancia seguirá aumentando³³

A este punto, es importante analizar, aunque sea de manera substancial, los preceptos fundamentales regulados en el DMA con el fin de poder justificar la relación directa de los artículos científicos escritos durante los tres años de doctorado.

2. El Reglamento (UE) 2022/1925 de 14 de septiembre de 2022

2.1 Delimitación de los Servicios Básicos de la Plataforma. (Art. 2 DMA)

El DMA no proporciona una definición de servicios básicos brindados por una plataforma digital. Sin embargo, nos da algunas características específicas en el considerando 2 para identificarlas: *"Un ejemplo de tales características de los servicios básicos de plataforma son las economías de escala extremas, que a menudo resultan de costes marginales casi nulos para agregar usuarios empresariales o usuarios finales. Otras de las características de los servicios básicos de la plataforma son efectos de red muy fuertes, una capacidad para conectar a muchos usuarios empresariales con muchos usuarios finales a través de la multiplicidad de estos servicios, un grado significativo de dependencia tanto de los usuarios empresariales como de los usuarios finales, efectos de bloqueo, falta de multidireccionamiento para el mismo propósito por parte de los usuarios finales, integración vertical y ventajas basadas en datos. Todas estas características, combinadas con las prácticas desleales de las empresas que prestan los servicios básicos de la plataforma, pueden tener el efecto de socavar sustancialmente la impugnabilidad de los servicios básicos de la plataforma"*³⁴

³³ "Competition Policy for the Digital Era" Capítulo 2 p. 2. Traducción por el autor.

³⁴ European C. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU)

Tras mostrar los objetivos generales perseguidos por el DMA en el art. 1, el legislador europeo decidió enumerar los servicios básicos de la plataforma de manera general. Por los objetivos definidos en este trabajo, trataremos de definir de manera más más específica los citados servicios a continuación:

- a) *Servicios de intermediación en línea.* - servicios que cumplen los criterios siguientes: se consideran servicios de la sociedad de la información con arreglo al artículo 1(1)(b) de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo; permiten a los usuarios comerciales ofrecer bienes o servicios a los consumidores con la intención de facilitar el inicio de transacciones directas entre esos usuarios comerciales y los consumidores, con independencia de dónde se concluyan en última instancia esas transacciones; se proporcionan a los usuarios empresariales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de esos servicios y los usuarios empresariales, que ofrecen bienes o servicios a los consumidores.
- b) *Motor de búsqueda en línea.* - Es un servicio digital que permite a los usuarios introducir términos de búsqueda para realizar búsquedas de, teóricamente, todos los sitios web en un idioma específico basado en una consulta sobre cualquier tema en forma de palabra clave, solicitud de voz, frase, u otras entradas, y devuelve los resultados en cualquier formato en el que se puede encontrar información relacionada con el contenido solicitado.
- c) *Servicio de redes sociales en línea.* - Un servicio de redes sociales es una herramienta de creación de comunidad en línea diseñada para ayudar a los usuarios a conectarse con otros que tienen intereses, aspiraciones e incluso relaciones de la vida real similares. Es un servicio online que requiere la creación de un perfil personal por parte del usuario. Estos perfiles proporcionan su información de contacto, así como sus áreas de interés. Un Servicio de Redes Sociales funciona sobre la siguiente base:

2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) DMA [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> Recital 2 [Consultado: 30/05/2023]

aplicaciones basadas en Internet, contenido generado por el usuario forma la línea de vida del mecanismo de SNS, los perfiles específicos del servicio son creados por los usuarios y las redes sociales se desarrollan en línea conectando los perfiles de los usuarios con los de otras personas o grupos.

- d) *Servicios de plataforma para compartir vídeos.* - De conformidad con el artículo 1(1)(a bis) de la AVMSD, un servicio de plataforma de intercambio de vídeo es un servicio definido en los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuando la finalidad principal del servicio o de una sección dissociable del mismo o una funcionalidad esencial del servicio se dedique a proporcionar programas, vídeos generados por el usuario, o ambos, al público en general, para los cuales el proveedor de la plataforma de intercambio de vídeo no tiene responsabilidad editorial, con el fin de informar, entretener o educar, mediante redes de comunicaciones electrónicas en el sentido del punto (a) del artículo 2 de la Directiva 2002/21/CE y cuya organización es determinada por el proveedor de la plataforma de intercambio de vídeos, incluidos los medios automáticos o los algoritmos, en particular mediante la visualización, el etiquetado y la secuenciación³⁵.
- e) *Servicios independientes de comunicaciones interpersonales.* - "Un término introducido por el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas para garantizar que la regulación del Servicio de Comunicaciones Electrónicas se aplica a los servicios que de otro modo no se considerarían "total o principalmente en el transporte de señales en ECN", pero "funcionalmente equivalentes a" un servicio de comunicaciones tradicional. Un servicio de comunicaciones interpersonales dependiente de una numeración nacional o internacional³⁶".

³⁵ European C. *Guidelines on the practical application of the essential functionality criterion of the definition of a 'video-sharing platform service' under the Audiovisual Media Services Directive.* [online]. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0707\(02\)&rid=2](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0707(02)&rid=2) [Consultado: 30/05/2023]

³⁶ Thomson Reuters Practical Law. *Glossary: Number-independent interpersonal communications service* [online]. Disponible en: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-020-7138?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#:~:text=A%20number%2Dindependent%20interpersonal%20communications,Number%2Dbased%20interpersonal%20communications%20service](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-020-7138?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#:~:text=A%20number%2Dindependent%20interpersonal%20communications,Number%2Dbased%20interpersonal%20communications%20service) [Consultado: 30/05/2023]

- f) *Sistemas operativos*. - Un sistema operativo es un *software* que realiza todas las tareas básicas como la gestión de archivos, gestión de memoria, gestión de procesos, manejo de entradas y salidas, y control de dispositivos periféricos como unidades de disco e impresoras. Los propósitos principales de un Sistema Operativo son permitir que las aplicaciones interactúen con el *hardware* de una computadora y administrar los recursos de *hardware* y *software* de un sistema. Algunos sistemas operativos populares incluyen el sistema operativo Linux, el sistema operativo Windows, VMS, OS/400, AIX, z/OS, etc. Hoy en día, los sistemas operativos se encuentran casi en todos los dispositivos como teléfonos móviles, computadoras personales, computadoras centrales, automóviles, TV, juguetes, etc³⁷.
- g) *Navegadores web*. - Un navegador web es un programa de *software* que permite al usuario localizar, acceder y mostrar páginas web. En el uso común, un navegador web se suele acortar a "navegador". Los navegadores web se utilizan principalmente para mostrar y acceder a sitios web en Internet, así como a otros contenidos creados con idiomas como *Hypertext Markup Language* (HTML) y *Extensible Markup Language* (XML). Los navegadores traducen las páginas web y los sitios web entregados mediante el Protocolo de transferencia de hipertexto (HTTP) a contenido legible por personas. También tienen la capacidad de mostrar otros protocolos y prefijos, como HTTP seguro (HTTPS), Protocolo de transferencia de archivos (FTP), manejo de correo electrónico (mailto:) y archivos (file:). Además, la mayoría de los navegadores también admiten *plug-ins* externos necesarios para mostrar contenido activo, como video en la página, audio y contenido de juegos³⁸.
- h) *Asistentes virtuales*. - Un asistente virtual es un contratista independiente que presta servicios administrativos o técnicos a un cliente mientras trabaja a distancia, fuera

³⁷ Tutorials. P. *Operating System – Overview*. [online]. Disponible en: https://www.tutorialspoint.com/operating_system/os_overview.htm [Consultado: 30/05/2023]

³⁸ Rouse M. *Web Browser* [online]. Disponible en: <https://www.techopedia.com/definition/288/web-browser#:~:text=2%20June%2C%202020-,What%20Does%20Web%20Browser%20Mean%3F,access%2C%20and%20display%20web%20pages>. [Consultado: 30/05/2023]

del establecimiento del cliente. Por lo general, ayudan con tareas que requieren un tiempo considerable para su cliente, como programar reuniones y citas. Los asistentes virtuales suelen trabajar desde casa, pero tienen acceso a los recursos digitales necesarios para hacer su trabajo. Por ejemplo, pueden ingresar datos en la base de datos de un cliente y agregar citas en sus calendarios digitales³⁹.

- i) *Servicios de computación en nube.* - la computación en la nube es la prestación de servicios informáticos -incluidos servidores, almacenamiento, bases de datos, redes, software, análisis e inteligencia- a través de Internet ("la nube") para ofrecer una innovación más rápida, recursos flexibles y economías de escala. Por lo general, solo se paga por los servicios en la nube que se utilizan, lo que le ayuda a reducir sus costos operativos, ejecutar su infraestructura de manera más eficiente y escalar a medida que cambian las necesidades de su negocio. La mayoría de los servicios de *cloud computing* se dividen en cuatro amplias categorías: infraestructura como servicio (IaaS), plataforma como servicio (PaaS), servidor y *software* como servicio (SaaS) ⁴⁰.

- j) *Servicios de publicidad en línea.* - incluidas las redes de publicidad, los intercambios publicitarios y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios de la plataforma principal enumerados en los puntos (a) a (i) del DMA⁴¹

³⁹ Indeed. *What Is a Virtual Assistant? (Definition, Responsibilities and Skills)* [online]. Disponible en: <https://in.indeed.com/career-advice/finding-a-job/what-is-a-virtual-assistant> [Consultado: 30/05/2023]

⁴⁰ Azure Microsoft. *What is cloud computing?* [online]. Disponible en: <https://azure.microsoft.com/en-us/resources/cloud-computing-dictionary/what-is-cloud-computing#:~:text=Simply%20put%2C%20cloud%20computing%20is,resources%2C%20and%20economies%20of%20scale>. [Consultado: 30/05/2023]

⁴¹ European C. *Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) DMA* [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> Annex E [Consultado: 30/05/2023]

2.2 Criterios de Designación de los Guardianes (Art. 3 DMA)

El art. 3(1) define los criterios generales por los que la Autoridad Europea podría definir una empresa como “Gatekeeper” o “Guardián”. Estos criterios se basan en una visión del poder de mercado que dicha empresa podría ejercer en el mercado interior europeo. Estas normas son las siguientes: "(a) tiene un impacto significativo en el mercado interior [el requisito de fundamentación]; (b) proporciona un servicio básico de plataforma que es una importante puerta de entrada para que los usuarios empresariales lleguen a los usuarios finales [el requisito de criticidad]; y (c) goza de una posición arraigada y duradera, en sus operaciones, o es previsible que disfrute de tal posición en un futuro próximo⁴²" [el requisito de durabilidad]. Sin embargo, el párrafo 3(2) se considera una extensión explicativa del párrafo 3(1), ya que resalta criterios cuantitativos objetivos por los cuales se puede presumir que una empresa digital ejerce una gran influencia. Podemos concluir que una empresa tiene una influencia significativa en el mercado interior si: "El primer umbral se cumple si la empresa ha logrado un volumen de negocios anual en la UE de al menos 7500 millones de euros en los últimos tres años y el CPS se proporciona en al menos tres Estados miembros. El segundo umbral se cruza si el CPS tiene al menos 45 millones de usuarios finales activos mensuales y al menos 10.000 usuarios empresariales activos anuales. El tercer umbral exige que la empresa haya cumplido los segundos umbrales en cada uno de los tres últimos ejercicios⁴³".

Por último, hay otra forma en que una empresa puede ser considerada como guardián. Los requisitos en este caso se incluyen en el art. 3 (8). De hecho, "la Comisión designará como guardián, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 17, a toda empresa que preste servicios de plataforma básica que cumpla cada uno de los requisitos del apartado 1 del presente artículo, pero no satisface cada uno de los umbrales del apartado 2 del presente artículo⁴⁴". Para declarar a una empresa como gatekeeper, la

⁴² Ivi, art. 3(1)

⁴³ MORENO BELLOSO, N. *The EU Digital Markets Act (DMA): A Summary* Available at https://scholar.google.it/citations?view_op=view_citation&hl=it&user=Fw3Uh0gAAAAJ&citation_for_view=Fw3Uh0gAAAAJ:9yKSN-GCB0IC [Consultado: 30/05/2023]

⁴⁴ European C. *Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU)*

Comisión debe tener en cuenta parámetros como el tamaño, las operaciones, la capitalización de mercado y la posición de dicha empresa, los efectos de red y las ventajas generadas por los datos, en particular en relación con el acceso, la recopilación y el uso de datos personales y no personales de dicha empresa, o las capacidades analíticas y cualquier efecto de escala y alcance que beneficie a la empresa, incluido el número de usuarios finales que utilizan el servicio de plataforma. Por último, la integración vertical de ese negocio o de una estructura corporativa de conglomerado que le permita cruzar subvenciones, combinar datos de muchas fuentes o utilizar su posición. La Comisión debe emitir una decisión específica antes de designar a una empresa como guardián con la posibilidad de un procedimiento de revisión del estado de designación de gatekeeper⁴⁵.

2.3 Las Obligaciones de los Guardianes (Arts. 5, 6, 7, 14 y 15 DMA)

El DMA establece responsabilidades legales sobre el comportamiento de los guardianes en el curso de su negocio, similares a una legislación de competencia. Las principales obligaciones se encuentran en los arts. 5 y 6. (la principal distinción entre los dos artículos es que las obligaciones del art.6 pueden definirse con mayor precisión⁴⁶). No obstante, identificamos otros deberes en el art. 7, 14 y 15. En los siguientes párrafos, trataremos de resumir todas las responsabilidades que los gatekeepers tienen que tomar en consideración, empezando por el deber de notificación a la Comisión tan pronto como la empresa digital cumpla los requisitos como gatekeeper contenido en el art. 3(3)⁴⁷.

El art. 5 comienza con una lista de prohibiciones que afectan de manera particular a la Ley europea de privacidad de datos. De hecho, el gatekeeper tiene prohibido realizar cualquiera de las siguientes acciones: a) procesar datos personales de usuarios finales que utilizan servicios de terceros que dependen de los servicios de la plataforma principal del

2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) DMA [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> [Consultado: 30/05/2023]

⁴⁵ *Ivi*, Art. 4

⁴⁶ The EU Digital Markets Act (DMA) A Competition Hand in a Regulatory Glove p.12

⁴⁷ European C. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) DMA [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> art. 13(1) [Consultado: 30/05/2023]

gatekeeper para proporcionar servicios de publicidad en línea; b) combinar los datos personales del servicio de plataforma principal pertinente con los datos personales de cualquier servicio de plataforma principal adicional de cualquier otro servicio ofrecido por el gatekeeper, o con los datos personales de terceros servicios de terceros; c) inscribir a los usuarios en los servicios del gatekeeper con el fin de combinar datos personales, a menos que el usuario final haya recibido la elección y el consentimiento específicos en el sentido del artículo 4, punto (11), y el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679 . d) utilizar los datos personales del servicio de la plataforma principal pertinente en otros servicios prestados por separado por el gatekeeper, incluidos otros servicios de la plataforma principal, y viceversa.

Desde el art. 5(3) hasta el art. 5(10), las obligaciones impuestas a los guardianes tienen por objeto preservar una competencia de mercado. Aún más, la lista de deberes del arte. 5 garantiza que los mercados en los que los gatekeepers están presentes sigan siendo competitivos y equitativos, independientemente de los efectos reales, potenciales o presuntos de la conducta de un *gatekeeper* determinado. En particular, el enfoque regulador de DMA es evidente en relación con las obligaciones relacionadas con la recopilación excesiva de datos personales. De hecho, el DMA pretende restringir la capacidad de los *gatekeepers* para obtener datos de diferentes lugares de acuerdo con el deber de solicitar el consentimiento incluido en el considerando 37⁴⁸, la finalidad de las restricciones de procesamiento de datos establecidas en el art. 5, párr. 2⁴⁹ es aumentar el costo de la elaboración de perfiles de usuarios finales. Además de las limitaciones mencionadas anteriormente, un *Gatekeeper* no puede procesar datos personales de servicios de terceros para proporcionar servicios de publicidad sin el pleno consentimiento del usuario, evitando la "publicidad dirigida". Por último, el art. 5 persigue el objetivo de proteger la competencia no falseada en el mercado europeo, tal como se define en el derecho de la competencia. Por lo tanto, el DMA se aplicará sin afectar las normas de competencia del TFUE. En conclusión, el DMA puede considerarse una herramienta complementaria y no una sustitución de la disposición básica de la Ley europea de competencia de mercado.

⁴⁸ *Ivi*, Recital 37.

⁴⁹ *Ivi*, Art. 5(2)

Por otro lado, El DMA combate la explotación de los usuarios mediante la aplicación de normas injustas. El párrafo 13 del art. 6 prohíbe la introducción de cláusulas de terminación no razonables o inaplicables. Las numerosas características DMA se crean para dar a los usuarios flexibilidad de elección de una manera similar. art. 5, párrafo 7⁵⁰, art. 5, párrafo 8⁵¹, y art. 6, párrafo 9⁵² de las obligaciones de portabilidad de datos, todas prohíben la interconexión, con el objetivo común de prevenir o debilitar la aplicación de la legislación por parte de los proveedores de servicios específicos y los usuarios finales. Las aplicaciones de software y las tiendas de aplicaciones de software fueron el foco de los requisitos del DMA bajo las artes. 5(5), 6(3), 4, y 6, que todos buscaban preservar el derecho del usuario a la libre elección⁵³.

El artículo 14 exige que los *gatekeepers* informen a la Comisión de cualquier fusión o adquisición prevista cuando la parte fusionada o el objetivo de adquisición preste un servicio digital o permita la recopilación de datos. Es importante subrayar que la obligación reside en un simple deber de información y no elimina la posibilidad de que los Guardianes mantengan un espíritu de “*fusión asesina*”. Para cumplir el Art. 14 requisito, el guardián debe “*describir las empresas afectadas por la concentración, sus volúmenes de negocios anuales de la Unión y de todo el mundo, sus ámbitos de actividad, incluidas las actividades directamente relacionadas con la concentración, y el valor de transacción del acuerdo o una estimación de éste, junto con un resumen de la concentración, que incluya su naturaleza y justificación, y una lista de los Estados miembros afectados por la concentración y*

⁵⁰ Ivi art. 5(7): “*The Gatekeeper shall not require end users to use, or business users to use, to offer, or to interoperate with, an identification service, a web browser engine or a payment service, or technical services that support the provision of payment services, such as payment systems for in-app purchases, of that Gatekeeper in the context of services provided by the business users using that Gatekeeper’s core platform services*”.

⁵¹ *Ibidem*: “*The Gatekeeper shall not require business users or end users to subscribe to, or register with, any further core platform services listed in the designation decision pursuant to Article 3(9) or which meet the thresholds in Article 3(2), point (b), as a condition for being able to use, access, sign up for or registering with any of that Gatekeeper’s core platform services listed pursuant to that Article*”.

⁵² Ivi art. 6(9): “*The Gatekeeper shall provide end users and third parties authorized by an end user, at their request and free of charge, with effective portability of data provided by the end user or generated through the activity of the end user in the context of the use of the relevant core platform service, including by providing, free of charge, tools to facilitate the effective exercise of such data portability, and including by the provision of continuous and real-time access to such data*”.

⁵³ MORENO BELLOSO, N.; PETIT, N. *The EU Digital Markets Act (DMA): A Competition Hand in a Regulatory Glove*. [online]. Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4358589 p.20 [Consultado: 30/05/2023]

*describa también, para los servicios de la plataforma central pertinentes, sus volúmenes de negocios anuales de la Unión, su número de usuarios empresariales activos anuales y su número de usuarios finales activos mensuales, respectivamente*⁵⁴".

Por último, el art. 15 explica la obligación de auditoría. El *Gatekeeper* debe proporcionar a la Comisión, después de seis meses de su designación como *Gatekeeper*, una descripción auditada de forma independiente de cualquier técnica de elaboración de perfiles de los consumidores que utilice en los servicios de su plataforma principal. El *Gatekeeper* debe publicar también un resumen ejecutivo de la descripción auditada mencionada para consulta pública sobre el respeto de sus secretos comerciales. El *gatekeeper* debe actualizar la descripción general al menos una vez al año. Finalmente, La Comisión debe transmitir la auditoría independiente a la Junta Europea de Protección de Datos⁵⁵.

2.4 El Nuevo Instrumento de Investigación de Mercado (Arts. 16, 17, 18 y 19 DMA)

El DMA proporciona a la Comisión un nuevo instrumento de investigación de mercado para los tres fines siguientes: a) determinar si una empresa debe ser designada *Gatekeeper*, b) supervisar el incumplimiento sistemático de las obligaciones por parte de los guardianes y c) actualizar la lista de servicios de la Plataforma en el art. 3 o la lista de obligaciones de los Guardianes. Para ejercer su poder de investigación en uno de los tres ámbitos mencionados, la Comisión debe adoptar una decisión de apertura de investigación con los siguientes requisitos: a) la fecha de apertura de la investigación de mercado; b) la descripción de la cuestión a la que se refiere la investigación de mercado; c) la finalidad de la investigación de mercado⁵⁶. En caso de reapertura de un mercado de investigación, la Autoridad Europea debe demostrar que ha habido un cambio sustancial en cualquiera de los

⁵⁴ European C. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) DMA [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> art. 16 [Consultado: 30/05/2023]

⁵⁵ European C. Data Protection Guide. [online]. Available at https://edpb.europa.eu/edpb_en [Consultado: 30/05/2023]

⁵⁶ European C. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) DMA [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> art. 6(3) [Consultado: 30/05/2023]

hechos en los que se basó una decisión adoptada de conformidad con los artículos 17, 18 o 19, o la decisión adoptada de conformidad con el artículo 17, 18 o 19 se basaban en información incompleta, incorrecta o engañosa⁵⁷.

En cuanto a la investigación de mercado sobre la designación de una empresa como Gatekeeper, la Comisión tendrá un plazo de 12 meses para emitir la Decisión de designación y deberá seguir el procedimiento consultivo previsto en el art. 50 (2) en relación con el artículo 4 del Reglamento (UE) no 182/2011, que establece lo siguiente: "*1. Cuando se aplique el procedimiento consultivo, el Comité emitirá su dictamen, en caso necesario, por votación. Si la comisión vota, el dictamen se emitirá por mayoría simple de los miembros que la componen. 2. La Comisión decidirá sobre el proyecto de acto de ejecución que deba adoptarse, teniendo en cuenta en la mayor medida posible las conclusiones extraídas de los debates en el seno del Comité y del dictamen emitido*⁵⁸". Una vez que la Comisión haya formulado sus conclusiones preliminares, las comunicará al posible guardián en un plazo de seis meses. Por último, DMA prevé que, si la empresa es declarada *Gatekeeper* después del proceso de investigación, pero no goza de una posición estable y duradera en sus operaciones, pero se espera que disfrute de dicha posición en un futuro próximo, podrá declarar aplicable a dicho *Gatekeeper* solo una o más de las obligaciones establecidas en los artículos 5(3) a (6) y 6(4), (7), (9), (10) y (13).

2.5 Otras Facultades de Investigación y Ejecución. (arts. 21, 22, 23 y 26 DMA)

A fin de llevar a cabo las investigaciones pertinentes para cumplir las obligaciones impuestas por el DMA, la Comisión podrá exigir a las empresas, ya sea de forma simple o mediante una Decisión, que faciliten toda la información necesaria, incluidos datos y algoritmos con arreglo al art. 21. En cada caso concreto se fijará el plazo para facilitar la información requerida. En caso de información incompleta o falsa, se aplicarán las multas del art. 30. Ciertamente, la Comisión está obligada a fundamentar y justificar cada solicitud

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ European P. REGULATION (EU) No 182/2011 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 February 2011 laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers [online Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0182> [Consultado: 30/05/2023]

de información, evitando la llamada "expedición de pesca". Finalmente. La Comisión está facultada para solicitar información a terceros y, en particular, a las autoridades nacionales de mercado de los Estados miembros. El art. 22 es complementario del art.21. De hecho, regula las entrevistas y toma de declaraciones para verificar la veracidad de la información solicitada. En caso de que la entrevista se realice *in situ*, la Comisión debe notificarlo a la autoridad nacional y puede recurrir a funcionarios nacionales para desarrollar el procedimiento. Los funcionarios competentes, una vez identificados, pueden realizar las siguientes tareas: "a) entrar en los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas; b) examinar los libros y otros registros relacionados con la empresa; independientemente del medio en el que se almacenen; c) tomar u obtener en cualquier forma copias o extractos de dichos libros o registros; d) exigir a la empresa o asociación de empresas que proporcione acceso y explicaciones sobre su organización, funcionamiento, sistema informático, algoritmos, tratamiento de datos y prácticas comerciales; y registrar o documentar las explicaciones proporcionadas por cualquier medio técnico; e) sellar todos los locales comerciales y los libros o registros durante la inspección; y, en la medida necesaria para la inspección; f) Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relativos al objeto y fin de la inspección, y registrar las respuestas por cualquier medio técnico"⁵⁹". Excepcionalmente y durante un período determinado⁶⁰, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución por el que se ordenen medidas provisionales contra un guardián sobre la base de una presunción de infracción de los artículos 5, 6 o 7⁶¹.

⁵⁹ European C. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) DMA [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> Art. 23 [Consultado: 30/05/2023]

⁶⁰ The period of time can be renewed in so far as this is necessary and appropriate.

⁶¹ European C. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) DMA [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> Art. 24 [Consultado: 30/05/2023]

2.6 El DMA y las Autoridades Nacionales (arts. 37, 38, 39, 40, 41 y 50 DMA)

A fin de mantener la armonización en la legislación antimonopolio, la Comisión prohíbe expresamente a los Estados miembros imponer nuevas obligaciones en los casos regulados por el DMA. Sin embargo, el mismo reglamento permite algunas formas de participación de las Autoridades Nacionales. Enumeramos las más importantes:

- a) *Cooperación de las autoridades nacionales de competencia en una investigación de mercado iniciada por la Comisión.* - Como hemos analizado recientemente, el personal de la autoridad nacional competente puede prestar sus servicios en nombre o junto con el personal de la Comisión en virtud del art. 38 (6) art. 38 (1) incita a "cooperar entre sí e informarse mutuamente sobre sus respectivas medidas coercitivas a través de la Red Europea de Competencia (REC)". Esta obligación se traduce en la comunicación de toda la información jurídica o relacionada con la investigación de mercado (incluida la información confidencial). Por último, los Estados miembros podrán exigir a la Comisión que abra una investigación de mercado si se cumplen los requisitos del art. 41
- b) *Cooperación con los tribunales nacionales.* - El art. 39 crea derechos y obligaciones bilaterales. Por una parte, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden solicitar información a la Comisión sobre la aplicación del DMA. Por otra parte, los Estados miembros están obligados a transmitir la transposición de las sentencias de los órganos judiciales que tratan asuntos regulados por el DMA. La Comisión se reserva el derecho de presentar observaciones orales y/o escritas sobre estas sentencias. Por último, los tribunales no están facultados para pronunciarse en contra del DMA.
- c) *La composición del grupo de alto nivel.* - La Comisión creará un grupo de expertos compuesto por varios representantes de los Estados miembros. Este grupo de expertos tendrá como objetivo principal: "proporcionará a la Comisión asesoramiento y conocimientos especializados en los ámbitos que sean de competencia de sus miembros, incluidos: "a) asesoramiento y recomendaciones dentro de sus competencias pertinentes para cualquier asunto general de aplicación

*o cumplimiento del presente Reglamento; o b) asesoramiento y conocimientos especializados para promover un enfoque normativo coherente en los distintos instrumentos normativos*⁶²".

- d) *Comité consultivo de mercados digitales.* - La Comisión estará asistida por un comité compuesto por un representante de cada Estado miembro. La CE examinará el dictamen del Comité de conformidad con el art. 50

Una vez que hemos analizado las características de la economía digital, los servicios que ahí transitan y la articulación positiva del DMA, nuestro estudio quedaría incompleto si no damos voz a la doctrina y jurisprudencia europea y nacional. Como primera premisa, podemos afirmar que, con el fin de que el usuario europeo pueda acceder a la mayoría de los servicios “gratuitos” de las plataformas digitales, éste debe contrarrestar la prestación con el acceso a sus datos personales. De aquí nace el binomio regulatorio objeto de nuestro estudio: Por un lado, el tráfico del dato personal del ciudadano europeo en las plataformas digitales les brinda un poder de mercado que les permite la distorsión del mercado en detrimento de la innovación, el consumidor final y la democracia. Por otro lado, el tratamiento del tráfico de datos personales en el mercado digital europeo debe seguir la regulación del Reglamento General de Protección de Datos⁶³.

En este contexto digital, la competencia entre las empresas del sector no se produce en los precios, como suele ocurrir en los mercados tradicionales, en los que las empresas intentan ofrecer los mismos bienes a un precio inferior, sino más bien en los servicios ofrecidos al usuario, para obtener la mayor cantidad de datos y procesar de la manera más precisa posible las preferencias de los usuarios⁶⁴. Siendo que ni el precio, el parámetro por excelencia para medir un mercado con sana competencia en el mercado digital europeo

⁶² European C. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) DMA [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> Art. 40 (5) [Consultado: 30/05/2023]

⁶³ <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

⁶⁴ V. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, reperibile online al sito <https://www.aisdue.eu/pietro-manzini-equita-e-contendibilita-nei-mercati-digitali-la-proposta-di-digital-market-act/>, p. 31.

3. El Marco Regulatorio *Antitrust* Europeo

En las líneas anteriores, hemos realizado un esquema regulatorio del DMA que se centra en la figura del “Gatekeeper” o “Guardianes” que, para septiembre de 2023, han sido designados como tales 22 plataformas digitales⁶⁵. Sin embargo, para efectos de nuestro estudio, consideramos de suma importancia exponer de qué manera el DMA interactúa con el marco regulatorio del mercado interior, pues recordemos que, si bien el DMA brinda instrumentos innovativos para defender la competencia en el mercado digital, éste no puede apartarse de los preceptos fundamentales enmarcados en los arts. que van del 101 al 109 del TFUE y con las disposiciones de art. 3(3) TUE⁶⁶. En este contexto, El artículo 3(1)(b) del TFUE establece que la UE tiene competencia exclusiva para definir las normas de competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior. Además, el TFUE dispone que los Estados miembros adopten *"una política económica basada en la estrecha coordinación de las políticas económicas [...], el mercado interior y la definición de objetivos comunes, conducida por el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia"*. Las mencionadas referencias a la competencia en el TUE y el TFUE han tenido un impacto significativo en las decisiones de la Comisión y en las sentencias del Tribunal de Justicia y a menudo han interpretado las normas específicas de competencia teleológicamente desde el punto de vista del art. 3(3) El TUE y el Protocolo 27 por el que se establece un mercado interior con tres características distintivas: desarrollo sostenible, economía social y mercado altamente competitivo.

Ahora bien, según el capítulo 1 del título VII de la tercera parte del TFUE, art. 101(1), el Reglamento del mercado interior prohíbe los acuerdos, las decisiones de asociaciones de

⁶⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_4328

⁶⁶ *"La Unión establecerá un mercado interior. trabajará en pro del desarrollo sostenible de Europa, basado en el crecimiento económico equilibrado y la estabilidad de precios, una economía social de mercado altamente competitiva, orientada al pleno empleo y al progreso social, y un alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Promueve el progreso científico y tecnológico "*. Por lo tanto, uno de los objetivos de la UE es una economía social de mercado altamente competitiva. Además, la UE tiene la obligación de establecer un mercado interior que, de conformidad con el Protocolo 27 sobre el mercado interior y la competencia, anexo al TUE y al TFUE , debe incluir un sistema que garantice que no se falsea la competencia en el mercado de la UE. El Protocolo 27 tiene la misma fuerza y jerarquía que cualquier disposición del TUE.

empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. En este contexto, pueden autorizarse algunos acuerdos entre empresas aunque sean incompatibles con el mercado único cuando: *"contribuyan a la mejora de la producción o distribución de productos o a la promoción del progreso técnico o económico, conservando al mismo tiempo una parte equitativa del beneficio resultante para los usuarios"*⁶⁷. Esta excepción puede aprobarse cuando las restricciones a la competencia no sean indispensables o no exista una amenaza real y sustancial de eliminar la competencia para una parte sustancial de los productos en cuestión.

La jurisprudencia pertinente ha reproducido con frecuencia variaciones de 101 formulaciones del TFUE a lo largo de los años. Sin embargo, las opiniones difieren y tratan de desafiar el significado real de que un acuerdo es suficientemente perjudicial para la competencia y el mercado. El profesor Whish acuñó la frase: *"Object Box"* refiriéndose a este debate⁶⁸. La idea de una caja de cartón cuyo interior es invisible desde el exterior podría servir como metáfora de la incertidumbre que siempre ha rodeado este tema.

El artículo 102 del TFUE prohíbe el abuso por parte de una empresa o empresas de una posición dominante - los denominados operadores históricos - y enumera las prácticas más comunes de las empresas comparables a las empresas monopolísticas: la imposición de precios de compra directos o indirectos, la imitación en la producción, las salidas comerciales o el desarrollo técnico en detrimento de los consumidores, la restricción en la producción, la comercialización o el desarrollo técnico en detrimento de los consumidores y la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación por otros contratistas de servicios adicionales que, por su naturaleza o según la práctica comercial, no tienen relación con el objeto de los contratos. Por otra parte, el art. 106 del TFUE impone obligaciones específicas a los Estados miembros sobre las normas de competencia. En particular, el art. 106(i) prohíbe a los Estados miembros recibir un trato especial o de otro tipo mediante la

⁶⁷ EU Commission (2009) *Consolidated version of the Treaty on the Function European Union*. [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:it:PDF> [Consultado: 29/05/2023]

⁶⁸ WHISH, R.; BAILEY, D. *Competition law*. Oxford University Press, 2021. p. 122

concesión de ayudas o derechos especiales incompatibles con el art. 18, 85, 86 y de 101 a 109 TFUE. El segundo párr. del art. 106 se refiere a la aplicación de la legislación sobre competencia a las empresas que prestan un servicio público. De hecho, *"están sujetas a las normas del TFUE y, en particular, a las normas de competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no obstaculice el cumplimiento, de hecho, o de derecho, de la misión específica que se les ha encomendado."* Por último, párr. 3 art. 106 reitera la supremacía de la Comisión como garante de la aplicación del Derecho de competencia en el mercado único europeo⁶⁹.

Es importante subrayar que la Comisión y los tribunales de la UE aplican en gran medida el Derecho de competencia de la UE, dando prioridad a la integración y optimización del mercado único. De hecho, el mercado único ha sido definido por la propia Comisión como uno de los mayores activos de la UE, y como tal, su protección es esencial⁷⁰. El comportamiento anticompetitivo podría tener un efecto divisivo en el mercado único. Por esta razón, la existencia de normas de competencia convencionales es una característica única de la legislación de competencia de la UE. El hecho de que diez países se adhirieron a la UE el 1 de mayo de 2004⁷¹, dos más el 1 de enero de 2007 y, por último, Croacia en 2013, junto con la posibilidad de futuras adhesiones, por ejemplo, de algunos Estados balcánicos⁷², significa que la integración del mercado único seguirá siendo un elemento central de la política de la UE. La llegada de la crisis económica en 2008 reforzó la determinación de la Comisión de actuar como guardiana del mercado único; o, por decirlo de otro modo, de *"impedir un retroceso hacia el nacionalismo económico"*⁷³.

⁶⁹ Another important instrument of EU competition law is the EU Merger Regulation (EUMR), which applies to concentrations between undertakings with a EU dimension, published by the Commission

⁷⁰ For example, Commission's Guidelines on Vertical Restraints OJ [2010] C 130/1, para 7; on the Commission's approach to vertical agreements see ch 16, 'The methodology for the analysis of vertical agreements in the Commission's Vertical guidelines', pp 631–637.

⁷¹ Cyprus, Estonia, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Czech Republic, Slovakia, Slovenia and Hungary

⁷² European C. *Adesione all'UE* [online]. Disponible en: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/joining-eu_it [Consultado: 29/05/2023]: t

⁷³ European C. (2010) *Speech of Commissioner Kroes of 11 May 2007 and Monti A New Strategy for the Single Market – Report to the European Commission, 9 May 2010*, [online]. Disponible en: www.ec.europa.eu. [Consultado: 30/05/2023]

3.1 El Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989

La adopción, en diciembre de 1989, del Reglamento 4064/89, relativo al control de las concentraciones entre empresas, preveía un sistema de "ventanilla única" o un sistema de barreras. Con este nuevo criterio, la Comisión aplicó la legislación de control de las fusiones y adquisiciones de la UE cuando la transacción tenía una dimensión de la UE con arreglo a normas geográficas y cuantitativas⁷⁴. Con una clara delimitación de competencias establecida entre la UE y la legislación nacional, las empresas implicadas en una concentración podrían identificar rápida y eficazmente el marco legislativo. La "ventanilla única" tenía por objeto evitar el sistema de doble barrera, ya que se consideraba anticompetitivo, potencialmente discriminatorio y caro, que habría obligado a las empresas a efectuar múltiples notificaciones y procedimientos tanto a la Comisión como a la Autoridad de mercado de los Estados miembros implicados en la fusión⁷⁵.

Si bien existía una clara delimitación entre las autoridades nacionales de mercado en una fusión con dimensión comunitaria, había algunas excepciones al principio general de compartir la competencia normativa. Por ejemplo, el art. 9, siempre que *"la Comisión pueda, mediante la Decisión [...], remitir una fusión a las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate cuando tenga efectos restrictivos sobre la competencia, principalmente en un mercado separado dentro de ese Estado"*. Por otra parte, el art. 22 describe la situación exactamente inversa. De hecho, la Comisión podría intervenir y regular una fusión sin dimensión comunitaria cuando ésta reforzara una posición dominante que obstaculizaría significativamente la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro implicado y, en la UE, en el mercado interior⁷⁶.

Finalmente, el Reglamento 4064/89 contiene una cláusula de "intereses legítimos" en el art. 21.3 que insta a los Estados miembros a adoptar las medidas adecuadas para proteger

⁷⁴ Council of EU: *Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings* [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31989R4064> Art. 1.1 [Consultado: 30/05/2023]

⁷⁵ Judgment of 13 February 1969 in Case C-14/68 Walt Wilhelm/Bundeskartellamt (ECR. 1.),

⁷⁶ Council of EU: *Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings* [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31989R4064> Art. 22 [Consultado: 30/05/2023]

intereses legítimos distintos de los contemplados en el Reglamento 4064/89, pero plenamente compatibles con los principios generales y otras disposiciones del Derecho de la UE. En particular, la Comisión ha reconocido la posibilidad de que los Estados miembros prohíban una operación de fusión o, al menos, la sometan a obligaciones adicionales cuando peligren la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación o las medidas cautelares.

El Reglamento 4064/89 fue reformado por el Reglamento 1310/97, que modificó los umbrales de notificación a fin de reducir el número de notificaciones múltiples y amplió el concepto de "concentración" a las empresas conjuntas con plenas funciones. El objetivo de la reforma de 1997 era modificar los umbrales y la autorización de la notificación para aumentar el número de BR bajo el control directo de la Comisión⁷⁷. Sin embargo, los efectos de la reforma de 1997 fueron modestos y se consideró necesaria una nueva reforma, que tuvo lugar definitivamente con el Reglamento 139/2004.

3.2 El Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002

El Reglamento 1/2003 abolió la notificación de acuerdos a la Comisión para una exención específica, así como el derecho exclusivo de la Comisión a tomar decisiones sobre la aplicación del artículo 101(3) en casos particulares. Este cambio fundamental en la forma de tratar los casos fue posible, en parte, para que la Comisión pudiera centrar sus recursos en la investigación de violaciones graves de las leyes de competencia, como la fijación de precios y los cárteles, en lugar de tener que pasar mucho tiempo investigando acuerdos y prácticas que se le comunicaron pero que, en su mayoría, no representaban una amenaza seria para la competencia.

Desde 2004, la Comisión ha colaborado con las agencias nacionales de los 27 Estados miembros y los tribunales nacionales para hacer cumplir las leyes de competencia del TFUE.

⁷⁷ NAVARRO VARONA E. and BACHES OPI S. *El Nuevo Sistema Comunitario de Control de Concentraciones* [online]. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1234/documento/trib03.pdf?id=2028&forceDownload=true> [Consultado: 30/05/2023]

En conjunto, la Comisión y estos organismos operan dentro de los límites del TFUE, cumpliendo la obligación general de cooperación dedicada impuesta por el artículo 4(3) del TUE. Las autoridades nacionales aplican actualmente los artículos 101 y 102 con mucha más frecuencia que la Comisión. Por último, un resultado interesante es la convergencia moderada que se ha producido como resultado de la adopción del Reglamento 1/2003 en las leyes y procedimientos nacionales de competencia. La realidad es que las leyes nacionales se han armonizado con las de la UE de muchas maneras, incluyendo la eliminación de los sistemas nacionales de notificación y la exención individual, la armonización de los procedimientos de investigación, la introducción de programas de clemencia, y procedimientos de compromiso similares a los del artículo 9 aunque el Reglamento no exigiera explícitamente la convergencia⁷⁸.

3.3 El Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004. EUMR

El 1 de mayo de 2004 entró en vigor el nuevo Reglamento 139/2004 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, que deroga el antiguo Reglamento 4064/89. La reforma pone fin a la revisión por la Comisión del sistema de control de las fusiones y adquisiciones de la UE desde la publicación del Libro Verde a finales de 2001⁷⁹. La adopción del nuevo Reglamento 139/2004 estuvo acompañada de un conjunto de reformas que abarcaban tanto la aplicación del reglamento como el proceso de toma de decisiones en la Comisión⁸⁰. A continuación, resumimos los puntos más importantes del Reglamento 139/2004:

- a) *Mantenimiento del umbral de notificación del Reglamento 4064/89.* - Debido a la oposición del Consejo a una reducción del umbral de notificación de una fusión a

⁷⁸ European C. *The soft convergence phenomenon is documented at the Commission staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council - Report on the functioning of Regulation 1/2003 {COM(2009)206 final})* [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009SC0574> [Consultado: 30/05/2023]

⁷⁹ European C. *Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility.* online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0366:FIN:EN:PDF%20> [Consultado: 30/05/2023]

⁸⁰ During this period, the Commission also adopted a number of non-legislative measures to improve the decision-making process in merger cases, in response to criticism from Community operators and courts. The introduction of the figure of the "chief economist" or the creation of "review groups" of the BR are some examples.

favor de la Comisión, se decidió continuar con el sistema de remisión de casos entre la Comisión y los Estados miembros descrito en el Reglamento 4064/89. No obstante, la novedad más interesante en este contexto es que el Reglamento 139/2004 autoriza a las partes y no solo a la autoridad de los Estados miembros a solicitar la remisión del análisis de una fusión a la Comisión o a una autoridad de otro Estado miembro. La solicitud de remisión debe presentarse antes de la primera notificación de la autoridad del Estado miembro⁸¹. La Comisión, tras la recepción de la solicitud de remisión del BR por las partes, informará a la autoridad de los Estados miembros implicada en los quince días hábiles siguientes. Durante este tiempo, el Estado miembro puede ejercer su propio derecho de oposición. Al final del período, y sin oposición, la fusión se considerará de dimensión comunitaria y será examinado por la Comisión de conformidad con el Reglamento 139/2004.

- b) *Flexibilidad en el sistema de notificación.* - El Reglamento 4064/89 establecía: "*Las operaciones con dimensión UE cubiertas por el presente Reglamento se notificarán a la Comisión en el plazo de una semana a partir de la celebración del acuerdo o de la publicación de la oferta de compra o de canje o de la adquisición de una participación de control. El plazo empezará a correr a partir de la aparición del primero de los hechos indicados*⁸²". En la actualidad, el Reglamento 139/2004 suprime el período de semanas manteniendo el derecho de notificación previo a la ejecución de una fusión, de conformidad con el principio de control previo de las concentraciones por parte de la Comisión.
- c) *Ampliación de las competencias de supervisión de la Comisión y aumento de las multas.* - Con el advenimiento de términos más flexibles y, en algunos casos, discrecionales, ha habido una ampliación considerable de las facultades de

⁸¹ European C. COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (Text with EEA relevance) [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:en:PDF> [Consultado: 30/05/2023] art. 4.5 "*With regard to a concentration, as defined in Article 3, which has no Community dimension within the meaning of Article 1 and which can be examined under the national competition laws of at least three Member States, the persons or undertakings referred to in paragraph 2 may, before being notified to the competent authorities, inform the Commission by submitting a reasoned request that the concentration should be examined by the Commission*".

⁸² European C. Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=it>

investigación y sanción de la Comisión. Entre los nuevos poderes conferidos a la Comisión se encuentra su capacidad para: i. solicitar información a las empresas participantes, bien mediante simple solicitud de información o por requerimiento formal; ii. entrevistarse no sólo con representantes de la empresa (según lo dispuesto en el Reglamento 4064/89), pero también cualquier persona jurídica o persona que acepte participar en la investigación; y iii colocar sellos en los locales, libros o documentos de la empresa durante el procedimiento de inspección⁸³.

- d) *Definición de un criterio híbrido para analizar una fusión con una dimensión UE.* - el criterio de evaluación contemplado en el artículo 2 del Reglamento 4064/89 describía el "*dominance test*": "*Se declararán incompatibles con el mercado común las concentraciones que creen o refuercen una posición dominante y que supongan un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado de la UE o en una parte sustancial*". El análisis se centró exclusivamente en el daño que la fusión podría causar a la estructura competitiva del mercado de la UE como entidad predominante. No obstante, durante la reforma que provocó la creación del Reglamento 139/2004, la Comisión propuso la introducción de un criterio más flexible que permitía que el análisis de una concentración se centrara en sus efectos reales sobre la competencia en el mercado afectado. No más una "prueba de dominio", sino una prueba de "una disminución sustancial de la competencia". Finalmente, el criterio adoptado en el art. 2 del Reglamento 139/2004 puede considerarse un principio híbrido que combina ambos criterios para analizar las concentraciones oligopolistas en los mercados nacionales.

3.4 El Reglamento de Ejecución (UE) no 1269/2013, de 5 de diciembre de 2013

Sobre la base del documento de consulta llamado: "*Hacia un control más eficaz de las operaciones de concentración en la UE*", publicado en junio de 2013⁸⁴, la Comisión pretendía: i) reformar el sistema de remisión y ii) ampliar la aplicación del control de fusiones y adquisiciones de la UE a la adquisición de participaciones minoritarias no

⁸³ *Ivi*, art. 43

⁸⁴ The consultation period closed on 12 September 2013. [Consultado: 30/05/2023]

dominantes⁸⁵. El documento abrió un período de consultas entre junio y septiembre de 2013, durante el cual un número considerable de interesados presentaron sus respuestas, y se propuso varias opciones para lograr los objetivos esbozados sin imponer cargas indebidas a las empresas.

El Reglamento de Ejecución (UE) n.o 1269/2013 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2013, entró en vigor en enero de 2014 e incluyó disposiciones actualizadas relativas a un nuevo sistema de remisión, pero no incluía la introducción de disposiciones independientes relativas a la adquisición de las participaciones minoritarias. La causa de esto parece ser que muchos encuestados creían que la extensión era excesivamente amplia y desproporcionada con respecto al problema real. La Comisión declaró que el objetivo de su plan era crear una *"Unión más eficaz y más favorable a las empresas"*⁸⁶, pero la mayoría de las partes interesadas consideran que este objetivo es incongruente porque en realidad añadía más cargas, aumentaba los costes y reducía la seguridad jurídica en el entorno empresarial.

El EUMR sufrió algunas modificaciones, especialmente en los arts. relativos al sistema de notificación de las partes en la Comisión:

- a) Introducción del formulario CO. - En el presente formulario se especificaba la información que deben facilitar las partes notificantes al presentar una notificación a la Comisión Europea sobre una propuesta de fusión, adquisición u otra concentración con el fin de facilitar el trabajo

⁸⁵ European C. *Support study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding minority shareholdings.* [online]. Disponible en: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0416839ENN.pdf> [Consultado: 30/05/2023] *"The notion of minority shareholdings is manifold. Broadly speaking, it "refer[s] to situations in which a shareholder holds less than 50% of the voting rights attached to the equity of the target firm."4 A distinction must moreover be drawn between, on the one hand, minority shareholdings that confer "decisive influence" and, hence, control upon their holder and, on the other hand, minority shareholdings that do not confer control in the legal sense (so-called "non-controlling minority shareholdings"). It is the latter meaning that we will use throughout this report, unless otherwise specified"*.

⁸⁶ Wijkmark N. *Possible Improvements of Controlling Acquisitions of Minority Shareholdings (Structural Links)* [online]. Disponible en: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4457515&fileId=4457520> [Consultado: 30/05/2023]

administrativo⁸⁷." Toda la información requerida por este Formulario CO debe ser correcta y completa. La información requerida deberá facilitarse en la sección correspondiente del presente formulario CO ". El calendario y los plazos de procedimiento siguen siendo esencialmente los mismos: 25 días hábiles para decidir si se autoriza la concentración o se inicia el procedimiento y no más de 90 días hábiles a partir de la fecha en que se inicia el procedimiento para formular su decisión final⁸⁸.

b) *Estructura del formulario CO*. - Se divide en 11 secciones, creando una visión general no solo de las fusiones y adquisiciones en sí, sino que engloba varios factores externos:

- Sección 1. Descripción de la concentración: es un resumen de la concentración que incluye a las partes implicadas, el tipo de concentración (como una fusión, adquisición o empresa en participación), las áreas de especialización de las partes, los mercados a los que afectará la concentración (incluidos los principales mercados afectados y las justificaciones estratégicas y financieras de la concentración).
- Sección 2. Información sobre las partes: nombre, dirección, número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico y cargo de la persona de contacto adecuada; la dirección indicada debe ser una dirección de notificación a la que, en particular, podrán notificarse las decisiones de la Comisión y otros documentos procesales, y la persona de contacto deberá considerarse autorizada para aceptar la notificación.
- Sección 3. Detalles de la concentración, propiedad y control: Describe la naturaleza de la fusión notificada. Por referencia a los criterios

⁸⁷ European C. COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) No 1269/2013 of 5 December 2013 amending Regulation (EC) No 802/2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings [online]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1269&from=EN> Annex I [Consultado: 30/05/2023]

⁸⁸ *Ibidem*.

pertinentes del Reglamento sobre operaciones de concentración y de la Comunicación jurisdiccional consolidada de la Comisión.

- Sección 4. Volumen de negocios: Volumen de negocios a escala mundial; volumen de negocios a escala de la UE y a escala del EEE (UE y AELC).
- Sección 5. Documentación justificativa.
- Sección 6. Definiciones de mercado: Los mercados geográficos y de productos pertinentes sirven para definir los parámetros dentro de los cuales debe evaluarse la nueva entidad creada por el poder de mercado de la concentración. La parte o las partes notificantes darán todas las definiciones alternativas razonables del mercado geográfico y del producto de referencia, además de cualquier definición del mercado geográfico y del producto de referencia que la parte o las partes notificantes consideren adecuada. Sobre la base de decisiones anteriores de la Comisión y sentencias de los tribunales de la Unión, así como (en particular cuando no haya decisiones anteriores de la Comisión o del Tribunal), por referencia a informes de la industria, estudios de mercado y documentos internos de las partes notificantes, se pueden identificar posibles definiciones alternativas de productos y mercados geográficos.
- Sección 7. Información sobre los mercados afectados: una proyección del volumen global del mercado en términos de volumen de ventas (en unidades) y valor (en euros), indicando el razonamiento de las cifras, citar las fuentes y, si se dispone de documentación justificativa, facilitarla;
- Sección 8. Estructura de la oferta en los mercados afectados: la forma en que cada parte en la concentración produce, cotiza y vende los bienes y/o servicios; por ejemplo, si lo hacen localmente o no, así como el tipo y grado de integración vertical de cada partido en relación con sus mayores rivales. Estimación de la magnitud global del mercado en términos de volumen y valor de las ventas (en euros)

- (unidades). Indíquese el razonamiento de las cifras, cite las fuentes y, si se dispone de documentación justificativa, proporciónela;
- Sección 9. Eficiencias: descripción de cada eficiencia (incluidos los ahorros de costes, la introducción de nuevos productos y las mejoras de servicios o productos) que las partes prevean resultará de la concentración propuesta relativa a cualquier producto pertinente, junto con la documentación que respalda cada eficiencia. Es probable que los aumentos de eficiencia generados por la concentración mejoren la capacidad y el incentivo de la nueva entidad para actuar en pro de la competencia en beneficio de los consumidores.
 - Sección 10. Efectos cooperativos de una empresa en participación.
 - Sección 11. Declaración: La notificación deberá concluir con la siguiente declaración, firmada por todas las partes notificantes o en su nombre: "La parte o las partes notificantes declaran que, a su leal saber y entender, la información facilitada en esta notificación es verdadera, correcta y completa, que se han suministrado copias auténticas y completas de los documentos exigidos por el formulario CO, que todas las estimaciones se identifican como tales y son sus mejores estimaciones de los hechos subyacentes, y que todas las opiniones expresadas son sinceras".

c. *Sistema de contactos de notificación previa.* - La Comisión ofrece a las partes notificantes la posibilidad de participar en los contactos previos a la notificación como servicio voluntario para ayudarles a prepararse para el proceso formal de revisión de las operaciones de concentración. En consecuencia, aunque no sean necesarios, los contactos previos a la notificación pueden ser muy útiles para las partes que efectúan la notificación, así como para la Comisión, a la hora de determinar, entre otras cosas, la cantidad exacta de información necesaria para una notificación. En la mayoría de los casos, esto conducirá a una reducción significativa de la cantidad de información necesaria.

d. *Confidencialidad.* - La Comisión garantiza la protección de los datos y la privacidad de la información con el formulario CO. Sin embargo, en caso de datos económicos

confidenciales, las partes deben enviar la información por separado con la leyenda: "Secretos comerciales" y tienen que dar razones por las que esta información no debe ser divulgada o publicada.

4. El Marco Regulatorio de Protección de Datos Personales Europeo

4.1 La Tutela de la Vida Privada en el Consejo de Europa

El ordenamiento jurídico del Consejo de Europa está impregnado de un espíritu garantista y ha privilegiado tradicionalmente la óptica de la protección de los derechos humanos. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es el instrumento jurídico básico a través del cual se ha garantizado dicha protección.

El núcleo de la protección de la confidencialidad se encuentra en el art. 8 de la CEDH⁸⁹, que comienza con una formulación afirmativa: el derecho al respeto de la vida privada y familiar y concluye reproduciendo de manera más detallada la prescripción negativa sobre la prohibición de injerencias en la esfera privada ya presente en las fuentes de rango internacional.

La norma tiene, pues, una estructura dual: el primer párrafo establece el derecho a garantizar, mientras que el segundo identifica las excepciones admisibles y fija las condiciones en las que pueden imponerse legítimamente limitaciones al derecho al respeto de la vida privada. Sólo se permite una compresión de este derecho sobre la base de un triple orden de requisitos esculpidos lacónicamente en el dictado del CEDH, pero precisados y desarrollados a través de varias sentencias del TEDH.

⁸⁹ Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Por lo que se refiere al requisito de legalidad, según el cual la medida restrictiva del derecho al respeto de la vida privada debe estar prevista por la ley, el TEDH ha rechazado un concepto meramente formal. La base jurídica debe encontrarse no sólo en una ley escrita, sino también en normas deducibles de la práctica jurisprudencial. Sin embargo, a fin de considerar que se cumple el requisito de legitimación, se señalan determinadas características. La sola existencia de un fundamento jurídico en el Derecho nacional no es suficiente. La norma en cuestión debe responder al ideal de: “*rule of law*”: Ésta debe ser accesible y suficientemente clara en sus efectos, en el sentido de permitir a los individuos prever sus consecuencias y comprender lo que se les permite: “*Deberá indicar el alcance de [...] discrecionalidad atribuida a las autoridades competentes y las modalidades de su ejercicio con suficiente claridad, [...] para garantizar a la persona una protección adecuada contra injerencias arbitrarias*⁹⁰”.

A pesar del papel fundamental realizado por el Art. 8 de la CEDH y de la interpretación dinámica y evolutiva en la jurisprudencia del TEDH, pronto se consideró la necesidad de especificar y delimitar aún más la tutela de la vida privada con una Convención opósitamente dedicada al tema de los datos personales⁹¹. La doctrina europea individuó los nudos que se debían ser resueltos con la futura Convención y éstos eran esencialmente tres:

- a) La CEDH no es aplicable al sector privado ya que sólo hace surgir obligaciones entre sujetos de derecho público (Estados Nacionales) y no pueden ser directamente invocadas a sujetos privados (Organizaciones Internacionales)
- b) El derecho al respeto de la vida privada no cubre necesariamente todos los datos personales y, por lo tanto, se planteaba el problema de aquellas categorías de datos que se quedarían sin alguna protección.

⁹⁰ V. ECtHR, case of Malone v The United Kingdom (Application no. 8691/79), cit., § 68; ECtHR, Leander v. Sweden, cit., § 51; ECtHR, Rotaru v. Romania, cit., § 55; ECtHR, 4.12.2008, application n. 30562/04 e 30566/04, S. e Marper v The United Kingdom [GC], § 95, ECHR 2008

⁹¹ Como sugirió Korff, se optó por una nueva Convención, que podría redactarse en tal manera que permitiera la adhesión a Estados terceros, en lugar de recurrir a un Protocolo adicional para ampliar el catálogo de derechos consagrados en el CEDH. Véase Douwe KORFF, “The legal framework: an analysis of the constitutional European approach to issues of data protection and law enforcement”, Foundation for Information Policy Research, UK Information Commissioner Study Project: Privacy & Law Enforcement, Paper N. 4, 2004, p. 7

- c) El Art. 8 del CEDH no contemplaba un derecho de acceso a los propios datos.

4.2 Convenio No. 108 del Consejo de Europa

El Convenio No. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, (en lo sucesivo, Convenio No. 108)⁹² es el primer instrumento jurídicamente vinculante a nivel internacional que establece normas en materia de protección de datos. Sin embargo, carece de carácter “*self-executing*”, ya que su eficacia está supeditada a la adopción de las medidas de Derecho nacional⁹³. A diferencia de los demás Convenios del Consejo de Europa, el Convenio No. 108 también está abierta a la firma de Estados no miembros, previa invitación formal a la adhesión por parte del Comité de Ministros⁹⁴. Fuertemente inspirada por la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales hasta entonces promulgadas en materia de protección de datos personales⁹⁵, o al menos crear un consenso internacional en torno a una plataforma común⁹⁶, el Convenio No. 108 pretende garantizar a cada persona física “*el respeto de sus derechos y libertades fundamentales y, en particular, de su derecho a la intimidad, en relación con el tratamiento automático de datos de carácter personal que le conciernan*”

⁹³ Como señala Paolo Pallaro, la naturaleza de no self-executing de las disposiciones de la Convención está confirmada por el contenido indeterminado de muchas previsiones, por ejemplo, el Art. 8 no establece procedimientos, plazos y autoridades competentes para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y supresión, lo que requiere una puntualización a nivel de la legislación nacional. Véase Paolo PALLARO, *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 53..

⁹⁴ Uruguay fue el primer país no europeo que se convirtió en parte del Convenio 108, completando el camino de transposición en su ordenamiento interno en 2013. Aunque el art. 3, par. Uruguay ha optado por adherirse también al Protocolo en cuestión.

Marruecos ha sido invitado por el Comité de Ministros a adherirse, pero aún no ha terminado de formalizar su adhesión.

El 12 de junio de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos el decreto por el cual se aprueban dos importantes documentos: 1. el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal del 28 de enero de 1981 (conocido como el Convenio 108), y 2. su Protocolo Adicional del 8 de noviembre de 2001, relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos. Véase http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5526265&fecha=12/06/2018

⁹⁵ La primera legislación sobre este tema en el mundo se remonta a 1970 y fue adoptada en el Estado federado de Hesse, pero hasta 1977 no se promulgó legislación federal en Alemania. Por lo tanto, la primera verdadera legislación nacional fue la aprobada en Suecia en 1973. Las legislaciones de Francia, Dinamarca, Noruega y Austria fueron seguidas en 1978. Por último, Luxemburgo adoptó una normativa específica en 1979

⁹⁶ La voluntad de armonización se puede deducir también de la prohibición de incluir reservas en las disposiciones del Convenio, para evitar que su contenido pudiera desnaturalizarse y para garantizar la homogeneidad entre los distintos Estados adherentes. Artículo 25: “No podrá formularse reserva alguna con respecto a las disposiciones del presente Convenio”.

independientemente de la nacionalidad y de la residencia”⁹⁷. Es importante notar que son excluidos de su aplicación los tratamientos físicos de datos.

La Convención No. 108 tiene un alcance muy amplio, ya que está destinada a operar tanto en el sector público como en el privado. A fin de garantizar la protección de los datos personales, el Convención No. 108 consagra principios de fondo que pueden resumirse como sigue: el "principio de licitud y corrección del tratamiento", el "principio de finalidad limitada", según el cual los datos sólo podrán ser procesados para fines previamente determinados, el "principio de legalidad", que impone la conformidad con las normas que regulan las operaciones de tratamiento y, por último, el "principio de calidad de los datos"⁹⁸.

En particular, el artículo 12 del Convenio 108 está dedicado al flujo transfronterizo de los datos. Dicho artículo retoma los puntos esenciales del numeral 18 de las Directrices de la OCDE en la versión de 1980 (Norma general de libre flujo transfronterizo de los datos personales y las dos excepciones para restringir):

“Artículo 12. Flujos transfronterizos de datos de carácter personal y el derecho interno
1. Las disposiciones que siguen se aplicarán a las transmisiones a través de las fronteras nacionales, por cualquier medio que fuere, de datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado o reunidos con el fin de someterlos a ese tratamiento. 2. Una Parte no podrá, con el fin de proteger la vida privada, prohibir o someter a una autorización especial los flujos transfronterizos de datos de carácter personal con destino al territorio de otra Parte. Sin embargo, cualquier Parte tendrá la facultad de establecer una excepción a las disposiciones del párrafo 2: a En la medida en que su legislación prevea

⁹⁷ Artículo 1: “El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»)”.

⁹⁸ Artículo 5. Calidad de los datos

Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado:

a Se obtendrán y tratarán leal y legítimamente; b se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades; c serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado; d serán exactos y si fuera necesario puestos al día; e se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado

una reglamentación específica para determinadas categorías de datos de carácter personal o de ficheros automatizados de datos de carácter personal, por razón de la naturaleza de dichos datos o ficheros, a menos que la reglamentación de la otra Parte establezca una protección equivalente; b cuando la transmisión se lleve a cabo a partir de su territorio hacia el territorio de un Estado no contratante por intermedio del territorio de otra Parte, con el fin de evitar que dichas transmisiones tengan como resultado burlar la legislación de la Parte a que se refiere el comienzo del presente párrafo⁹⁹”.

4.3 La Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente en Niza en el año 2000, constituyó un punto de inflexión importante en el camino de la disciplina europea en materia de tratamiento de datos personales ya que introdujo un catálogo de derechos explícitos en el ordenamiento jurídico europeo.

En un principio, la decisión de no incorporarla al texto de los Tratados constitutivos había dado lugar a que tuviera un mero valor de documento político, carente de carácter jurídicamente vinculante, si bien constituye una referencia hermenéutica privilegiada en la jurisprudencia del TJUE, con el fin de clarificar el contenido de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el Tratado de Lisboa atribuye a la CDFUE fuerza vinculante con el nuevo Art. 6 del TUE, situándola en la más alta jerarquía del Derecho primario de la UE.

Si bien la Carta de Niza no confiere poderes a las instituciones de la UE para intervenir directamente en materia de derechos humanos, este límite no existe en el ámbito de la protección de los datos personales, ya que el Art. 16 TFUE¹⁰⁰, el cual sustituyó al Art.

⁹⁹ OCDE. *Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales* [online]. Disponible en: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf> [Consultado: 30/05/2023]

¹⁰⁰ Artículo 16 (antiguo artículo 286 TCE)

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las

286 TCE, creó el fundamento jurídico para la futura adopción de normas en materia de protección de los datos personales a escala europea.

Esta norma, que replica lo enunciado en el Art. 8 de la CDFUE¹⁰¹ contribuye a reforzar la dimensión constitucional del derecho a la protección de los datos personales, al que se atribuye un efecto directo a los individuos. La razón principal de esta previsión, que tiende a ostentar un ámbito de aplicación general, adecuándose para abarcar al sector privado, al sector público y a la acción de las instituciones europeas, reside en la voluntad de impulsar la adopción de normas de Derecho derivado, que regulen el ejercicio del derecho a la protección de los datos personales, garantizando su efectividad concreta.

La extraordinaria importancia de la CDFUE reside en el hecho de que el "nuevo" derecho a la protección de los datos personales (Art. 8) encuentra su propio reconocimiento y entra plenamente en la categoría de los derechos fundamentales, junto al tradicional derecho al respeto de la vida privada y familiar¹⁰², atribuible al núcleo originario de la privacidad, entendida como derecho de no ser perturbado por injerencias ajenas en la propia esfera íntima.

4.4 EL Modelo de Adecuación Europeo

La UE, basada en vocación conciliadora de legislaciones de diversas matrices jurídicas que están vigentes entre sus Estados Miembros, las cuales van desde el derecho de raíz romana al de raíz germánica, eslava, báltica, etc. ha logrado acuñar diversos modelos de armonización jurídica. El denominado modelo de adecuación (*"Adequacy model"*) puede

actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.

Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea.

¹⁰¹ Artículo 8 CDFUE Protección de datos de carácter personal 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente

¹⁰² Artículo 7 CDFUE: "Respeto de la vida privada y familiar Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones".

bien ser fruto de este continuo encuentro de jurisprudencias. El objetivo esencial de dicho modelo es: “Asegurar la protección de las personas físicas cuando se llevan a cabo transferencias internacionales de datos personales. En concreto, consiste en realizar una evaluación específica del país al que se va realizar la transferencia internacional.” citar El éxito positivo de dicha evaluación se tendrá cuando la Comisión Europea confirme “Formalmente, con efectos vinculantes para los Estados miembros, que el nivel de protección de datos en un tercer país u organización internacional es sustancialmente equivalente al nivel de protección de datos en la Unión Europea¹⁰³”.

Si bien no es objeto de este trabajo, es importante recalcar que existen mecanismos alternativos para la autorización de la transferencia de datos fuera de las fronteras de la UE que no están basados en el modelo de adecuación, por ejemplo: el modelo de cláusulas contractuales (*Standard contractual clauses*); las normas corporativas vinculantes (*Binding Corporate Rules*); las reglas transfronterizas de privacidad (*Cross Border privacy Rules*) o excepciones por situaciones concretas como el consentimiento del interesado.

4.5 La Evaluación de Adecuación de la Legislación del Estado Tercero.

La Directiva 95/46/CE no define explícitamente el concepto de flujo internacional de datos. El legislador europeo parece haber ignorado los temores expresados por el SEPD en cuanto al riesgo de que la falta de una definición expresa pudiera generar incertidumbre sobre las hipótesis en las que las disposiciones del Reglamento se aplican en un contexto *on line*. Dichos temores eran motivados por la excesiva cautela del TJUE al momento de emanar jurisprudencia.

En efecto, el TJUE en el asunto Lindqvist¹⁰⁴ había concluido que la introducción de datos en una página *web*, al tiempo que los hacía accesibles a un número indeterminado de

¹⁰³ El Grupo de Trabajo del Artículo 29 se integró, el 25 de mayo de 2018, en el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD).

¹⁰⁴ CGCE, 6.11.2003, caso C-101/01, Lindqvist “Teniendo en cuenta, por una parte, el estado del desarrollo de Internet en el momento de la elaboración de la Directiva 95/46 y, por otra, la ausencia, en su capítulo IV, de criterios aplicables al uso de Internet, no se puede presumir que el legislador comunitario tuviera la intención de incluir de forma prospectiva en el concepto de “transferencias de datos personales a un tercer país”.

personas, constituía una transferencia en el sentido del artículo 48 de la Directiva. Dicha resolución pasó por alto el hecho de que los datos hubieran sido efectivamente consultados por ciudadanos extranjeros o que los servidores del proveedor de servicios de *web hosting* estuvieran localizados en terceros países.

Dado que el legislador tampoco adoptó una posición clara en el RGPD en referencia al flujo internacional de datos, es imprescindible que, una vez más, la jurisprudencia de Luxemburgo se desarrolle sobre la base del RGPD y trate de resolver las controversias.

Sin embargo, el SEPD sugirió que se consideraran algunos factores para determinar si se trataba de una transferencia de datos: por ejemplo, la finalidad de comunicar los datos a destinatarios bien identificados, la probabilidad de que el flujo de información llegara realmente a uno o más destinatarios en el extranjero etc. Esto causó que, a diferencia de la Directiva 95/46/CE, el RGPD tuviera un alcance más amplio y se centrara en las transferencias no sólo a terceros países, sino también a organizaciones internacionales.

El RGPD reformula en términos positivos el principio de fondo expresado en negativo por la Directiva 95/46/CE. Mientras que esta última establecía que dentro de los límites del mercado común los datos podían circular libremente y prohibía la transferencia de datos personales fuera del Espacio Económico Europeo¹⁰⁵ (salvo algunas contadas excepciones) el RGPD, por el contrario, reafirma que se admite la libre circulación de datos dentro de la UE, pero al mismo tiempo prevé que los flujos hacia el extranjero se permitan en determinadas condiciones¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Art. 1 Párr. 2: Los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1. Art 25 Párr. 1: Los Estados miembros dispondrán que la transferencia a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia, únicamente pueda efectuarse cuando, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas con arreglo a las demás disposiciones de la presente Directiva, el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado.

¹⁰⁶ Artículo 44: “Solo se realizarán transferencias de datos personales que sean objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional si, a reserva de las demás disposiciones del presente Reglamento, el responsable y el encargado del tratamiento cumplen las condiciones establecidas en el presente capítulo, incluidas las relativas a las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a otro tercer país u otra organización internacional. Todas las disposiciones

Además, es significativo que el mismo RGPD precise que el reglamento debe ser respetado no sólo por el titular, sino también por el responsable del tratamiento y por los otros destinatarios de datos en caso de transferencias sucesivas. Con esta nueva configuración se garantiza que el nivel de protección establecido por el legislador europeo no se vea atenuado o comprometido cuando los datos salgan del territorio de la UE/EEE.

La reforma que dio paso al RGPD confirma, como mecanismo principal para la transferencia de datos personales al extranjero, la existencia de una decisión positiva sobre el nivel de protección adecuado que garantiza el orden de destino.

Como ya se preveía en la Directiva 95/46/CE, corresponde a la Comisión realizar evaluaciones sobre el requisito de la adecuación¹⁰⁷. El RGPD, en todo caso, precisó y determinó de manera más rigurosa los parámetros que deberán tenerse en cuenta para la adopción de una decisión de adecuación en su art. 45 haciendo énfasis en el Estado de derecho, la existencia de autoridades de control y los compromisos internacionales en materia de protección de datos que el país candidato ostente¹⁰⁸. Finalmente, en el Considerando 105¹⁰⁹ concede especial importancia al hecho de que el país de llegada sea miembro del Convenio 108 del Consejo de Europa.

De estas previsiones se desprende que el RGPD regula de forma más detallada las decisiones de adecuación que en el pasado, previendo la necesidad de una revisión periódica

del presente capítulo se aplicarán a fin de asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado”.

¹⁰⁷ Las decisiones de adecuación adoptadas hasta ahora se refieren al Principado de Andorra, Argentina, el Derecho comercial privado de Canadá, las Islas Feroe, el Baliato de Guernsey, la Isla de Man, Israel, el Baliato de Jersey, Nueva Zelanda, Suiza, Uruguay. Para más detalles, visite la dirección: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/index_en.htm.

¹⁰⁸ Comisión E. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 [online]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> [Consultado: 30/05/2023]

¹⁰⁹ “Aparte de los compromisos internacionales adquiridos por el tercer país u organización internacional, la Comisión debe tener en cuenta las obligaciones resultantes de la participación del tercer país u organización internacional en sistemas multilaterales o regionales, en particular en relación con la protección de los datos personales, y el cumplimiento de esas obligaciones. En particular, debe tenerse en cuenta la adhesión del país al Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y su Protocolo adicional. La Comisión debe consultar al Comité al evaluar el nivel de protección existente en terceros países u organizaciones internacionales”.

al menos cada cuatro años, introduciendo al mismo tiempo elementos de mayor flexibilidad, admitiendo la posibilidad de que la evaluación de la adecuación no se refiera a la totalidad del ordenamiento del tercer país, sino que se limite a territorios o sectores específicos dentro del mismo, quedando a salvo la facultad de la Comisión de modificar, revocar o suspender una decisión anterior, si se comprueba que no se cumple el requisito de adecuación, Aunque esta intervención no tiene efecto retroactivo y, por lo tanto, no puede hacer ilícitas las transferencias ya iniciadas¹¹⁰.

En general, el considerando 114¹¹¹ aclara que deben adoptarse soluciones que otorguen al interesado derechos efectivos y exigibles, de modo que pueda seguir disfrutando de protección tras la exportación de sus datos. A diferencia de lo que ocurría en el pasado, el RGPD establece específicamente que las decisiones de adecuación deberán ser objeto de un régimen de publicidad. En efecto, la Comisión está expresamente obligada a publicar en el Diario Oficial y en su sitio web¹¹².

A falta de una decisión de adecuación, el flujo de datos hacia el extranjero no está totalmente excluido, ya que el Reglamento reconoce su legalidad en determinadas condiciones.

En efecto, el Art 46¹¹³ del RGPD enuncia una serie de instrumentos en los que puede basarse la transferencia de datos a un tercer país o a una organización internacional. Más concretamente, incluso cuando la Comisión decide que el sistema de destino no ofrece un nivel adecuado de protección, el legislador admite la transferencia si se aplican las garantías adecuadas. En particular, se considerarán garantías adecuadas que excluyan la necesidad de autorizaciones específicas por parte de una autoridad de control:

¹¹⁰ Art. 45, párr. 5.

¹¹¹ “En cualquier caso, cuando la Comisión no haya tomado ninguna decisión sobre el nivel adecuado de la protección de datos en un tercer país, el responsable o el encargado del tratamiento deben arbitrar soluciones que garanticen a los interesados derechos exigibles y efectivos con respecto al tratamiento de sus datos en la Unión, una vez transferidos estos, de forma que sigan beneficiándose de derechos fundamentales y garantías”.

¹¹² Art. 45, párr. 8

¹¹³ Art 46: Transferencias mediante garantías adecuadas.

Sin embargo, en las hipótesis enlistadas en Art 46 será necesaria una autorización¹¹⁴, que deberá ser expedida por la autoridad de control competente de conformidad con el mecanismo de coherencia¹¹⁵. De una comparación con el art. El artículo 26 de la Directiva 95/46/CE¹¹⁶, que sólo mencionaba las cláusulas contractuales típicas, pone de manifiesto que el Reglamento ha ampliado considerablemente el abanico de instrumentos en los que puede basarse la transferencia internacional de datos.

4.6 Excepciones al Principio de "Protección Adecuada"

El RGDP establece una serie de excepciones a la regla general de "protección adecuada", que supedita la transferencia fuera de la UE al requisito de adecuación o, al menos, a la provisión de garantías adecuadas conforme al artículo 46. Estas excepciones son examinadas analíticamente en el Art. 49:

- a) El interesado haya dado explícitamente su consentimiento a la transferencia propuesta, tras haber sido informado de los posibles riesgos para él de dichas transferencias debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas;
- b) la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales adoptadas a solicitud del interesado;
- c) la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y otra persona física o jurídica;
- d) la transferencia sea necesaria por razones importantes de interés público;
- e) la transferencia sea necesaria para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones;
- f) la transferencia sea necesaria para proteger los intereses vitales del interesado o de otras personas, cuando el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento;

¹¹⁴ Art. 46, par. 3.

¹¹⁵ Art. 46, par. 4.

¹¹⁶ Artículo 26 párr. 1.

- g) la transferencia se realice desde un registro público que, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, tenga por objeto facilitar información al público y esté abierto a la consulta del público en general o de cualquier persona que pueda acreditar un interés legítimo, pero sólo en la medida en que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece el Derecho de la Unión o de los Estados miembros para la consulta.
- h) Cuando una transferencia no pueda basarse en disposiciones de los artículos 45 o 46, incluidas las disposiciones sobre normas corporativas vinculantes, y no sea aplicable ninguna de las excepciones para situaciones específicas a que se refiere el párrafo primero del presente apartado, solo se podrá llevar a cabo si no es repetitiva, afecta solo a un número limitado de interesados, es necesaria a los fines de intereses legítimos imperiosos perseguidos por el responsable del tratamiento sobre los que no prevalezcan los intereses o derechos y libertades del interesado, y el responsable del tratamiento evaluó todas las circunstancias concurrentes en la transferencia de datos y, basándose en esta evaluación, ofreció garantías apropiadas con respecto a la protección de datos personales. El responsable del tratamiento informará a la autoridad de control de la transferencia. Además de la información a que hacen referencia los artículos 13 y 14, el responsable del tratamiento informará al interesado de la transferencia y de los intereses legítimos imperiosos perseguidos.

Los presupuestos apenas descritos encuentran su directa referencia en la Directiva 95/46/CE sin mayores discrepancias, sólo se asegura un procedimiento más riguroso en el momento del reconocimiento de la validez del consentimiento. Sin embargo, el inciso h) no aparece en la Directiva mencionada y pareciera estar formulado en manera muy general, dejando algunas dudas no insignificantes:

En primer lugar, a propósito del significado del atributo "repetitivo", no está claro si debe tratarse de una transferencia única o si existe una posibilidad limitada de reiteración (quizás un número mayor a uno, pero en un lapso muy amplio). En segundo lugar, la referencia al número limitado de interesados resulta también vaga: ¿cuál es el punto de

referencia para apreciar el número limitado de interesados? ¿Hay que hacer referencia a la población nacional o, más bien, pensar a escala europea?

Por último, la valoración del supuesto del interés legítimo queda a cargo del albedrío del responsable del tratamiento quien debe buscar el equilibrio entre las diversas situaciones subjetivas (Dándole un rol de quasi-juzgador). Con el fin de evitar abusos, se han previsto precauciones especiales en caso de que la transferencia se base en un interés legítimo vinculante del responsable del tratamiento. En efecto, este último tendrá que hacer frente a una serie de obligaciones. El responsable del tratamiento deberá advertir a la autoridad de control para que pueda ordenar, en su caso, la suspensión del flujo de datos en el ejercicio de sus poderes correctivos. El responsable del tratamiento deberá asimismo informar al interesado de la transferencia y de los intereses legítimos perseguidos.

Antes de iniciar la transferencia de datos, el responsable del tratamiento tendrá la obligación de evaluar todas las circunstancias del caso concreto; en particular, en el considerando 113 se le insta a que examine detenidamente: *“La naturaleza de los datos personales, la finalidad y duración del tratamiento o tratamientos propuestos, así como la situación en el país de origen, el tercer país y el país de destino final...”¹¹⁷”*.

Por último, el Reglamento exige al responsable del tratamiento que ofrezca garantías adecuadas para la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales, y de certificar la apreciación específica de la situación y la adopción de las garantías adecuadas en el registro que la misma entidad está obligada a llevar a cabo en virtud del art. 30.

Naturalmente, el legislador, consciente de estos puntos críticos, precisó que la hipótesis h) es absolutamente residual y está destinada a actuarse cuando ninguna de las otras condiciones para la transferencia en el extranjero de datos personales sea aplicable. El Considerando 113 trata de ser más específico: *“Las transferencias que pueden calificarse de no repetitivas y sólo se refieren a un número limitado de interesados, también han de ser*

¹¹⁷ Considerando 113

posibles en caso de servir a intereses legítimos imperiosos del responsable del tratamiento, si no prevalecen sobre ellos los intereses o los derechos y libertades del interesado y el responsable ha evaluado todas las circunstancias concurrentes en la transferencia de datos. El responsable debe prestar especial atención a la naturaleza de los datos personales, la finalidad y la duración de la operación o las operaciones de tratamiento propuestas, así como la situación en el país de origen, el tercer país y el país de destino final, y ofrecer, garantías apropiadas para proteger los derechos fundamentales y las libertades de las personas físicas con respecto al tratamiento de sus datos personales. Dichas transferencias sólo deben ser posibles en casos aislados, cuando ninguno de los otros motivos para la transferencia sea aplicables. Las legítimas expectativas de la sociedad en un aumento del conocimiento se deben tener en cuenta para fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos. El responsable debe informar de la transferencia a la autoridad de control y al interesado¹¹⁸”.

5. El DMA: El encuentro jurídico-armónico entre *Antitrust Enforcement* y *Data Privacy*

En las páginas anteriores hemos realizado un análisis de estructural del DMA así como una reseña jurídica de las principales regulaciones europeas en materia de *Antitrust* y *Privacy*. Ahora bien, en las siguientes páginas nos enfocaremos principalmente en definir que, si bien el DMA, es un instrumento que nació para regular la competencia en mercado digital europeo y tendiente a alcanzar objetivos puramente económicos, de manera transversal, ha incidido en el derecho fundamental de protección de datos personales que cada ciudadano europeo ostenta y que se encuentran reconocidos en la Carta de Niza, uno de los tres tratados originarios de la Unión Europea. De esta manera, podremos enlazar los objetivos de este estudio con las publicaciones que se realizaron durante los tres años de doctorado.

Como hemos analizado en las primeras páginas de este estudio, uno de los primeros obstáculos en la regulación de la competencia y del mercado en el mercado digital es la falta

¹¹⁸ *Ibidem*

de aplicación de los instrumentos tradicionales de concentración de poder de mercado. En efecto, los instrumentos antimonopolio de la economía "tradicional" funcionan para un mercado en el que hay un gran número de competidores que producen un bien similar. Piénsese, por ejemplo, en el mercado de los transportes. Con el fin de aumentar los ingresos, las empresas en este sector de la economía deben competir para aumentar su cuota de mercado a través de una regla de oro: la disminución del precio y la innovación continua tanto en el diseño como en la producción del servicio en cuestión. Además, el Estado garantiza la libre competencia gracias a instrumentos que limitan la autonomía contractual de los particulares prohibiendo los acuerdos de cartel, las estrategias de monopolización como las fusiones agresivas y los *trusts*. Finalmente, en el caso hipotético de que se hiciera imposible la competencia en el mercado de los transportes por un fenómeno económico atípico, el Estado estaría dispuesto a intervenir con la regulación de la propiedad pública o de los servicios de utilidad pública. En la economía tradicional, el "precio" juega un rol fundamental como instrumento de medición, pues a través de éste, la Autoridad puede identificar la existencia de distorsiones en el mercado cuales: la especulación, la formación de carteles y la fijación artificial del precio. Sin embargo, ¿Qué sucede si los servicios ofrecidos por los GAFAM son en su mayoría aparentemente "gratuitos"? La imprescindible información del precio desaparece ante el ojo regulador, dificultando su actuar en caso de fijaciones artificiales. En efecto, Creemos que el ejemplo antes mencionado en el sector de los transportes no es viable en el mercado digital. Centrémonos, por ejemplo, en el mercado digital de las redes sociales: Según datos de Hootsuite actualizados en junio de 2023¹¹⁹, Facebook sigue siendo la plataforma de redes sociales más utilizada en el mundo. Sin embargo, solo existen seis plataformas que gestionan más de mil millones de usuarios activos mensuales cada una: Meta gestiona 2.740 millones, la cobertura pública potencial de YouTube es de 2.291 millones, WhatsApp cuenta con alrededor de 2.000 millones de usuarios activos mensuales, Facebook Messenger tiene alrededor de 1.300 millones. La cobertura publicitaria de Instagram es de 1.221 millones. Finalmente, WeChat (微信) tiene 1.213 millones de usuarios activos mensuales y La audiencia publicitaria de TikTok llega a

¹¹⁹ Hootsuite ¡La audiencia publicitaria de TikTok llega a 1,002 millones! (Y otras estadísticas impactantes) [online]. Disponible en: <https://blog.hootsuite.com/es/informe-digital-estadisticas-de-redes-sociales/> [Consultado: 30/05/2023]

1,002 millones. Cabe destacar que cuatro de las seis plataformas mencionadas son propiedad del conglomerado Meta. Al examinar el panorama, es fácil comprender que, aunque el precio y la innovación de la plataforma son importantes para la estrategia de mercado de las empresas en el ecosistema digital, es imprescindible proyectar una estrategia de adquisición constante y, en cierto modo, agresiva, de usuarios activos.

Por este motivo, Hemos entrecomillado el término “gratis” en el párrafo anterior, pues como es nuestro saber, las mayores plataformas de internet conceden el acceso a sus servicios sólo cuando el usuario consiente transmitir no sólo su información personal, sino también datos sensibles tales como ubicación en tiempo real y preferencias personales bajo la propuesta de alimentar el algoritmo y, de esta manera, mejorar la experiencia del producto y/o servicio digital. Este modelo de negocio estaría destinado a permanecer en el futuro reciente, pues, según datos recabados por la Comisión Europea, los usuarios no estarían dispuestos a pagar un precio por utilizar un motor de búsqueda eficiente o por abrir un sitio web personal en una red social determinada; de hecho, suelen estar satisfechos si el algoritmo, seleccionando automáticamente los temas más cercanos a sus perfiles, les permite localizar rápidamente sus preferencias, sin más pérdida de tiempo.

Una vez demostrado que el poder de mercado de las plataformas de internet no es directamente proporcional al precio sino al número de usuarios activos que comparten su información personal de manera constante, no es de sorprender que el legislador europeo haya incluido en el DMA: i) la obligación de *Gatekeeper* de no unificar los datos personales obtenidos de otras actividades ofrecidas por la misma entidad (art. 5, lett. a, de la Digital Markets Act); ii) la obligación de permitir a terceros ofrecer los mismos productos en condiciones distintas de las previstas por el *Gatekeeper* (art. 5, letra b. DMA); iii) la prohibición de crear vínculos entre los distintos servicios ofrecidos por el operador (letra literal del art. 5. f; iv) la obligación del *Gatekeeper* de permitir a los usuarios finales desinstalar el *software* preinstalado para acceder a la plataforma (art. 6, lett. b, de la propuesta) v) la prohibición de introducir mecanismos que den preferencia a los usuarios finales por los productos desarrollados de forma autónoma por el *Gatekeeper*, en caso de

que en la misma plataforma se encuentren productos de terceros potencialmente competitivos.

Más específicamente, en materia de protección de datos, el DMA presenta la obligación impuesta al gatekeeper de garantizar la portabilidad de los datos personales (art. 6, h. DMA). En concreto, se trata de una obligación ya deducible de la disposición similar de los artículos 20, del RGPD y el art. 6 del Reglamento 2018/1807 sobre la circulación de datos no personal: Por lo tanto, se trata de una obligación ya vigente en el ordenamiento europeo y que se aplica de forma autónoma cuando la plataforma es, al mismo tiempo, calificable de responsable del tratamiento.

Por otra parte, la impresión de una especie de solapamiento entre los distintos ámbitos normativos del ordenamiento jurídico de la Unión Europea se refuerza aún más, cuando se tiene en cuenta el hecho de que el DMA y el RGPD establecen recursos procesales específicos en cada uno de los sectores estudiados prevén poderes de investigación similares y poderes sancionadores similares. Más detalladamente: la autoridad de control puede solicitar información en el marco de un análisis del sector y solicitar información a la empresa investigada o efectuar comprobaciones *in situ* de acuerdo con los arts. 21, 22, 23 y 26 DMA y los arts.56 y ss. del RGPD. Sin embargo, en este contexto, hay que concluir que no debería existir una relación de solapamiento entre los distintos ámbitos normativos, pues las investigaciones deben llevarse a cabo con un fin específico; los elementos adquiridos durante una investigación no pueden utilizarse también para otro tipo de investigación, ya que de lo contrario se violarían principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea.

Asimismo, existen profundas similitudes entre el poder sancionador reconocido a las autoridades competentes en el DMA y el RGPD. En todos los casos, las autoridades de control están facultadas para imponer medidas provisionales; pueden aceptar o imponer compromisos; conceder sanciones por un importe que oscila entre el 1% (en caso de incumplimiento de las obligaciones de procedimiento únicamente), el 4% (por violaciones graves de la privacidad: por ejemplo, no solicitar el consentimiento)¹²⁰, hasta llegar al 10%

¹²⁰ Art. 84 RGPD

de la facturación total de una empresa determinada (en caso de infracción grave de la competencia, incumplimiento de los compromisos o incumplimiento de las medidas provisionales)¹²¹. Estas multas, debido a su naturaleza, podrían ser incompatibles entre sí y, por ende, afectar doblemente al Gatekeeper en caso de actualizarse la condición en la normativa de protección de datos y en la regulación antimonopólica. Por lo tanto, la ausencia de solapamientos lógicos y normativos daría lugar a la consecuencia adicional de que, en el raro caso de que la plataforma dominante haya incumplido los dos ámbitos normativos con un solo comportamiento, las sanciones aplicables en virtud de la legislación antimonopolio pueden sumarse a las aplicables por violación del Reglamento de protección de datos con la consecuencia de que podríamos llegar a imponer a una plataforma determinada sanciones que, en hipótesis, representarían incluso el veinticuatro por ciento del volumen de negocios global de la empresa: por lo tanto, una cifra absolutamente importante incluso para las grandes empresas digitales.

Es preciso aclarar que las hipótesis en las que, en relación con un mismo caso, se pueden aplicar los dos sistemas reglamentarios antes indicados, parecen, en efecto, bastante remotas. En resumen, podría suponerse que determinadas infracciones de la normativa de defensa de la competencia pueden provocar, a su vez, una lesión de los datos personales, como podría ocurrir en el caso de que determinados problemas contrarios a la competencia se deriven precisamente de la adquisición de un competidor que, en su "patrimonio", posee una gran masa de datos personales. En este caso, si la plataforma de incorporación cruzara los datos de ambas redes sin haber avisado previamente a los usuarios de la otra plataforma, es probable que se produjera un comportamiento anticompetitivo, tanto una violación de la legislación destinada a proteger la privacidad como, por último, una violación de la normativa destinada a la protección de la intimidad.

Con carácter preliminar, vale la pena precisar que las relaciones entre las diferentes fuentes reguladoras no pueden resolverse con los habituales criterios hermenéuticos, que, por otra parte, aportan elementos contradictorios. En efecto, si bien, en la perspectiva de la Comisión, el DMA está destinado a convertirse en una fuente reglamentaria - por lo tanto,

¹²¹ Art. 30 DMA

está subordinado a los arts. 101 y 102 del TFUE - por otra parte, es fácil observar que el mismo constituye una fuente especial, por lo que se supone que prevalecerá sobre el EUMR y el RGPD.

Una vez discutido y evidenciado el vínculo normativo que existe entre el DMA y el RGPD y, como hemos mencionado más veces en este estudio, queda claro que la regulación digital contenida en el DMA incide en el Derecho de Competencia europeo y la regulación de protección de datos personales. Decidimos analizar ambos conceptos regulatorios fundamentales del DMA de una manera diferente a los estudios doctorales tradicionales pues, aprovechando de la opción de obtener el título de doctor en la Universidad de Salamanca a través bajo el formato de compendio de artículos/publicaciones aprobado por la Comisión de Doctorado y Posgrado, el 15 de febrero de 2013, nos centramos en resolver tres hipótesis que están intrínsecamente relacionadas con el marco teórico de nuestra investigación y que a continuación expondremos:

En primer lugar, nos planeamos la siguiente cuestión: ¿el uso de las herramientas tradicionalmente utilizadas por el derecho de la competencia es adecuado o resulta obsoleto para la economía digital? Para dar una respuesta adecuada, partimos del estudio de las características del mercado digital europeo. Posteriormente, exploramos con mayor detalle en el Informe Final de la Comisión publicado abril de 2019 titulado: “Política de Competencia para la Era Digital”. Este documento se presenta como una declaración de principios esenciales en la aplicación de la ley Antimonopolio a los mercados digitales. Finalmente, presentamos las razones por las que los expertos en la materia creen que es urgente actualizar la legislación para poder correr al mismo ritmo que las empresas emergentes en las vías digitales de la nueva economía. Nuestras conclusiones las enmarcamos en el artículo titulado: “*La Regolazione Antitrust dello Stagno Digitale Mediterraneo*” publicado en: “*La questione Mediterraneo - Tradizione, cambiamenti, prospettive*”¹²².” el pasado mes abril de 2023.

¹²² OROZCO MARTÍNEZ E. *La regolazione Antitrust dello Stagno digitale Mediterraneo. En BOTTARO G. La questione Mediterraneo - Tradizione, cambiamenti, prospettive* [en línea]. Disponible en: <https://messinaup-pubblicazioni.unime.it/index.php/mup/catalog/book/1> pp. 366-380 [Consultado: 05/04/2023]

De las conclusiones del primer artículo, pudimos comprender el problema fundamental que la Autoridad Regulatoria Antitrust europea, de los Estados Unidos y de Reino Unido enfrentan en la economía digital y que fue identificado y conceptualizado por Cunningham, Ederer y Ma en su obra titulada: “*Killer Acquisitions*”¹²³. Las “fusiones asesinas” son definidas por los autores antes citados como un evento en el que la empresa adquiriente tiene como objetivo principal el: “*interrumpir el desarrollo de los proyectos de innovación de la empresa adquirida y así evitar la competencia futura*”. Por la definición, es claro que se trata de una teoría del daño al mercado y no tanto de una categoría de adquisiciones. Dicho daño se materializa cuando el “*incumbent*”¹²⁴ neutraliza el desarrollo de un producto/servicio a través de la adquisición de la empresa competidora.

Los autores hipotizan que existen dos supuestos en los que es muy conveniente para un *incumbent* fusionarse o adquirir un potencial competidor: a) Cuando éste no desea sufrir la pérdida de ingresos causados por la normal maduración de su producto o servicio en el mercado y b) Cuando es más rentable adquirir una “*Nascent Acquisition*” que invertir en su propia innovación.

Con el fin de subrayar que las “fusiones asesinas” son un problema latente en los mercados digitales no solo de las Naciones miembros de la UE, sino de todo el Occidente digitalizado, nos propusimos aplicar la teoría diseñada por Cunningham, Ederer y Ma en la fusión de *Illumina, Inc/Pacific Biosciences of California, Inc*, dos empresas del sector biotecnológico que decidieron iniciar su proceso de fusión equivalente a 1.2 mil millones de dólares y desistiendo de su propósito en enero de 2020 debido al largo proceso de aprobación y a la continua oposición de la *US Federal Trade Commission*. En particular, el Ente regulador afirmó que: [Illumina] “*Mantendría ilegalmente su monopolio en el mercado de EE. UU. en los sistemas de secuenciación de ADN de próxima generación (NGS)*”

¹²³ Cunningham, Colleen and Ederer, Florian and Ma, Song, *Killer Acquisitions* (April 19, 2020). Journal of Political Economy, Vol. 129, No. 3, pp. 649–702, March 2021, [en línea]. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3241707> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3241707> [Consultado: 05/04/2023].

¹²⁴ Una antigua empresa monopolista que sigue ocupando una posición dominante en el mercado liberalizado, spec. los medios de comunicación y las telecomunicaciones.

extinguendo PacBio, considerada una amenaza competitiva naciente". La US FTC basó su decisión en el artículo 7 del *Clayton Act* que prohíbe acuerdos que eliminen la competencia presente y futura y en la sección 2 del *Sherman Act* el cual prohíbe intentar obtener o mantener un monopolio.

Del otro lado del Atlántico, analizamos la fusión *Paypal Holdings/iZettle AB*: El 20 de septiembre de 2018, PayPal adquirió iZettle. Ambas firmas se encontraban en el mercado para el suministro de puntos de venta móviles (mPOS). La *Competition and Markets Authority* del Reino Unido decidió no oponerse a la fusión ya que pudo evaluar que la empresa fusionada estaría limitada por otros competidores significativos. La CMA analizó cómo habría evolucionado el mercado y la competencia entre PayPal e iZettle y las estrategias comerciales probables de las partes si no se hubiera producido la fusión. Consideró la motivación de PayPal para la adquisición, así como la percepción de los clientes de dispositivos mPOS. Concluyó, además, que: [iZettle] "*sólo habría podido desarrollar su oferta lentamente y habría seguido siendo un actor marginal en el futuro previsible*". Nuestras conclusiones a dichas fusiones fueron publicadas con el título: "*Killer Acquisition Theory of Harm y la Autonomía de las Partes: Illumina /Pacific Biosciences y PayPal/iZettle*" en la revista: "*Actualidad Jurídica Iberoamericana*" del pasado febrero de 2022¹²⁵.

Finalmente, decidimos explorar otra rama de regulación que el Reglamento de Mercados Digitales trastoca y que es uno de los pilares y éxitos del Mercado Común: el Reglamento general de protección de datos¹²⁶. En este caso, nos centramos en analizar el criterio de adecuación como vía para la transferencia internacional de datos entre la Unión Europea y un tercer país. Este criterio, mencionado en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y posteriormente recogido por el Reglamento General de Protección de Datos, fue invocado e interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 6 de octubre de 2015. , asunto C-362/14 que provocó el colapso del llamado

¹²⁵ OROZCO MARTÍNEZ, E. *Killer acquisition theory of harm y la autonomía de las partes: illumina/ pacific biosciences y paypal/izettle* [en línea]. Disponible en: [http://www.revista-aji.com/numero-16/\[2022, 04/15\]](http://www.revista-aji.com/numero-16/[2022, 04/15]).

¹²⁶ <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> [Consultado: 05/04/2023]

“*Privacy Shield*” entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América. En este contexto, analizamos los fundamentos jurídicos y políticos que influyeron en la Decisión de Adecuación 2003/490/CE de Argentina de 3 de junio de 2003 y, finalmente, a partir de un estudio jurídico comparado, se evaluó si el ordenamiento jurídico mexicano satisfaría los requisitos de adecuación europeos en caso de que el Gobierno de México decidiera iniciar el trámite para convertirse en país receptor de datos europeos con el fin de fortalecer las relaciones económicas con la UE. La justificación de este estudio radica en la posibilidad de que el Gobierno mexicano inicie, en poco tiempo, un proceso de adecuación para poder acceder al flujo de datos provenientes de la UE como parte de la estrategia para la ratificación del nuevo Tratado de Libre Comercio. Tratado entre México y la UE. Este nuevo Tratado definiría posiciones comunes en temas como: cambio climático, desarrollo sostenible, transparencia y anticorrupción. Naturalmente, el nuevo TLCMEU prevé la introducción del comercio en línea con reglas que permitan tanto a las empresas como a los consumidores operar con un estándar sustancialmente equivalente al nivel de protección europea en el país latinoamericano. Nuestro trabajo fue publicado por la revista *Comparative Law Review* el pasado mes de mayo de 2023.

En las conclusiones de este trabajo, evidenciaremos nuevamente la relación causal que existen en las hipótesis plasmadas en cada uno de los artículos publicados. Sin embargo, no podemos dejar de subrayar que hoy en día, nos encontramos en un momento histórico para la regulación digital del “estaño” digital europeo. Con la llegada del Reglamento (UE) 2022/1925 de 14 de septiembre de 2022, consideramos que tanto la rama Antitrust digital europea como la regulación de protección de datos en el Mercado Interior servirán como rieles donde se puedan desenvolver las relaciones económicas disruptivas garantizando la competencia leal entre las plataformas digitales, independientemente de su tamaño, para ampliar la oferta para los consumidores y, al mismo tiempo, asegurando los derechos fundamentales de *privacy* del ciudadano europeo.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La historia de la regulación antimonopólica se remonta al siglo XIX en los Estados Unidos. Dicho ordenamiento se ha encargado de brindar un marco normativo a la tecnología en pro del consumidor final y de la democracia. Desde la regulación de la competencia en las empresas de ferrocarriles en la naciente Unión Americana hasta la regulación de la realidad virtual encarnada en plataformas como *Metaverse*, *Mesh for Teams* de hoy en día, podemos afirmar que la norma Antitrust y el desarrollo tecnológico de la humanidad están intrínsecamente ligadas¹²⁷.

SEGUNDA. Expertos en materia definen el Antitrust como: *"el conjunto de normas jurídicas y decisiones administrativas y jurisdiccionales encaminadas a proteger la competencia en los mercados, disciplinar y controlar el poder de las grandes empresas si entra en conflicto con los beneficios que la competencia garantiza al público y especialmente a consumidores"*¹²⁸. Para garantizar la competencia en el mercado interior digital europeo, el organismo regulador no debe alejarse de los objetivos descritos en los arts. Del 101 al 109 del TFUE. Sin embargo, es fundamental una actualización de las herramientas de medición. Soportamos nuestra aseveración en dos características fundamentales de la economía digital: los extremos rendimientos de escala y las externalidades de red¹²⁹.

TERCERA El DMA puede fija una serie de limitaciones a las empresas dominantes en la economía digital (GAFAM). Dichas prohibiciones se pueden sintetizar en: a) procesar datos personales de usuarios finales que utilizan servicios de terceros que dependen de los servicios de la plataforma principal del gatekeeper para proporcionar servicios de publicidad en línea; b) combinar los datos personales del servicio de plataforma principal pertinente con los datos personales de cualquier servicio de plataforma principal adicional de cualquier otro

¹²⁷ OROZCO MARTÍNEZ, E. 2022, 11/04/2022-Killer acquisition theory of harm y la autonomía de las partes: *illumina/ pacific biosciences y paypal/izettle*. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/numero-16/> [2022, 04/15].

¹²⁸ TRECCANI E. Istituto della Enciclopedia Italiana, 2017, voce: Antitrust Autore: A. Cucinotta p.67.

¹²⁹ OROZCO MARTÍNEZ, E. 2022, 11/04/2022-Killer acquisition theory of harm y la autonomía de las partes: *illumina/ pacific biosciences y paypal/izettle*. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/numero-16/> [2022, 04/15].

servicio ofrecido por el gatekeeper, o con los datos personales de terceros c) inscribir a los usuarios en los servicios del gatekeeper con el fin de combinar datos personales, a menos que el usuario final haya recibido la elección y el consentimiento específicos

CUARTA. Siendo el DATO PERSONAL el eje del DMA, nos atrevemos a afirmar que dicho Reglamento puede leerse bajo dos disciplinas: La primera, bajo la regulación de *Antitrust* europea con el fin de evitar deformaciones en el mercado digital europeo tales como la especulación, la competencia desleal y las “fusiones asesinas”. Por otro lado, estamos delante de un reconocimiento y defensa de los derechos fundamentales de *privacy* europeo que da continuidad al binomio protección y gestión de riesgo consagrado en el Reglamento General de Protección de Datos

QUINTA. De las reflexiones enunciadas en el artículo titulado “*La Regolazione Antitrust dello Stagno Digitale Mediterraneo*” podemos concluir que una normativa Antitrust no actualizada a la economía digital implica: a) un gran despilfarro de recursos económicos y humanos que supondría una importante pérdida de costes y oportunidades para la Autoridad de Competencia. b) los continuos errores en la aplicación de la prohibición de abuso de posición dominante ponen en tela de juicio una legislación restrictiva, de por sí impopular. Las imprecisiones en las aplicaciones podrían crear precedentes legales que dificulten actuar en el ecosistema digital, favoreciendo la inseguridad jurídica y la imprevisibilidad económica; c) La regulación Antitrust tiende a limitar la libertad contractual de las partes. Si bien esta restricción favorece la competencia y la innovación, lo cierto es que los instrumentos Antimonopolio deben calibrarse a los tiempos modernos para evitar una coerción excesiva e injustificada de la libertad en detrimento del interés económico privado. En conclusión, una regulación antimonopolio imprecisa afectaría al individuo no sólo reduciendo su libertad contractual y aumentando la inseguridad jurídica, sino que también podría conducir a un uso estéril de los recursos públicos obtenidos por el Estado a través de la recaudación de impuestos¹³⁰.

¹³⁰ OROZCO MARTÍNEZ, E. 2022, 11/04/2022-*Killer acquisition theory of harm y la autonomía de las partes: ilumina/ pacific biosciences y paypal/izettle*. [en línea]. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/numero-16/> [Consultado: 05/04/2023]

SEXTA. El fenómeno denominado “Fusiones asesinas” que tiene por objeto el interrumpir el desarrollo de los proyectos de innovación de la empresa adquirida y así evitar la competencia futura, ha azotado enormemente el mercado digital en menos cabo de la innovación y del *welfare* del consumidor final. Dicho fenómeno perniciosos no es exclusivo de Mercado Digital Europeo. En el artículo titulado: “*Killer Acquisition Theory onf Harm y la Autonomía de las Partes: Illumina/Pacific Biosciences y PayPal/iZettle*” evidenciamos cómo la Autoridad del Mercado de los Estados Unidos (US Federal Trade Commission) y la de Reino Unido (The Competition and Markets Authority) experimentaron serios problemas de aplicación de la legislación Antitrust “tradicional” al mercado digital sin restringir el derecho consagrado en ambas Cartas Magnas anglosajonas de primar, en la medida de lo posible, la autonomía de las partes.

SÉPTIMA. Analizando de manera detenida la *complaint* de la US FTC, podemos afirmar que el ente regulador contaba con bases suficientes para limitar la libertad de contratación de *Illumina* y *PacBio* en pro de la innovación. La justificación de dicha limitación, la encontramos en la misma *complaint* evidenciando que La fusión reduce los incentivos de la empresa combinada para innovar y desarrollar nuevos productos en relación con los incentivos que *PacBio* e *Illumina* enfrentan como competidores independientes. Después de la adquisición, *Illumina* habría reducido los incentivos para desarrollar nuevos sistemas de lectura larga que podrían canibalizar su negocio de lectura corta existente, e *Illumina* tendría poco o ningún incentivo para continuar sus esfuerzos para lanzar nuevos productos de lectura larga después de la adquisición de *PacBio*. Como resultado, los consumidores tendrían menos productos innovadores para elegir, y perderían los beneficios de precio y calidad que la competencia entre los nuevos productos de *Illumina* y *PacBio* habría creado sin la fusión¹³¹.

OCTAVA. Para llegar a la resolución que la adquisición de *iZettle* por parte de *PayPal* no dañaría sustancialmente la competencia y la innovación en el mercado del Reino Unido, la Autoridad el Mercado utilizó el método del “Situación Contrafactual”: ¿Qué pasaría si no se

¹³¹ *Ivi* p. 93

llevara a cabo dicha fusión? y a partir de esta hipótesis proyectar el desarrollo de ambas empresas buscando si en un futuro existiría un menoscabo a la competencia y a la innovación. Gracias a los instrumentos de medición de mercado y a entrevistas rigurosas a clientes y competidores del sector, la UK CMA aprobó la adquisición por considerar que *iZettle* se habría expandido en la prestación de servicios de pago en línea, pero sólo habría podido desarrollar su oferta lentamente y habría seguido siendo un actor marginal en el futuro previsible¹³².

NOVENA. Para frenar el fenómeno de las “Fusiones Asesinas”, la Ley de Mercados Digitales (DMA) incluirá en la "lista negra" algunas de las prácticas utilizadas por las grandes plataformas que actúan como "guardianes" y permitirá a la Comisión realizar investigaciones de mercado y sancionar conductas no conformes. En particular, las reglas clave establecidas por el legislador europeo para los “guardianes” incluyen: a) Hacer que sus aplicaciones de mensajería sean interoperables para evitar que los usuarios queden atados a una única red. b) Permitir a los usuarios elegir un motor de búsqueda, un navegador web y un asistente virtual predeterminados al comprar un nuevo teléfono inteligente. c) Garantizar condiciones justas de acceso a sus tiendas de aplicaciones. d) Obtener el consentimiento explícito para relacionar datos personales con anuncios personalizados. f) Prohibir a las empresas clasificar sus productos por encima de otros.¹³³

DÉCIMA. En el rubro del derecho a la protección de datos personales, podemos afirmar que la Ley de Mercados Digitales continúa la doctrina de la legislación europea en la materia alejándose de un enfoque "defensivo" propio de la fórmula del "*Right to be alone*" a un enfoque bicéfalo basado en la gestión del riesgo y la responsabilidad. Este cambio de perspectiva era necesario a la luz de la expansión del comercio internacional resultante de las nuevas tecnologías y la globalización digital. Soportamos la anterior aseveración en que la UE ha celebrado 15 Convenios de transferencia basadas en una decisión de adecuación

¹³² *Ivi* p. 92

¹³³ OROZCO MARTÍNEZ, E. La regolazione Antitrust dello Stagno digitale Mediterraneo. En BOTTARO G. La questione Mediterraneo - Tradizione, cambiamenti, prospettive [en línea]. Disponible en: <https://messinaupubblicazioni.unime.it/index.php/mup/catalog/book/1> pp. 366-380 p. 375 [Consultado: 05/04/2023]

con terceros países¹³⁴. Esperamos que los resultados de este trabajo ofrezca el soporte jurídico necesario para que la nación mexicana pueda convertirse la Nación receptora de de datos personales provenientes de la UE número dieciséis.

UNDÉSIMA. Del artículo: *“La legislazione messicana in materia di protezione di dati personali soddisfa il criterio d’adeguatezza europeo?”* “concluimos que el marco jurídico mexicano que regula la protección de los datos de los particulares presentaría un esquema de protección muy similar al marco jurídico argentino en la materia. Por lo tanto, una decisión de adecuación por parte de la Comisión sería factible y con una alta probabilidad de autorización. Para apoyar nuestra posición, nos basamos en los siguientes puntos: a) desde el punto de vista del Estado de Derecho, hemos demostrado que ambas jurisdicciones iberoamericanas han elevado a rango constitucional y, por lo tanto, han otorgado el estatus de derecho fundamental al derecho a la protección de los datos personales. En el caso de México, el Congreso reformó el art. 16 CPEUM para dar una lectura inequívoca a la Jurisprudencia de la SCJN. b) ambas naciones han diseñado un marco legal sólido sobre protección de datos personales con sus respectivas regulaciones, que son de aplicación federal. c) En cuanto a las Autoridades Garantes, destacamos que Argentina dispone de una Autoridad Federal denominada "Dirección Nacional de Protección de Datos Personales". Similarmente, México dispone actualmente de 33 Autoridades de transparencia especializadas, imparciales y autónomas que garantizan el derecho de acceso a la información, integradas en: 31 órganos estatales, el Info CDMX, de la Ciudad de México y el Instituto Nacional de Acceso a la Información (nivel federal)¹³⁵.

DUODÉCIMA. Hoy en día, nos encontramos en un momento histórico para la regulación digital del “estaño” digital europeo. Con la llegada del Reglamento (UE) 2022/1925 de 14

¹³⁴ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Garantías para las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales*. [en línea]. Disponible en: <https://www.aepd.es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/medidas-de-cumplimiento/transferencias-internacionales> [Consultado: 05/04/2023]

¹³⁵ OROZCO MARTÍNEZ, E. *La Legislazione messicana in materia di protezione dei dati personali soddisfa il criterio d’adeguatezza europeo?* en Somma. A Comparative Law Review Sustainability and Innovation: Perspectives of Comparative law [online] Disponible en: <http://www.comparativelawreview.unipg.it/index.php/comparative/article/view/265/207> [Consultado: 27/06/2023]

de septiembre de 2022, consideramos que tanto la rama Antitrust digital europea como la regulación de protección de datos en el Mercado Interior servirán como rieles donde se puedan desenvolver las relaciones económicas disruptivas garantizando la competencia leal entre las plataformas digitales, independientemente de su tamaño, para ampliar la oferta para los consumidores y, al mismo tiempo, asegurando los derechos fundamentales de *privacy* del ciudadano europeo.

CONCLUSIONI

PRIMA. La storia della regolamentazione antitrust risale al XIX secolo negli Stati Uniti. Tale ordinamento ha il compito di fornire un quadro normativo alla tecnologia a favore del consumatore finale e della democrazia. Dalla regolamentazione della concorrenza nelle aziende ferroviarie nella nascente Unione Americana alla regolamentazione della realtà virtuale incarnata su piattaforme come *Metaverse*, *Mesh for Teams* di oggi, possiamo affermare che la norma *antitrust* e lo sviluppo tecnologico dell'umanità sono intrinsecamente legati¹³⁶.

SECONDA. Gli esperti in materia definiscono l'antitrust come *"l'insieme delle norme giuridiche e delle decisioni amministrative e giurisdizionali volte a proteggere la concorrenza sui mercati, disciplinare e controllare il potere delle grandi imprese se in conflitto con i benefici che la concorrenza garantisce al pubblico e in particolare ai consumatori"*¹³⁷. Per garantire la concorrenza nel mercato interno digitale europeo, l'organismo di regolamentazione non deve discostarsi dagli obiettivi descritti negli art. Dal 101 al 109 TFUE. Un aggiornamento degli strumenti di misurazione è tuttavia essenziale. Supportiamo la nostra affermazione su due caratteristiche fondamentali dell'economia digitale: l'aggiornamento della regolazione dei rendimenti di scala estremi e le esternalità di rete¹³⁸.

TERZA. Il DMA può imporre una serie di limitazioni alle imprese dominanti nell'economia digitale (GAFAM). Tali divieti possono essere sintetizzati in: a) trattare dati personali di utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si affidano ai servizi della piattaforma principale del gatekeeper per fornire servizi pubblicitari online; b) combinare i dati personali del servizio di piattaforma principale pertinente con i dati personali di qualsiasi altro servizio

¹³⁶ OROZCO MARTÍNEZ, E. 2022, 11/04/2022-Killer acquisition theory of harm y la autonomía de las partes: illumina/ pacific biosciences y paypal/izettle. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/numero-16/> [2022, 04/15].

¹³⁷ TRECCANI E. Istituto della Enciclopedia Italiana, 2017, voce: Antitrust Autore: A. Cucinotta p.67.

¹³⁸ OROZCO MARTÍNEZ, E. 2022, 11/04/2022-Killer acquisition theory of harm y la autonomía de las partes: illumina/ pacific biosciences y paypal/izettle. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/numero-16/> [2022, 04/15].

di piattaforma principale offerto dal gatekeeper; o con i dati personali di terzi c) iscrivere gli utenti ai servizi del gatekeeper al fine di combinare i dati personali, a meno che l'utente finale non abbia ricevuto la scelta e il consenso specifici

QUARTA. Essendo il DATO PERSONALE l'asse del DMA, osiamo affermare che tale regolamento può essere letto in due discipline: la prima, sotto il regolamento antitrust europeo al fine di evitare deformazioni nel mercato digitale europeo come la speculazione, la concorrenza sleale e le "fusioni assassine". D'altra parte, siamo di fronte a un riconoscimento e alla difesa dei diritti fondamentali della privacy europea che dà continuità al binomio protezione e gestione del rischio sancito dal Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati.

QUINTA. Dalle riflessioni enunciate nell'articolo intitolato "*La Regolazione Antitrust dello Stagno Digitale Mediterraneo*" possiamo concludere che una normativa Antitrust non aggiornata all'economia digitale implica: a) un notevole spreco di risorse economiche e umane che comporterebbe una perdita significativa di costi e opportunità per l'autorità garante della concorrenza. b) i continui errori nell'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante mettono in discussione una legislazione restrittiva, di per sé impopolare. Imprecisioni nelle applicazioni potrebbero creare precedenti legali che rendono difficile l'azione nell'ecosistema digitale, favorendo l'incertezza giuridica e l'imprevedibilità economica; c) La regolamentazione Antitrust tende a limitare la libertà contrattuale delle parti. Sebbene questa restrizione favorisca la concorrenza e l'innovazione, gli strumenti antitrust devono essere calibrati ai tempi moderni per evitare un'eccessiva e ingiustificata coercizione della libertà a scapito dell'interesse economico privato. In conclusione, una regolamentazione imprecisa in materia di antitrust colpirebbe l'individuo non solo riducendo la sua libertà contrattuale e aumentando l'incertezza giuridica, ma potrebbe anche portare a un uso sterile delle risorse pubbliche ottenute dallo Stato attraverso la riscossione delle imposte¹³⁹.

¹³⁹ OROZCO MARTÍNEZ, E. 2022, 11/04/2022-*Killer acquisition theory of harm y la autonomía de las partes: ilumina/ pacific biosciences y paypal/izettle*. [en línea]. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/numero-16/> [Consultado: 05/04/2023]

SESTA. il fenomeno denominato "Fusioni assassine", che mira ad interrompere lo sviluppo dei progetti di innovazione dell'impresa acquisita e quindi ad evitare la concorrenza futura, ha colpito enormemente il mercato digitale in detrimento dell'innovazione e del welfare del consumatore finale. Questo fenomeno dannoso non è esclusivo del mercato digitale europeo. Nell'articolo intitolato: "*Killer Acquisition Theory onf Harm e l'Autonomia delle Parti: Illumina/Pacific Biosciences e PayPal/iZettle*" evidenziamo come l'Autorità del mercato statunitense (*US Federal Trade Commission*) e quella del Regno Unito (*The Competition and Markets Authority*) hanno incontrato gravi problemi di applicazione della legislazione antitrust "tradizionale" al mercato digitale senza limitare il diritto sancito in entrambe le Costituzioni anglosassoni che priorizzano, per quanto possibile, l'autonomia delle parti.

SETTIMA. Analizzando attentamente la *complaint* della US FTC, possiamo affermare che l'ente regolatore aveva basi sufficienti per limitare la libertà contrattuale di *Illumina* e *PacBio* a favore dell'innovazione. La giustificazione di tale limitazione, La fusione riduce gli incentivi dell'impresa combinata a innovare e sviluppare nuovi prodotti in relazione agli incentivi che *PacBio* e *Illumina* devono continuare come concorrenti indipendenti. Dopo l'acquisizione, *Illumina* avrebbe ridotto gli incentivi per sviluppare nuovi sistemi di lettura che potrebbero cannibalizzare la sua attività di lettura corta esistente, e *Illumina* avrebbe avuto poco o nessun incentivo a continuare con gli sforzi per lanciare nuovi prodotti a lettura lunga dopo l'acquisizione di *PacBio*. Di conseguenza, i consumatori avrebbero meno prodotti innovativi tra cui scegliere e perderebbero i vantaggi in termini di prezzo e qualità che la concorrenza tra i nuovi prodotti *Illumina* e *PacBio* avrebbe creato senza la fusione¹⁴⁰.

OTTAVA Per giungere alla conclusione che l'acquisizione di *iZettle* da parte di *PayPal* non avrebbe danneggiato in modo sostanziale la concorrenza e l'innovazione nel mercato del Regno Unito, l'Autorità di mercato ha utilizzato il metodo della "situazione controfattuale" Cosa accadrebbe se la fusione non avvenisse? e sulla base di questa ipotesi di progettare lo sviluppo di entrambe le imprese cercando se in futuro vi sarebbe stato un pregiudizio alla concorrenza e all'innovazione. Grazie agli strumenti di misurazione del mercato e a rigorose

¹⁴⁰ *Ivi* p. 93

interviste a clienti e concorrenti del settore, la UK CMA ha approvato l'acquisizione in quanto ritiene che iZettle si sarebbe espansa nella fornitura di servizi di pagamento online, ma avrebbe potuto sviluppare la sua offerta solo lentamente e sarebbe rimasto un attore marginale nel prossimo futuro¹⁴¹.

NONA. Per frenare il fenomeno delle "Fusioni Assassine", la Digital Markets Act (DMA) includerà nella "lista nera" alcune delle pratiche utilizzate dalle grandi piattaforme che agiscono come "guardiani" e consentirà alla Commissione di svolgere indagini di mercato e di sanzionare comportamenti non conformi. In particolare, le regole chiave stabilite dal legislatore europeo per i "guardiani" includono: a) rendere le loro applicazioni di messaggistica interoperabili per evitare che gli utenti siano legati a un'unica rete. b) Consentire agli utenti di scegliere un motore di ricerca, un *browser Web* e un assistente virtuale predefiniti quando acquistano un nuovo smartphone. c) Garantire condizioni eque di accesso agli app store. d) Ottenere il consenso esplicito per collegare i dati personali con annunci personalizzati. f) Vietare alle imprese di classificare i loro prodotti al di sopra di altri¹⁴².

DECIMA. Nel campo del diritto alla protezione dei dati personali, possiamo affermare che la legge sui mercati digitali continua la dottrina della legislazione europea in materia allontanandosi da un approccio "difensivo" proprio della formula del "*Right to be alone*" un approccio bicefalo basato sulla gestione del rischio e della responsabilità. Questo cambiamento di prospettiva era necessario alla luce dell'espansione del commercio internazionale derivante dalle nuove tecnologie e dalla globalizzazione digitale. Infatti, l'Ue ha concluso quindici accordi di trasferimento sulla base di una decisione di adeguamento con paesi terzi¹⁴³. Speriamo che i risultati di questo lavoro offrano il supporto giuridico

¹⁴¹ *Ivi* p. 92

¹⁴² OROZCO MARTÍNEZ, E. La regolazione Antitrust dello Stagno digitale Mediterraneo. En BOTTARO G. La questione Mediterraneo - Tradizione, cambiamenti, prospettive [en línea]. Disponible en: <https://messinaupubblicazioni.unime.it/index.php/mup/catalog/book/1> pp. 366-380 p. 375 [Consultado: 05/04/2023]

¹⁴³ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Garantías para las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales*. [en línea]. Disponible en: <https://www.aepd.es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/medidas-de-cumplimiento/transferencias-internacionales> [Consultado: 05/04/2023]

necessario affinché il Messico possa diventare la Nazione che riceve i dati personali provenienti dall'UE numero sedici.

UNDICESIMA Dall'articolo: *"La legislazione messicana in materia di protezione di dati personali soddisfa il criterio d'adeguatezza europeo?"* Il quadro giuridico messicano che disciplina la protezione dei dati dei privati presenterebbe uno schema di protezione molto simile al quadro giuridico argentino in materia. Una decisione di adeguatezza da parte della Commissione sarebbe quindi fattibile e con un'elevata probabilità di autorizzazione. Per sostenere la nostra posizione, ci basiamo sui seguenti punti: a) dal punto di vista dello Stato di diritto, abbiamo dimostrato che entrambe le giurisdizioni ibero-americane hanno elevato il rango costituzionale e, hanno pertanto conferito lo status di diritto fondamentale al diritto alla protezione dei dati personali. Nel caso del Messico, il Congresso riformò l'art. 16 CPEUM per dare una lettura inequivocabile alla Giurisprudenza della SCJN. b) le due nazioni hanno elaborato un solido quadro giuridico sulla protezione dei dati personali con le rispettive normative, che sono di applicazione federale. c) Per quanto riguarda le Autorità Garanti, sottolineiamo che l'Argentina dispone di un'Autorità Federale denominata "Direzione Nazionale per la Protezione dei Dati Personali". Analogamente, il Messico dispone attualmente di 33 autorità di trasparenza specializzate, imparziali e autonome che garantiscono il diritto di accesso all'informazione, integrate in 31 organi statali, l'Info CDMX di Città del Messico e l'Istituto Nazionale di Accesso all'Informazione (livello federale)¹⁴⁴.

DODICESIMA. Oggi ci troviamo in un momento storico per la regolamentazione digitale dello "stagno" digitale europeo. con l'arrivo del regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022, riteniamo che sia la divisione Antitrust digitale europea che la regolamentazione della protezione dei dati nel mercato interno servano come binari dove possano svolgersi le relazioni economiche dirompenti garantendo una concorrenza leale tra le piattaforme digitali, indipendentemente dalle loro dimensioni, per ampliare l'offerta per i

¹⁴⁴ OROZCO MARTÍNEZ, E. *La Legislazione messicana in materia di protezione dei dati personali soddisfa il criterio d'adeguatezza europeo?* en Somma. A Comparative Law Review Sustainability and Innovation: Perspectives of Comparative law [online] Disponibile en: <http://www.comparativelawreview.unipg.it/index.php/comparative/article/view/265/207> [Consultado: 27/06/2023]

consumatori e, allo stesso tempo, garantire i diritti fondamentali di privacy del cittadino europeo.

ANEXO I: RECOPIACIÓN DE PUBLICACIONES

La Regolazione Antitrust dello Stagno Digitale Mediterraneo

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de mayo de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de julio de 2022

RESUMEN: "Vivimos alrededor de un mar como ranas alrededor de un estanque". Con esta expresión atribuida a Sócrates se puede percibir la importancia de la interconexión social, cultural y económica dentro del área mediterránea desde el siglo V a.C. C. Este trabajo analiza la evolución de la interacción recién mencionada en el "estanque" digital intentando dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿es adecuado el uso de las herramientas tradicionalmente utilizadas por el derecho de la competencia o resultan inadecuadas e incluso obsoletas en la Economía digital mediterránea? Para dar una respuesta adecuada, partiremos del estudio de las peculiaridades de la economía digital. Posteriormente, profundizaremos en el informe publicado el pasado abril de 2019 por la Comisión Europea titulado: "Política de Competencia para la Era Digital". Este documento se presenta como una declaración de principios esenciales en la aplicación del derecho de competencia a los mercados digitales.

PALABRAS CLAVE: Antitrust, Digital Market, Big Data, European Commission, Digital Platforms

CITACIÓN SUGERIDA: OROZCO MARTÍNEZ, E. La regolazione Antitrust dello Stagno digitale Mediterraneo. En BOTTARO G. La questione Mediterraneo - Tradizione, cambiamenti, prospettive [en línea]. Disponible en: <https://messinaupubblicazioni.unime.it/index.php/mup/catalog/book/1> pp. 366-380 [Consultado: 05/04/2023]

La questione
Mediterraneo

Tradizione, cambiamenti, prospettive

a cura di
Giuseppe Bottaro



Università degli Studi di Messina
Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche
Dottorato di ricerca in Scienze politiche

La questione Mediterraneo

Tradizione, cambiamenti, prospettive

a cura di
Giuseppe Bottaro

Questa edizione digitale dell'opera è rilasciata con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-NC-ND, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ISBN 979-12-80899-02-6

DOI 10.13129/979-12-80899-02-6

© L'autore per il testo, 2023

© Messina University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Messina University Press

Piazza Pugliatti, 1 - 98121 Messina

Sito web: <https://messinaup.unime.it/>

Prima edizione: aprile 2023

Questo volume è stato sottoposto a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato editoriale e del Consiglio direttivo della casa editrice. Le opere pubblicate vengono approvate dal Consiglio direttivo sulla base della valutazione del Comitato editoriale e devono essere conformi al Codice etico della casa editrice.

Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su: <https://messinaup-pubblicazioni.unime.it/index.php/mup>

Comitato scientifico:

Giuseppe Bottaro, Salvatore Bottari, Mario Pio Calogero, Luigi Chiara, Elena Di Blasi, Franco Maria Di Sciallo, Lidia Lo Schiavo, Michele Messina, Giovanni Moschella, Daniela Novarese, Maria Felicia Schepis, Angela Villani.

Comitato organizzatore:

Gianmarco Berenato, Giuseppe Campagna, Nancy De Leo, Elena Girasella, Giulia Iapichino, Domenico Mazza, Maria Teresa Pacilè, Jacopo Sciglio, Raffaele Albanese, Adriana Cancellieri, Andrea Cannizzo, Marco Carone, Eugenio Enea, Dario Fiocco, Eduardo Roberto Orozco Martinez, Francesca Pollicino, Rocco Scicchitano.

INDICE

GIUSEPPE BOTTARO, Introduzione	13
FRANCESCO BENIGNO, Mediterraneo: storia di un'idea	17
CAP. I – IL MEDITERRANEO MODERNO E CONTEMPORANEO: POLITICHE E SOCIETÀ	43
GIUSEPPE CAMPAGNA, Il trionfo dell'effimero: “fedeltà” e “genealogia” tra apoteosi municipale e lotta politica nella Sicilia moderna	45
HUGUES CIFONELLI, La tutela dei beni giacenti degli stranieri morti senza eredi o <i>ab intestato</i> nel Granducato di Toscana all'epoca degli Asburgo Lorena (1737-1799)	67
DONATELLA SHÜRZEL, Direttrici mediterranee, rive da cui partire e a cui tornare tra diciannovesimo e ventesimo secolo: il porto di Pola	85
JUAN DE LARA VAZQUEZ, Le relazioni internazionali tra la Spagna e l'Italia fascista per il dominio del Mediterraneo occidentale: un ventennio di incontri e scontri	105
MARCO CARONE, Sicilia 1943: l'applicazione dell' <i>indirect rule</i> di fronte alla “complessità” dell'isola agli albori dell'occupazione alleata	119
CAP. II – PROCESSI COSTITUZIONALI, LIBERTÀ E SICUREZZA NEL MEDITERRANEO	143
DARIO FIOCCO, Tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore sulle politiche d'immigrazione: il processo normativo italiano	145
FILOMENA PISCONTI, I soccorsi in mare dei migranti nel Mediterraneo tra tendenze di criminalizzazione ed esigenze di giustificazione	167
ELENA GIRASELLA, Sovranità sul mare (<i>nostrum</i>) tra diritto di essere salvati, obblighi di salvataggio e divieto di <i>refoulement</i>	185

RICCARDO ARIETTI, Il progetto di Costituzione libica come crocevia obbligato nel cammino verso la stabilità del Paese: limiti derivanti dal conflitto civile e profili d'interesse	205
GIANMARCO BERENATO, Il divieto di respingimenti collettivi in mare e gli accordi tra Italia e Libia	227
VERONICA ROMANO, Dagli indesiderabili ai loro soccorritori: vecchi e nuovi nemici pubblici nella politica dei porti chiusi	255
ROCCO SCICCHITANO, Libertà di circolazione tra i Paesi dell'area del Mediterraneo, tra normative nazionali ed europee	275
EMILY GIOVAZZINO, Come la pandemia da COVID-19 sia stata sfruttata dai governi dell'area MENA per attaccare i diritti umani, compromettendo la libertà e la sicurezza dei cittadini	295
CAP. III – AMBIENTE MEDITERRANEO: IMPATTI E DINAMICHE SOCIALI, GIURIDICHE ED ECONOMICHE	315
RAFFAELE ALBANESE, Sfida ecologica, <i>climate change, governance</i> . Il ruolo dell'Unione per il Mediterraneo nel contrasto alla crisi ambientale	317
CAMILLA FAGGIONI, La <i>Maritime Labour Convention</i> . Uno strumento giuridico essenziale per il Mar Mediterraneo	341
EDUARDO OROZCO MARTINEZ, La regolazione <i>Antitrust</i> dello “Stagno” digitale Mediterraneo	365
FRANCESCA POLLICINO, L'evoluzione della competenza UE nel settore dell'istruzione superiore da strumento di integrazione a strumento di politica estera: quale impatto sui Paesi del vicinato meridionale?	381
CAP. IV – GEO-FILOSOFIA DEL MEDITERRANEO	403
RENATA GRAVINA, Geofilosofia del Mediterraneo e “fine della storia” nell'idea di Impero Latino di Aleksandr Kojève	405

MARIA TERESA PACILÈ, Inventare una nuova immagine per il Mediterraneo. La sfida etico-politica della traduzione	425
EMANUELA GIORGIANNI, Il Mediterraneo e la complessità: Edgar Morin. Per pensare il Mediterraneo e “mediterraneizzare” il pensiero	443
FILIPPO GIORGIANNI, <i>Shurhuq</i> , ovvero il vento di mezzogiorno: per una geo-filosofia meridiana	455
PIERLUCA TURNONE, La “questione Mediterraneo” in prospettiva educativa: persona, scepsti, <i>paideia</i> per una pedagogia meridionale	477
 CAP. V – VECCHI E NUOVI ATTORI GLOBALI NELL’AREA MEDITERRANEA	 499
GIAN PIO GARRAMONE, L’asse Turco-Balcanico	501
EMANUELE DI MURO, Il Mediterraneo negli aspetti geopolitici e militari della questione coloniale italiana	509
MAURO PRIMAVERA, Tra l’Oceano e il Golfo. Ascesa e declino del Mediterraneo nel pensiero e nella geopolitica baathista	521
ANDREA CANNIZZO, Samuel P. Huntington a dieci anni dalla «Primavera araba». La Turchia di Recep Tayyip Erdoğan e la «civiltà islamica»	543
ANDREA VOLPE, Le tensioni tra Grecia e Turchia nel Mediterraneo orientale e il ruolo decisivo degli Stati Uniti	561
 CAP. VI – VOCAZIONE E PROGETTI SUL MEDITERRANEO: ALCUNI PROFILI STORICI	 579
SERENA MINNITI, La dottrina nazional-imperialista dell’Ani, dall’inizio del secolo XX alla guerra di Libia. Un progetto di espansionismo mediterraneo tra spiritualità e realismo	581

FEDERICA ROMANO, Decadenza e rinascita del Mediterraneo: la soluzione del mercato comune europeo negli studi di Giuseppe Frisella Vella	607
GIULIA IAPICHINO, Politiche sociali e promozione dei diritti: la vocazione mediterranea di Tullia Romagnoli Carettoni	629
GIULIA IACOVELLI, Dal “mal di Levante” alla “primavera pugliese”: i primi 25 anni de “Il pensiero meridiano”	653
JACOPO SCIGLIO, Il fondo europeo di sviluppo regionale nei paesi del Mediterraneo. Il caso dell’Italia (1975-1984)	671
 CAP. VII – ARTE, RELIGIONE, MITO E SIMBOLO NELLO SCENARIO POLITICO MEDITERRANEO	 691
PAOLO PIZZIMENTO, Il Mediterraneo e la Sicilia, il mito e la poesia: la visione di Dante	693
AURELIO D’AMORE, Topografie liminali – Itinerari mediterranei tra separazione e integrazione nel cinema di Pietro Marcello	723
GABRIELLA PALERMO, Il potere delle narrazioni: la ragione umanitaria nelle rappresentazioni del Mediterraneo Nero	733
FRANCESCO MONTI, Nuovi attori religiosi sulla rotta del Mediterraneo. Le chiese pentecostali nigeriane e la loro diffusione in Europa	751
 CAP. VIII – MEDITERRANEO TRA CRISI E COOPERAZIONE	 777
CHRISTIAN CARNEVALE, La guerra d’Etiopia come crisi mediterranea. L’attacco all’egemonia britannica nel Mare Nostrum	779
ANTONELLO FOLLIERO, Francia e Italia, Paneuropa ed Antieuropa. Introduzione a due differenti visioni d’Europa nel periodo interbellico delle “sorelle latine” del Mediterraneo	811

DOMENICO MAZZA, Il Mediterraneo tra crisi e cooperazione. Andreotti ministro degli Esteri (1983-1989)	835
NANCY DE LEO, La “politica araba” della CEE e l’accordo di cooperazione con la Tunisia (1972-1976)	847
FRANCESCO D’AMARIO, La politica europea di vicinato nel Mediterraneo, tra neocolonialismo e promozione dei diritti umani	865
GIUSEPPE ASARO, Sviluppi recenti sul rinnovato partenariato meridionale dell’UE: verso un rilancio della politica mediterranea di vicinato?	885
ALESSANDRO SEBBIO, I recenti tentativi per l’istituzione di una zona economica esclusiva turca nel Mar Mediterraneo	907
 CAP. IX – INTEGRAZIONE, INCLUSIONE, ASSIMILAZIONE E MULTICULTURALISMO	 929
BARBARA VINCIGUERRA, Venti d’Oriente nel Mediterraneo: il porto di Trieste e il gusto per l’esotico tra Otto e Novecento	931
FLAVIANA ASTONE, <i>The construction of Sicilian Cultural Identity, reflecting on the historical and political characteristics of the Mediterranean</i>	953
STEFANO CRISAFULLI, Immigrazione a Milazzo tra integrazione ed emarginazione	983
MATILDE ZUBANI, <i>Identity Discourses in EU-Turkey Relations</i>	1015
CLAUDIA CALIPARI, Verso il riconoscimento di una identità mediterranea plurale ed i suoi limiti	1039
MARKUS KRIENKE, Sinossi	1061

EDUARDO OROZCO MARTINEZ

*La regolazione Antitrust dello "Stagno" digitale
Mediterraneo*

Introduzione

La storia dell'Antitrust e quella della tecnologia sono fra loro profondamente legate. Quest'interconnessione quasi simbiotica risale alla fine del XIX secolo. In quel momento storico, la tecnologia dirompente fu identificata nello sviluppo vertiginoso del sistema ferroviario. La risposta del Congresso degli Stati Uniti a quest'innovazione si realizzò mediante l'approvazione dello *Sherman Act* del 1890 per contrastare il crescente monopolio delle ferrovie nella Nazione. Successivamente, il controllo normativo si spostò al settore dei trasporti, in particolare alla *Standard Oil Company* e al suo controllo su un input chiave per la crescita economica del XX secolo. Ancora una volta, la risposta del Congresso si tradusse nella predisposizione di uno strumento normativo: venne così emanato nel 1914 il *Clayton Act* che

completava e rafforzava le disposizioni generali dello *Sherman Act*. Più tardi, nello stesso secolo, l'Autorità Antitrust rivolse il suo sguardo regolatore verso la rivoluzione delle telecomunicazioni. Infatti, negli anni '80, il *mainframe* di IBM è diventato l'obiettivo da tutelare. Durante gli anni '90, la *US Federal Trade Commission* fermò le pratiche monopolistiche del colosso Microsoft Inc nel mercato dei browser. Nel primo decennio del nuovo millennio, il mercato digitale e in particolare, il Killer Acquisition Phenomenon ha trovato punti normativi comuni da entrambe le sponde dell'Atlantico. Oggi, infine, consideriamo che la realtà virtuale (Metaverse, Mesh for Teams ecc.) sarà la protagonista del seguente capitolo della saga dell'Antitrust.

Secondo l'analisi del Prof. Díez Estrella, alcuni anni fa si affermava che il mercato digitale era caratterizzato da un uso intensivo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che, in larga misura, le stesse economie convergevano su Internet quale asse del modello imprenditoriale (web-based economy). Oggi – e non può essere diversamente in un settore il cui modello imprenditoriale è innovativo, dinamico, e, per certi versi, "dirompente" – ci sono una serie di attributi aggiunti che incidono fortemente sul mercato digitale: il fatto che si operi su più di una piattaforma (*two-sidedness*); l'utilizzo della popolarità e l'estensione dei social network che pongono al centro del loro modello imprenditoriale la raccolta, l'organizzazione e il transito dei Big

Data; e infine, una traslazione dal *web-based economy* all'*app-based*¹ *economy* quale modello imprenditoriale².

Per affrontare i vertiginosi cambiamenti caratteristici dell'economia digitale, la Commissione europea ha pubblicato il *Final Report* intitolato "*Competition Policy for the Digital Era*" (di seguito, *Final Report*) nell'aprile 2019. Tale relazione si è autodefinita come una dichiarazione sui principi cardini imprescindibili per la corretta applicazione del diritto della concorrenza nello "stagno" digitale europeo.

È proprio dal *Final Report* che partono le riflessioni delle seguenti pagine: l'impiego degli strumenti tradizionalmente utilizzati dal diritto della concorrenza sono appropriati o si rivelano inadeguati e, addirittura, obsoleti per regolare il Mercato comune digitale europeo? La risposta più immediata al quesito proposto la troviamo nello stesso *Final Report*. Infatti, nel Cap. 3, la Commissione sottoscrive: "Non esiste la necessità di ripensare agli obiettivi fondamentali del diritto della concorrenza in linea con la rivoluzione digitale"³. Sempre al Cap. 3 può inoltre leggersi la

¹ Secondo il software di gestione di profili sociali Hootsuite, nel 2019, il numero totale di utenti internet attivi via remoto è stato di 3.986 milioni; ciò significa che il 52% della popolazione internauta globale accede ai propri contenuti preferiti e naviga attraverso il proprio smartphone.

² F. DIEZ ESTRELLA. *La Aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de 2019*, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2019 pp. 145-183

³ C. europea, *Competition Policy for the Digital Era*, 2019, Cap. 3 pag. 3. "There

seguente affermazione: “Siamo convinti che il quadro di base del diritto della concorrenza, come sancito dagli articoli 101 e 102 del TFUE, continui a fornire una base solida e sufficientemente flessibile per proteggere la concorrenza nell’era digitale”⁴, ma quando viene affrontato il tema dei dati nel Cap. 5 la Commissione propone: “Alcune indicazioni per un aggiornamento della tradizionale analisi del diritto della concorrenza dei mercati post-vendita, che nella sua forma attuale non tiene conto delle specificità dei dati”⁵.

Parecchi aspetti economici del mercato digitale devono ancora essere definiti e non esiste un univoco modello esplicativo di riferimento in materia, considerando il continuo mutare dell’ecosistema digitale. Da qui nasce la complessità di applicare le norme di diritto della concorrenza e le dottrine giurisprudenziali “tradizionali” alla nuova economia. Nonostante la complessità digitale è possibile affermare senza ombra di dubbio che, grazie alle pratiche commerciali delle startups e in particolare, dei GAFAM, il mercato e le strategie aziendali si sono evoluti radicalmente e per sempre.

is no need to rethink the fundamental goals of competition law in the light of the digital “revolution”” (trad. dell’autore).

⁴ *Ibidem*: “We are convinced that the basic framework of competition law, as embedded in Articles 101 and 102 of the TFEU, continues to provide a sound and sufficiently flexible basis for protecting competition in the digital era” (trad. dell’autore).

⁵ *Ivi*: Cap. 5 pag. 10: “We propose some directions for an update of the traditional competition law analysis of aftermarkets, which in its present form does not take into account the specificities of data” (trad. dell’autore).

1. Caratteristiche del Mercato Digitale Europeo

Nel Cap. 2 il Final Report delinea tre caratteristiche fondamentali dei mercati digitali:

a) Estremi rendimenti di scala. Il costo di produzione dei servizi digitali è molto inferiore al numero di clienti serviti. Sebbene questo aspetto non sia in sé nuovo (le fabbriche più grandi sono spesso più efficienti dei dettaglianti), il mondo digitale lo spinge all'estremo e questa situazione potrebbe portare a un significativo vantaggio competitivo per gli *incumbents*⁶.

b) Esternalità di rete. La comodità di utilizzare una tecnologia o un servizio aumenta con il numero di utenti che lo adottano. Di conseguenza, non è sufficiente che un nuovo operatore offra una qualità migliore e/o un prezzo inferiore rispetto all'*incumbent*; si deve anche convincere gli utenti dell'*incumbent* a coordinare la loro migrazione verso i propri servizi. Gli effetti di rete potrebbero quindi impedire che una piattaforma superiore sostituisca un operatore già esistente. La dimensione di questo vantaggio dell'operatore storico dipende da una serie di fattori, tra cui la possibilità di *multi-homing*, portabilità dei dati e interoperabilità dei dati.

c) Il ruolo dei dati. L'evoluzione della tecnologia ha permesso alle aziende di raccogliere, conservare e utilizzare grandi quantità di

⁶ Impresa, solitamente di grandi dimensioni, che è monopolista di uno specifico mercato e tenta di bloccare l'ingresso di altre imprese, definite come entranti.

dati. I dati non sono solo uno degli ingredienti chiave dell'Intelligenza Artificiale, ma anche un input cruciale per molti servizi online, processi di produzione e logistica. Pertanto, la capacità di utilizzare i dati per sviluppare nuovi servizi e prodotti innovativi è un parametro competitivo la cui rilevanza continuerà ad aumentare⁷.

2. Digitalizzazione e concorrenza

Le peculiarità dei mercati digitali, ai quali si rifà il *Final Report*, rende particolarmente complessa la valutazione Antitrust delle pratiche commerciali che ivi si svolgono, non solo per le autorità garanti della concorrenza, ma anche in sede di ricorso giurisdizionale per una serie di motivi delineati dal Prof. Diez Estrella che noi cercheremo di esemplificare:

a) “Partendo dalla premessa che l'autorità garante valuta a priori i comportamenti imprenditoriali che potrebbero avere effetti positivi o negativi sulla concorrenza, questo compito può rivelarsi più arduo nel contesto digitale dal momento che esso è in continua evoluzione, grazie all'impiego di nuove tecnologie e di modelli di business “dirompenti” di cui si è discusso precedentemente”⁸. Nel 2015 ad esempio, una frazione crescente di aziende negli Stati Uniti

⁷ “Competition Policy for the Digital Era”, Capitolo 2, p. 2 (trad. dell'autore).

⁸ F. DIEZ ESTRELLA. La Aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de 2019, cit., p. 145 (trad. dell'autore).

è stata identificata con rendimenti annuali del 10%, 20% e persino del 30%⁹. Una delle ragioni di questi alti profitti è stata che il Garante Antitrust avesse adottato un approccio eccessivamente permissivo nella regolamentazione dei processi di fusioni e acquisizioni come via di fuga dalla crisi dei mercati finanziari del 2007-2009. Tale crisi ha suscitato, tra l'altro, un forte scetticismo sull'efficienza del mercato, soprattutto dopo l'annuncio dei salvataggi discrezionali milionari a favore delle grandi istituzioni finanziarie. Da allora le Autorità garanti della concorrenza negli Stati Uniti e nei Paesi europei hanno esaminato in modo più approfondito ed esaustivo le *nascent competitor acquisitions*¹⁰. In particolare, sono state affrontate le questioni relative ai seguenti obiettivi: a) definire con maggiore precisione i parametri che regolano la c.d. "teoria del danno" nel mercato digitale, b) verificare se le *nascent competitor acquisitions* potenzialmente anticoncorrenziali sono state adeguatamente identificate dai sistemi di notifica e dalle soglie di fatturato previste negli anni che hanno seguito la crisi finanziaria del 2007-2009, e, infine, c) considerare se esiste una sufficiente flessibilità normativa per un riesame delle fusioni e acquisizioni nel caso in cui esse non siano state valutate correttamente dal competente organismo di regolamentazione

⁹ J. FURMAN – P. ORSZAG, *Toward just Society*, Columbia University Press, 2018, p. 19.

¹⁰ Azienda la cui potenziale innovazione rappresenta una seria minaccia per un *incumbent*. La protezione di tale concorrenza è una missione fondamentale per il diritto Antitrust.

(indipendentemente dal fatto che abbiano ottenuto un'autorizzazione o un diniego)¹¹.

b) “Le grandi imprese tecnologiche sono abitualmente leader nei rispettivi settori diventando, secondo l'Antitrust tradizionale, "imprese dominanti". La sola etichetta di “dominante” è sufficiente per presupporre il sospetto di un comportamento abusivo secondo la maggior parte delle Autorità regolatrici”¹². Quest'approccio è dovuto maggiormente all'impiego degli strumenti di misurazione di concorrenza calibrati per un'innovazione graduale del mercato e valutano come comportamento potenzialmente anticoncorrenziale un avvenimento “travolgente”¹³. Microsoft, ad esempio, è passata dall'aver come centro del proprio modello imprenditoriale il PC e Windows a puntare sull'online migliorando la propria offerta: la sostituzione del famigerato Internet Explorer per Microsoft Edge, il notevole miglioramento di Windows Server, Outlook, Office 365 e, naturalmente, l'enorme investimento nella rapida evoluzione di Microsoft Teams. Possiamo affermare che Microsoft Teams con i suoi canali, chats e rooms può essere considerato una primitiva realtà alternativa solo mancante dell'elemento 3D.

¹¹ J. FURMAN, e P. ORSZAG, *Toward just Society*, cit., p. 20

¹² F. DIEZ ESTRELLA. *La Aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital*. Casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de 2019, cit., p. 151 (trad. dell'autore).

¹³ *Ibidem* (trad. dell'autore).

c) “La particolare configurazione delle barriere all’ingresso rende i mercati digitali altamente diversi dai mercati tradizionali. La storia del mercato digitale mostra che spesso le "posizioni di schiacciante superiorità" cessano di esserlo da un giorno all’altro, e le imprese che sembravano dominare un mercato vengono superate dall’innovazione tecnologica, dai mutamenti nelle abitudini di consumo o nei gusti, più o meno passeggeri, degli utenti. Per mantenere l’apparente *leadership* in un determinato settore, i giganti tecnologici devono sforzarsi di continuare a crescere e, a volte, sviluppano politiche commerciali aggressive che attirano l’attenzione delle Autorità garanti¹⁴”. Meta, ad esempio, è riuscita ad acquisire innumerevoli *start ups*¹⁵ e ha inglobato quasi 2,9 miliardi di utenti¹⁶ approfittando del lento aggiornamento della regolazione nel mercato digitale globale.

Conclusioni

Esperti in materia definiscono l’Antitrust come: “l’insieme delle norme giuridiche e delle decisioni amministrative e giurisdizionali volte a tutelare la concorrenza sui mercati, disciplinando e controllando il potere delle grandi imprese qualora esso si ponga in

¹⁴ *Ibidem* (trad. dell’autore).

¹⁵ Beluga (2011), Instagram (2012), Whatsapp (2014), Onavo (2014) Oculus VR, (2014).

¹⁶ Aggiornato a febbraio 2022.

contrasto con i benefici assicurati dalla concorrenza al pubblico e in ispecie ai consumatori”¹⁷. Per garantire la concorrenza mercato interno digitale europeo, l’Ente regolatore non deve allontanarsi dagli obiettivi appena descritti, ma è imprescindibile un aggiornamento degli strumenti di misurazione. Sono due le ragioni per le quali il *Final Report* ritiene che l’ecosistema digitale sia incompatibile con la normativa attuale e le troviamo nelle sue caratteristiche fondamentali: gli estremi rendimenti di scala e l’esternalità di rete.

Con i notevoli rendimenti di scala che il mercato digitale offre, è quasi impossibile per un’azienda minacciare la posizione dominante dell’*incumbent* anche se il prodotto o servizio in questione conta con delle caratteristiche simili. Il potenziale concorrente, per coprire il costo operativo, deve aumentare il prezzo per ogni nuovo utente (costo marginale). Nel caso in cui l’azienda concorrente riuscisse a diventare redditizia, basterebbe all’azienda dominante abbassare il prezzo temporaneamente fino a eliminarla dal mercato. La diminuzione transitoria non rappresenterebbe una perdita significativa per il fatturato globale dell’*incumbent* visto che il costo di produzione dei servizi digitali è molto inferiore al numero di clienti serviti¹⁸.

D’altro canto, è importante precisare che l’esternalità di rete è positiva per definizione: l’utilità e la comodità della piattaforma

¹⁷ Enciclopedia Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2017, voce: Antitrust Autore: A. Cucinotta p.67.

¹⁸ Ad esempio, secondo i propri dati aziendali, un solo dipendente di Meta gestisce circa 65.000 utenti mensili.

aumenta con il numero di utenti, ma in un determinato momento può diventare anticoncorrenziale, soprattutto quando il flusso dei dati diventa estremamente elevato e la piattaforma in questione non permette la condivisione dei medesimi dati con altre (compatibilità tra le piattaforme). Pensiamo ad esempio, al *business model* delle seguenti aziende digitali: Amazon è un punto d'incontro virtuale tra venditore e compratore; Airbnb: proprietario e locatario, Twitch: gamers e creatori di videogiochi, Telegram: emittore e recettore dei messaggi, Freedly: lettore e notizie. I servizi online appena accennati hanno come caratteristica comune che coinvolgono posizioni simmetriche, poste ai due lati opposti. L'esternalità di rete diventa anticoncorrenziale quando la domanda di utenti diventa così ampia che la piattaforma digitale non ha più solo due lati, ma diventa multilaterale (*two-sidedness*). L'app di Meta, ad esempio, ingloba tutti i servizi appena accennati a scapito della concorrenza¹⁹: l'utente, in media, preferirà un unico servizio digitale che gli fornisca la maggior parte dei benefici per evitare possibili incompatibilità o fastidiosi aggiornamenti continui anche se il servizio offerto non è il più efficiente. Per frenare il fenomeno descritto in precedenza, Il Digital Markets Act (DMA) inserirà nella "lista nera" alcune delle pratiche utilizzate dalle grandi piattaforme che agiscono come "gatekeeper" e consentirà alla Commissione di condurre delle indagini di mercato e sanzionare i comportamenti non conformi. In particolare, le regole

¹⁹ Market Place, FB Messenger, FB Gameroom e il FB News.

chiave stabilite dal legislatore europeo per i “gatekeeper” mirano ai seguenti obiettivi:

- Rendere interoperabili le loro app di messaggistica per evitare che gli utenti siano legati a un’unica rete.

- Consentire agli utenti di scegliere un motore di ricerca predefinito, un browser Web e un assistente virtuale quando acquistano un nuovo smartphone.

- Garantire condizioni di accesso eque per i loro app store.

- Ottenere il consenso esplicito per abbinare i dati personali agli annunci pubblicitari personalizzati.

- Vietare alle aziende di classificare i propri prodotti più in alto rispetto ad altri²⁰.

Il *Final Report* considera, inoltre, che gli strumenti Antitrust dell’economia “tradizionale” sono calibrati per un mercato in cui è presente un ampio numero di competitori che producono un bene simile. Si pensi, ad esempio, al mercato dei trasporti. Con lo scopo di aumentare i ricavi, le aziende in questo settore dell’economia devono concorrere per aumentare la loro quota di mercato secondo una *golden rule*: la diminuzione del prezzo e la continua innovazione sia nella progettazione che nella produzione del servizio in questione.

²⁰E. Parliament, Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users. Disponibile sul sito: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>

Inoltre, lo Stato garantisce la libera concorrenza grazie a strumenti che limitano l'autonomia contrattuale dei privati proibendo gli accordi di cartello, le strategie di monopolizzazione come le fusioni aggressive e i trust. Infine, nel caso ipotetico in cui si rendesse impossibile la concorrenza nel mercato dei trasporti per un fenomeno economico atipico, lo Stato sarebbe pronto a intervenire disciplinando la proprietà pubblica o i servizi di pubblica utilità.

Noi riteniamo che l'esempio appena citato non sia adeguato al mercato digitale. Concentriamoci, ad esempio, sul mercato digitale dei social network: Secondo dati di Hootsuite aggiornati a gennaio 2022, Facebook è ancora la piattaforma di social media più utilizzata al mondo. Tuttavia, esistono solo sei piattaforme che gestiscono più di un miliardo di utenti attivi mensili ciascuna: Meta gestisce 2,74 miliardi, la potenziale copertura pubblicitaria di YouTube è di 2.291 miliardi, WhatsApp conta con circa 2 miliardi di utenti attivi mensili, Facebook Messenger ha circa 1,3 miliardi. La copertura pubblicitaria di Instagram è di 1.221 miliardi. Infine, WeChat (inc. Weixin 微信) conta con 1.213 milioni di utenti attivi mensili. È da evidenziare che quattro delle sei piattaforme appena citate sono di proprietà del conglomerato Meta. Esaminando il panorama, è semplice capire che, sebbene il prezzo e l'innovazione della piattaforma siano importanti per la strategia di mercato delle aziende nell'ecosistema digitale, è imprescindibile progettare una strategia di acquisizione costante e, per certi versi, aggressiva di quelle starups che potrebbero

minacciare la posizione dominante dell'incumbent in un futuro. Esperti in materia considerano che l'operatore dominante suole acquisire altre aziende digitali quando: a) l'incumbent non è disposto a subire la perdita di profitto causata dalla normale maturazione del suo prodotto o servizio sul mercato digitale b) quando è più redditizio acquisire una "Nascent Acquisition" piuttosto che investire nella propria innovazione. Quest'ultimo fenomeno potrebbe derivare in una "Killer acquisition" quando l'acquirente ha come unico obiettivo: "Interrompere lo sviluppo dei progetti di innovazione dell'azienda acquisita ed evitare così la concorrenza futura"²¹. La Commissione europea ha compreso che la strategia di acquisizioni delle multinazionali digitali è talmente importante per il loro business model che, insieme al Parlamento e al Consiglio europeo, hanno fissato, in caso di violazione alle loro responsabilità come gatekeeper previste nel DMA, non solo delle sanzioni economiche fino al 10% delle vendite annuali globali di un'azienda digitale²², ma anche la sospensione temporale del diritto a condurre delle fusioni e acquisizioni.

La normativa sulla concorrenza in materia di economia digitale europea abbisogna di essere aggiornata urgentemente Una disciplina "miope" in quest'ambito potrebbe infatti implicare:

a) Un grande spreco di risorse economiche e umane che determinerebbe una significativa perdita di costi e di opportunità per

²¹ C. CUNNINGHAM – F. EDERED – S. MA, *Killer acquisitions*, Journal of Political Economy, 2021, 129.3 pp. 649-702

²² fino al 20% per le infrazioni ripetute.

l'Autorità garante della concorrenza. Pensiamo, ad esempio, alla prima grande “Crociata”²³ dell'Autorità americana contro il colosso tecnologico di quarant'anni fa: l'IBM. Considerando le centinaia di migliaia di documenti esaminati, le migliaia di ore di interrogatorio di testimoni e di esperti e i milioni di dollari investiti nel caso, nessuno dubita “che sia stato uno dei più grandi errori nella storia dei casi Antitrust²⁴” di quel Paese.

b) I continui errori nell'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante rimettono in discussione una normativa restrittiva, di per sé impopolare. Le imprecisioni applicative potrebbero creare dei precedenti giuridici che rendono difficile l'agire nell'ecosistema digitale, favorendo l'incertezza giuridica e l'imprevedibilità economica²⁵;

c) La regolamentazione delle fusioni e acquisizioni tende a limitare la libertà contrattuale delle parti. Sebbene questa restrizione sia a favore della concorrenza e dell'innovazione, la verità è che gli strumenti Antitrust devono essere calibrati ai tempi moderni per evitare un'eccessiva e ingiustificata limitazione di libertà a scapito dell'interesse economico privato.

²³ Gli Stati Uniti contro IBM presso la Corte del Distretto Meridionale di New York, il 17 gennaio 1969.

²⁴ M. BOUDIN, *Book Review: Forensic Economics*, Harvard Law Review, vol. 97, 1984, p. 838.

²⁵ F. DIEZ ESTRELLA. *La Aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de 2019*, cit., p. 155 (trad. dell'autore).

In conclusione, una disciplina Antitrust imprecisa colpirebbe l'individuo non solo riducendo la sua libertà contrattuale e aumentando l'incertezza giuridica, ma potrebbe determinare anche un impiego sterile delle risorse pubbliche ottenute dallo Stato per mezzo della riscossione dei tributi.

Killer Acquisition Theory of Harm y la Autonomía de las Partes. Illumina/Pacific y PayPal/iZettle

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Partiendo del trabajo expuesto por Cunningham, Ederer y Ma titulado: “*Killer Acquisition*” publicado en el “*Journal of Political Economy*” en marzo 2021, se analizará la fusión de *Illumina, Inc/Pacific Biosciences of California, Inc* (dos empresas del sector biotecnológico) y la de *Paypal Holdings/iZettle* con el fin de dar respuesta a las siguientes interrogantes: *¿La US Federal Trade Commission* contaba con suficiente evidencia jurídica y económica para limitar la autonomía de las partes *Illumina, Inc/Pacific Biosciences of California*, en pro de la innovación y competencia o se trató de una coartación a la libertad contractual cuyo único objetivo era la maximización de los rendimientos económicos?"

PALABRAS CLAVE: Killer Acquisition, Autonomía Contractual, Illumina /Pacific Biosciences, PayPal/iZettle.

CITACIÓN SUGERIDA: OROZCO MARTÍNEZ, E. 2022, 11/04/2022-Killer acquisition theory of harm y la autonomía de las partes: illumina/ pacific biosciences y paypal/izettle. [en línea]. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/numero-16/> [Consultado: 05/04/2023]



**ACTUALIDAD JURIDICA
IBEROAMERICANA**



IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano



Publicación de circulación Internacional
Actualidad Jurídica Iberoamericana
<https://www.revista-aji.com>

Editan:
Instituto de Derecho Iberoamericano.
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15 Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org

Tirant lo Blanch.
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España).
Telf. +34 963 61 00 48.
Correo electrónico: tlb@tirant.com
web: www.tirant.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

Impreso en España
Diagramación: Elías On - elias.on@live.com

SUMARIO

LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO CONTRACTUAL

Coordinadores: Araya Estancona Pérez, Almudena Gallardo Rodríguez,
Giovanni Berti de Marinis.

PRÓLOGO. Eugenio Llamas Pombo..... 13

DOCTRINA

A) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

- 01/ “Eficacia y validez de los contratos celebrados por personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Celia Prados García (España)..... 24
- 02/ “Autonomia privata e ordine pubblico familiare”. Giovanni Liberati Buccianti (Italia)..... 46
- 03/ “*Killer acquisition theory of harm* y la autonomía de las partes: *illumina/pacific biosciences* y *paypal/zettle*”. Eduardo Roberto Orozco Martínez (Italia) 80
- 04/ “La autonomía de la voluntad en la protección de datos y el olvido digital: pieza central, pero, ¿suficiente?”. Alejandro Araque García (España) 100
- 05/ “Autonomía de la voluntad y contratación médica. El supuesto del *representante sanitario*”. Leticia García Velasco (España) 124
- 06/ “La eficacia del contrato de cesión del derecho de paternidad sobre una obra”. Alejandro Nieto Cruz (España)..... 152
- 07/ “Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario: últimas tendencias en España”. Manuel Ortiz Fernández (España). 176
- 08/ “Atipicità del contratto e tipicità dei diritti reali: il nodo della meritevolezza dell’interesse”. Antonio Vercellone (Italia) y Andrea Coucourde (Italia)..... 204
- 09/ “El contrato de mediación digital en el marco de la economía colaborativa”. Facundo Martínez Mallada (Argentina)..... 228
- 10/ “El consumidor en la náutica de recreo”. Irene Bruzón Cid (España)..... 254
- 11/ “Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones crioconservados”. Laura Fernández Echegaray (España) 262
- 12/ “La autonomía de la voluntad en el *ius delationis* y liquidación del impuesto de sucesiones y donaciones (ISD): análisis histórico y dialéctica

	jurisprudencial, entre la teoría clásica y moderna". Armando José Santana Burgés (España).....	288
13/	"I derivati over the counter tra diritto dei privati e la teoria ecologica del contratto. Premesse per uno studio". Rocco Alessio Albanese (Italia).....	314
B) INCUMPLIMIENTO, RESPONSABILIDAD E INEFICACIA CONTRACTUAL.		
14/	"La sostenibilità dei rimedi consumeristici nella Direttiva 771/2019/UE e oltre". Daniele Imbruglia (Italia).....	354
15/	"Nuove tecnologie e beni di consumo: il problema dell'obsolescenza programmata". Gabriele Toscano (Italia).....	372
16/	"Argomento storico e diritto civile. Con uno sguardo alla forma e ai rimedi". Alberto Mattia Serafin (Italia).....	388
17/	"La nullità del contratto del diritto civile italiano tra frammentazione, recupero e nuove tecnologie". Giorgia Vulpiani (Italia).....	412
18/	"La responsabilità del professionista intellettuale per le prestazioni eseguite a titolo gratuito e a titolo amichevole". Valeria Caputo (Italia).....	452
19/	"Remedios frente al incumplimiento del contrato de alimentos". Marta Gómez López (España).....	476
20/	"Invalidez del título desde el punto de vista de la prescripción adquisitiva". Agustín Andrades Navarro (España).....	490
21/	"La nulidad por discriminación en el contrato". Roger Barat i Rubio (España).....	510
22/	"Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice pelo inadimplemento contratual". Marcelo Chiavassa (Brasil) y Rafael Marinangelo (Brasil).....	528
23/	"Nullità sopravvenuta (una breve riflessione propositiva)". Agnese Alamanni (Italia).....	552
C) PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE COMO CONSUMIDOR.		
24/	"Consentimiento de los menores de edad en las redes sociales: especial referencia <i>Tiktok</i> ". Jesús Daniel Ayllón García (España).....	580
25/	"Problemas que plantean las reclamaciones frente a AESA: especial referencia a su naturaleza jurídica e impugnación". Jesús Del Águila Martínez (España).....	610
26/	"El consumidor especialmente vulnerable: de la protección <i>class-based</i> a la protección <i>state-based</i> ". Rosa Barceló Compte (España).....	626
27/	" <i>Blockchain</i> e diritto dei contratti: criticità e prospettive". Chiara Iorio (Italia).....	654
28/	"Desde la protección de datos de los consumidores a las organizaciones como consumidores de datos personales". Raquel Pérez Díaz (España).....	690
29/	"La protección del usuario en el juego online". Marta Viedma Ansa (España).....	714
30/	"Ritorno al futuro. La tutela del consumatore nei foreign currency loans". Federico Pistelli (Italia).....	732
31/	"La protección contractual del consumidor: la delimitación del concepto de consumidor y sus efectos en el derecho contractual". Héctor Buenosvinos González (España).....	748

32/	“Supuestos y efectos de la consideración del menor de edad como consumidor vulnerable. Especial referencia al derecho de participación de NNAS en la elaboración de las disposiciones generales”. Anna Massons Ribas (España).	780
33/	“I diritti dei passeggeri aerei in tempi di pandemia tra cancellazioni straordinarie, rimborsi negati e voucher imposti”. Luca Ettore Perriello (Italia).	808
34/	“L’evoluzione del formalismo negoziale nei contratti bancari e finanziari”. Giovanni Berti de Marinis (Italia).	828
35/	“La transposición de la Directiva (UE) 2019/771 al ordenamiento jurídico español: falta de conformidad, remedios y plazos”. Jesica Delgado Sáez (España).	854
36/	“Control de transparencia en la contratación a distancia y causas de su ineficacia”. Javier Fernández-Regatillo Vega (España).	874
D) NUEVOS MODELOS CONTRACTUALES Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.		
37/	“Nuevos desafíos contractuales: elementos y naturaleza (de servicios) de las relaciones de <i>compliance</i> y de <i>data monitoring</i> ”. Juan Carlos Velasco Perdigones (España).	890
38/	“Las medidas correctoras en el ámbito digital”. Álvaro Bueno Biot (España).	918
39/	“Funzione e limiti dell’autonomia privata nei contratti transnazionali”. Massimo Foglia (Italia).	938
40/	“Piattaforme digitali e tutele: dal <i>consumer</i> al <i>prosumer</i> ”. Chiara Sartoris (Italia).	962
41/	“Contratación de telefonía móvil por menores: validez y nulidad”. Víctor Bastante Granell (España).	984
42/	“Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales”. Laura Herrerías Castro (España).	1010
43/	“Condiciones generales de la contratación en las apuestas online”. Nerea Díaz Ortíz (España).	1038
44/	“La financiación participativa en la economía de las plataformas Un cambio de paradigma en las relaciones de crédito”. Jordi Marcé Calzada (España).	1066
45/	“La revolución <i>blockchain</i> y los <i>smart contracts</i> en el marco europeo”. Carlos Domínguez Padilla (España).	1088
46/	“El alcance de las cláusulas contenidas en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales que prevén la interacción del usuario con el servicio mediante comandos de voz”. Julia Ammerman Yebra (España).	1110
47/	“Cláusulas de processamento de dados pessoais inseridas nos contratos de adesão: a falta de autonomia e liberdade na expressão da vontade e vias de proteção (efetiva) do titular de dados”. Inês Camerinha Lopes (Portugal).	1124
48/	“Las cláusulas abusivas en las hojas de encargo de servicios jurídicos: en especial, la cláusula de exoneración y limitación de responsabilidad del profesional”. Loreto Carmen Mate Sauté (España).	1148

E) CONTRATACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO

- 49/ “Dualidad normativa en la regulación de los contratos *gratuitos* de suministro de contenidos y servicios digitales: la necesaria armonización entre la Directiva (UE) 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679”. Javier Martínez Calvo (España)..... 1168
- 50/ “Aproximación al régimen jurídico del contrato de usuario con *Twitch*: Repercusiones en materia de protección de datos personales”. Alejandro Platero Alcón (España)..... 1186
- 51/ “La adaptación del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a las previsiones de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019”. Joan Andreu Ferrer Guardiola (España)..... 1210
- 52/ “La protección del consumidor en la contratación digital”. Rut González Hernández (España)..... 1236
- 53/ “*Smart contracts*: o paradigma entre a imutabilidade e a necessidade de flexibilização contratual em tempos de crise”. Fernanda De Araujo Meirelles Magalhaes (Portugal)..... 1254
- 54/ “Influencia algorítmica e inmutabilidad de los *Smart Contracts*: ¿cómo impactan estas tecnologías en la asimetría contractual?”. Cecilia Celeste Danesi (Argentina)..... 1270
- 55/ “Algunas cuestiones sobre la trasposición de la Directiva 2019/771, 20 mayo 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes”. Gonzalo Muñoz Rodrigo (España)..... 1288
- 56/ “Peculiaridades de la contratación electrónica”. Carmen Iglesias Martín (España)..... 1314
- 57/ “La gestione dell’inadempimento contrattuale negli *smart contract*”. Emanuela Maio (Italia) 1334
- 58/ “La compraventa de obras plásticas en Internet: especial referencia a las facultades patrimoniales de sus autores y titulares”. Ana María Pereda Mirabal (Cuba) 1348
- 59/ “Los consumidores en línea frente a la publicidad dirigida. Breves consideraciones desde la inteligencia artificial y las tecnologías conexas”. Madelín Cruz García (España) 1368
- 60/ “La identidad digital en la contratación electrónica: una mirada desde el derecho internacional privado”. Antonio Merchán Murillo (España)..... 1386
- 61/ “Las personas con discapacidad como consumidores vulnerables en el comercio electrónico: el problema de la accesibilidad digital”. Romina Santillán Santa Cruz (España)..... 1412
- 62/ “Ley aplicable a los contratos de computación en nube”. Álvaro Martínez Marín (España)..... 1432
- 63/ “El derecho de desistimiento del consumidor en la precompra o suministro anticipado de contenidos digitales”. Alejandro Zornoza Somolinos (España)..... 1448
- 64/ “Plataformas digitales y contratación electrónica: conflictos derivados y métodos de resolución”. Almudena Gallardo Rodríguez (España)..... 1466

F) CONSUMIDOR Y VIVIENDA.

- 65/ "La aproximación conductual a la transparencia contractual en los servicios financieros de crédito". Antoni Mut Piña (España) 1492
- 66/ "Nullità e sanatorie nei contratti per l'acquisto di immobili da costruire: fra tutela della parte debole e contrasto all'abuso del diritto". Marco Rizzuti (Italia)..... 1520
- 67/ "La responsabilidad por incumplimiento en los contratos de cesión de viviendas con fines turísticos. Especial mención a la contratación por medio de OTAS". Covadonga López Suárez (España)..... 1532
- 68/ "Mutuo fondiario e violazione del limite di finanziabilità nel dibattito giurisprudenziale italiano". Cristiana Boiti (Italia)..... 1554
- 69/ "Devengo de honorarios en el contrato de mediación o corretaje: abusividad y control de transparencia de las hojas de visita". Araya Alicia Estancona Pérez (España) 1574
- 70/ "Evolución del tratamiento jurisprudencial del control de transparencia en contratos de préstamo hipotecario". Raquel Nazabal Baranda (España) |602

G) PERSPECTIVA INTERNACIONAL DEL DERECHO CONTRACTUAL.

- 71/ "L'assicurazione sulla vita a favore degli eredi e ripartizione dell'indennizzo". Riccardo Mazzariol (Italia) 1618
- 72/ "Il controllo giudiziale sulle clausole che alterano l'essenza del contratto". Letizia Coppo (Italia)..... 1644
- 73/ "Operaciones comerciales de la Ley española de lucha contra la morosidad que configuran compraventas internacionales de mercaderías en la Convención de Viena: ¿quid iuris?". Víctor Herrada Bazán (Perú)..... 1670
- 74/ "Il patto di famiglia y su posibilidad en el ordenamiento civil castellano". Valentín Navarro Caro (España) 1694
- 75/ "Retos para el Derecho contractual cubano en correspondencia con los nuevos modelos contractuales emergentes". Rocío Urbón López (Cuba).....1716
- 76/ "El beneficiario en el contrato a favor de tercero". Freddy Andrés Hung Gil (Cuba)..... 1726
- 77/ "La Direttiva (UE) 2019/770: i dati personali quale corrispettivo nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali e le inerenti ricadute sul diritto della privacy". Francesca Ferretti (Italia)..... 1740
- 78/ "ABF e consumatori: le recenti tendenze in materia di cessioni del quinto dello stipendio". Giuliano Mattace (Italia) 1778
- 79/ "La dimensione contrattuale nel codice del Terzo settore italiano". Mario Renna (Italia)..... 1800
- 80/ "El *aliud pro alio* en Italia entre el Código Civil y el Código del consumo. Nuevas tendencias en tema de causa en concreto". Lorenzo Pelli (Italia).... 1818
- 81/ "Hacia un modelo multidimensional en la teoría del derecho de los contratos". Alexander Kirpichev (Rusia) 1842
- 82/ "La Ley del contrato y los árbitros de equidad en el arbitraje comercial internacional". M^a Victoria Demarchi Salinas (Chile) y Cristóbal Vergara González (Chile)..... 1854

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Marco Angelone
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Vincenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Cristián Lepin Molina

Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Fabricio Mantilla Espinosa

Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina

Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan

Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dra. Gisela María Pérez Fuentes

Catedrática de Derecho Civil, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Dr. Giovanni Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald

Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios

Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena

Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano

Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dra. Margarita Castilla Barea

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Luis de las Heras Vives

Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua

Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez

Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Pilar Estellés Peralta

Profesor Agregado de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir", España

Dr. Pietro Virdagamo

Professore Ordinario Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

Dra. Sonia Rodríguez Llamas

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo

Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia

Investigadora del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

D. Francesco Angeli

Assegnista di ricerca, Università degli studi di Perugia, Italia

Dr. Adrián Arrebola Blanco

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis

Professore Associato di Diritto dell'Economia, Universidad de Perugia, Italia

D. Álvaro Bueno Biot

Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Borja del Campo Álvarez

Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Dra. Ana Isabel Blanco García

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Cristina Cervale

Ricamatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Andrea Casanova Asencio

Investigadora Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España.

Dr. Jorge Enriquez Sordo

Abogado

Dra. Elena de Luis García

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Doña Ana Elisabete Ferreira

Professora Investigadora na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Massimo Foglia

Ricamatore di Diritto Privato, Universidad de Bergamo, Italia

Dr. Giuseppe Garófalo

Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Manuel García Mayo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

Dr. Carlos Gómez Asensio

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Manuel Ángel Gómez Valenzuela

Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Fernando Hernández Guijarro

Profesor Contratado Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata

Ricamatore di Diritto dell'Economia, Universidad de Florencia, Italia

D. Marco Li Pomi

Assegnista di Ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Miguel Herrero Medina

Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho,
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Andrés Marín Salmerón

Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

Dr. Javier Martínez Calvo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Manuel Ortiz Fernández

Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Dr. Alfonso Ortega Giménez

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

D. Jesús Palomares Bravo

Investigador Predoctoral en Departamento de Derecho Civil, Universidad de Málaga, España

Dra. Carla Pernice

Ricercatore di Diritto dell'Economia, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Universidad de
Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso

Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Monica Pucci

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez

Profesora Asociada del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Florencia, Italia.

D. Juan Carlos Rocha Valle

Notario y Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua

Dr. Valerio Rotondo

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Molise, Italia

Dra. Romina Santillán Santa Cruz

Investigadora del Grupo de Investigación "Ius Familiae" de la Universidad de Zaragoza, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti

Profesor Contrado Doctor de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins

Professora Auxiliar na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Daniel Vicente Martínez

Profesor Contratado en el Área de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Valencia, España

D. Calogero Valenza

Assegnista di Ricerca, Università Ca' Foscari, Venecia, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla

Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

PRÓLOGO

Los estatutos fundacionales de nuestra Red Salmantina de Civilistas Latinoamericanos *Ivs Civile Salmanticense* prevén expresamente la facultad de constituir “Secciones” en el seno de la asociación. La primera de ellas ha sido la Sección de Jóvenes Civilistas, cuyos miembros fundadores fueron el Dr. Giovanni Berti di Marinis (Università degli Studi di Perugia), la Dra. Araya Estancona (Universidad de Cantabria) y la Dra. Almudena Gallardo (Universidad de Salamanca). El objetivo general de la Sección es crear sinergias y colaboraciones académicas entre jóvenes estudiosos del Derecho Civil de ámbito nacional e internacional, con el objetivo de analizar y debatir cuestiones que afectan a esta rama del Derecho a través de diversas actividades académicas (congresos, jornadas, conferencias o publicación de libros colectivos). Desde sus primeros pasos en 2019, la Sección de Jóvenes Civilistas ha concitado un elevado número de socios y viene desarrollando una intensa actividad científica. Celebró en Salamanca su I Congreso Internacional en febrero de 2020 (fue, para muchos de nosotros, el último encuentro académico previo al confinamiento derivado de la COVID-19); y para cumplir fielmente con su compromiso de celebrar un congreso internacional anual, lanzó su II Congreso Internacional sobre *Los nuevos retos del Derecho contractual*, que tuvo lugar en Santander bajo la dirección de la Profesora Estancona Pérez y la coordinación de los profesores Berti de Marinis y Gallardo Rodríguez, durante los días 7 y 8 de octubre de 2021 (seguramente, una de las primeras actividades presenciales post-pandemia).

Las cifras de este II Congreso hablan por sí solas: más de 130 ponencias y comunicaciones, fruto del trabajo científico de civilistas de 15 nacionalidades diferentes, que gracias a su juventud (todos ellos son menores de 40 años) han sabido seleccionar aquellos temas que constituyen los verdaderos “retos” para el Derecho de contratos del siglo XXI. Entre ellos existen contribuciones singularmente valiosas, agrupadas en siete grandes capítulos, cuya rúbrica da idea de su interés y relevancia doctrinal: Autonomía de la voluntad, tipicidad y atipicidad; incumplimiento, responsabilidad e ineficacia contractual; protección del contratante-consumidor; nuevos modelos contractuales y condiciones generales de la contratación; comercio electrónico; consumidor y vivienda; y, en fin, perspectiva internacional de la temática. El presente volumen es el resultado escrito de tan importante y concurrido esfuerzo colectivo.

Ciertamente, el Derecho de contratos es, probablemente, una de las disciplinas que afronta mayores retos en este primer cuarto del siglo XXI. Puede decirse, sin

exageración, que estamos asistiendo a la reformulación de aquellos principios que sustentan su teoría general y parecían inmutables desde hace más de doscientos años. Es el sino de nuestra disciplina, fruto de las demandas de la sociedad sobre la que se proyecta: la articulación entre lo contingente y lo inmanente.

Es importante recordar que la teoría general de las obligaciones y contratos procede de las últimas construcciones del Derecho Romano en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, y fue madurada en la Edad Media a través del llamado *Derecho Común*. Pero cuando verdaderamente cristaliza de manera definitiva es entre los siglos XVIII y XIX, con la Pandectística y la codificación civil, por lo que fue configurada sobre la base de un concreto modelo liberal-burgués de sociedad y de unas relaciones económicas que vinculaban a pequeños agricultores, comerciantes y artesanos. Relaciones de carácter interindividual, esencialmente basadas en el trato personal y directo, que se contraen entre sujetos (de hecho y de derecho) iguales y libres. Y que por ello son capaces de alcanzar la justicia contractual sobre la base de la libre negociación y el espontáneo equilibrio entre la oferta y la demanda.

Tal contexto determina que:

a) De una parte, no es precisa la intervención de terceros (menos aún si se trata del Estado) que faciliten o impongan tal equilibrio contractual, que surge por sí mismo a consecuencia de la libertad contractual y la autodefensa de los propios interesados, quienes, insisto, actúan en condiciones de igualdad.

b) De otro lado, el respeto de la voluntad contractual es absoluto, incondicionado e inexcusable, incluso por encima de cualesquiera circunstancias o exigencias de la justicia material. Así, sólo muy excepcionalmente se admite una atenuación de dicho principio de inalterabilidad del contrato en la mayor parte de los códigos civiles: son sólo los supuestos de moderación judicial de la cláusula penal, flexibilización de la responsabilidad del mandatario gratuito, moderación judicial de la responsabilidad contractual por incumplimiento no doloso o reducción judicial de la obligación de pago de lo perdido en juego o apuesta.

Estas ideas fraguan en algunos de los principios medulares de la teoría general del contrato que podemos encontrar formulados, casi como verdades metafísicas, en todos los códigos herederos del napoleónico. Me permito recordar los más relevantes, con su referencia en el Código civil español:

- Principio *pacta sunt servanda* del artículo 1091.
- Principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255.

- Prohibición de dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes, del artículo 1256.
- Principio de eficacia relativa de los contratos, que traduce el viejo *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest* del artículo 1257.
- Perfección del contrato por el mero consentimiento del artículo 1258.
- Principio de libertad de forma del artículo 1278.
- Principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911.

Pues bien, es sobradamente conocido que dicho marco socio-jurídico sufre el primer cataclismo con la situación de penuria y escasez que se generalizó en Europa tras la crisis económica de 1929 y se agudizó con la II Guerra Mundial y la postguerra. En seguida se constata que la contratación ya casi nunca se produce “entre iguales”, lo que generó la aparición de una corriente intervencionista por parte de las autoridades dentro de la mecánica contractual, con figuras que entonces se denominaron “contratos dictados”, “contratos impuestos”, “contratos forzosos”, e incluso (en los países del llamado socialismo real) “contratos planificados”, que llegaron a cuestionar incluso el propio concepto de contrato.

Pero también llevó a una intervención menos intensa, a menudo procedente del poder judicial, proclive a la aplicación de algunos principios que, sin dar al traste con la vieja figura del contrato, sí mitigaban en gran medida su rigidez conceptual. Así sucedió con la cláusula *rebus sic stantibus*, con la llamada nulidad parcial del contrato cuando alguna de sus cláusulas no se ajusta a las prescripciones legales, y especialmente, con nuevas vías de integración del contenido contractual.

En este último aspecto, ciertamente todos los códigos civiles calcan el artículo 1135 del *Code Napoléon*, que ya prescribía que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo estrictamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Pero lo que en un primer momento no era otra cosa que una suerte de interpretación legal de la voluntad de los contratantes, o una presunción de que éstos “querían” obligarse “no sólo a lo estrictamente pactado”, pronto se convierte en una verdadera vía de integración del contenido del contrato, impuesta por la autoridad estatal y no necesariamente deseada voluntariamente por las partes, y dirigida fundamentalmente a lo que en aquellos años se llamaba “protección de los económicamente débiles”.

Ello no es algo precisamente nuevo, por lo demás. Ya desde RIPERT conocemos las claves de la crisis del principio de autonomía de la voluntad, especialmente por

razones y consideraciones que podríamos denominar “política económica”, bien distintas de las que esgrimía DUGUIT en sus célebres *Transformaciones del Derecho Privado*, más cercanas a la negación del derecho subjetivo. De manera coherente con su negación del derecho subjetivo, DUGUIT propugnó una nueva noción de libertad, que deriva de la constatación realista de que “las leyes modernas están en contradicción formal” con los postulados del derecho individual a la libertad, que impedirían al Estado toda imposición de obligaciones al individuo. Y esas leyes restringen constantemente la actividad de éste, le imponen toda clase de obligaciones, entre las que menciona repetidamente las de trabajar, de recibir enseñanza y de previsión, etc. La libertad, nos dice, no es un derecho, sino la obligación de cada individuo de desempeñar su papel en la sociedad, de cumplir una determinada tarea, de desenvolver su individualidad.

Esos “nuevos vientos” ya encontraron un reflejo claro en los códigos civiles del siglo XX, como el CC italiano de 1942, el CC portugués de 1966, el CC holandés de 1991, o en las reformas del CC francés en la década de los sesenta y setenta del pasado siglo. Y de manera más evidente, pueden encontrarse en la reciente reforma de la materia dentro del BGB alemán o en el Código Civil y Comercial Argentino de 2015.

Pero hay que reconocer que fue en la década que media entre 1975 y 1985 cuando se produjo un nuevo y trascendente giro en la configuración del contrato, debido a varios fenómenos socioeconómicos que, por lo demás, se encuentran estrechamente unidos entre sí:

1º) Por una parte, el insólito auge de la libertad económica y el inicio de la que pronto se llamaría “globalización”, que ha generado un florecimiento espectacular de la figura del contrato, como instrumento básico de intercambio económico, con una proliferación enorme de contratos atípicos tanto en el ámbito civil como en el mercantil.

2º) En segundo lugar, y a consecuencia de lo anterior, aparece la *contratación masiva*, derivada de los procesos de producción en masa de bienes y servicios, que hacen posible la aparición de la llamada “sociedad de consumo”, con todos los efectos que ello produce: unilateralización del mercado, sometido a la ley de la oferta; empleo de publicidad y agresivas técnicas de marketing; diversificación artificial de productos; reducción de la vida útil de éstos; generalización de mecanismos de financiación; utilización de condiciones generales de los contratos, único instrumento que hace posible la contratación masiva; etc.

3º) Como reacción a lo antedicho, se produce la irrupción del “principio de protección de los consumidores”, sujetos caracterizados por ocupar una situación de debilidad o inferioridad en las relaciones contractuales donde intervienen, muy

a menudo por su condición de profanos (meros *amateurs* o aficionados, dentro del mercado), frente a la de expertos ocupada por los empresarios (verdaderos profesionales del mercado). Por ese motivo, la justicia contractual conmutativa ya no se alcanza de manera espontánea como efecto del libre juego de la oferta y la demanda, sino que requiere de la intervención de los poderes públicos, y de mecanismos regulatorios.

La aplicación de tales principios a los contratos de consumo (y, como desde hace tiempo venimos defendiendo, a todos los contratos “asimétricos”) ha introducido modificaciones trascendentales en el viejo modelo contractual, que han dado al traste con el viejo principio de autonomía de la voluntad, con el *pacta sunt servanda*: o lo dotamos de un sentido absolutamente nuevo o, sencillamente, habrá que certificar su defunción, y darle sepultura junto con el *res inter alios acta* y con la responsabilidad patrimonial universal.

En efecto, parece evidente que una concepción moderna del contrato no permite ya seguir hablando de *la* teoría general del contrato, sino que es imprescindible reconocer la existencia de una bifurcación en la misma, para separar:

(i) De un lado, aquellos principios medulares aplicables a la contratación entre particulares y, a menudo, entre empresarios (o sea, la contratación entre “iguales”);

(ii) y de otro, la contratación asimétrica, en la que uno de los sujetos vinculados puede considerarse como “contratante débil”, ya por tratarse de un consumidor o usuario, ya por ser una pequeña o mediana empresa.

Para el primer modelo, siguen vigentes los viejos principios, sometidos en todo caso a la actualización y adaptación a la realidad que siempre ha caracterizado a las normas civiles. Para el segundo, queda hoy muy poco de aquellos principios cardinales de la teoría general del contrato, que durante 200 años han parecido inamovibles. Baste citar algunos de tales cambios, de manera telegráfica, para comprobarlo:

1º) *Ocaso de la autonomía de la voluntad*. Es notable la aparición de una ingente cantidad de normas, comunitarias, estatales y autonómicas, que inciden de manera diversa pero directa en el contenido, forma, perfección, obligatoriedad, interpretación y cumplimiento de los contratos en los que intervienen consumidores. Disposiciones normativas que unas veces regulan determinados tipos contractuales, otras determinadas técnicas de contratación, y otras la responsabilidad por daños causados a los consumidores. Como efecto “colateral” o secundario de este fenómeno, se genera una dispersión normativa atroz, que a menudo se traduce en verdadera inseguridad jurídica respecto de la norma

aplicable a tal o cual contrato, dentro de la maraña o cascada de preceptos, directivas, leyes, decretos, etc., vigentes sobre la materia.

2º) *Renacimiento del formalismo contractual*, de manera que se rompe en gran medida el viejo principio de libertad de forma, siempre que se exigen legalmente determinados requisitos formales para la validez y eficacia jurídica de las declaraciones de voluntad contractual, en aras de la protección del comprador o adquirente de bienes y servicios: forma escrita, a veces incluso en formularios preestablecidos, con ciertas menciones obligatorias en su contenido (tanto respecto de los elementos esenciales del contrato como de la protección dispensada al consumidor), ejemplares por duplicado o triplicado. Ello redundaría no sólo en una mayor garantía de los derechos del consumidor, incluso en el orden probatorio, sino que la solemnidad formal también produce un efecto psicológico que incentiva la debida reflexión de éste antes de obligarse contractualmente.

3º) *Mitigación (en ocasiones, abolición) del carácter vinculante del contrato y del principio pacta sunt servanda*, derivado del acuerdo de voluntades, cuando se concede al consumidor una facultad de arrepentimiento o desistimiento unilateral, que debe ejercitar dentro de un plazo perentorio. Se trata, con ello, de contrarrestar la agresividad de las técnicas comerciales de venta, que a menudo presionan al consumidor para que celebre un contrato y, a tal fin, emita una declaración de voluntad que, sin estar propiamente viciada, no puede admitirse como adecuadamente formada. Y también, como acusadamente hemos comprobado durante la pandemia COVID-19, de dar entrada a mecanismos de revisión contractual cuando, más allá de una (difícilmente defendible) tácita y subjetiva cláusula *rebus sic stantibus*, se certifica objetivamente la destrucción de la base del negocio.

4º) *Redescubrimiento de la buena fe*, que pasa a ocupar un papel protagonista dentro de la teoría general del contrato. Es omnipresente la apelación a la buena fe en todos los nuevos modelos de contratación, sean leyes tuitivas de los consumidores, Principios Europeos de Derecho de los Contratos, reformas en los códigos civiles, etc.

5º) *Control de incorporación*: Irrumpe la introducción de requisitos para la incorporación, integración e interpretación de condiciones generales, como contenido del contrato predispuerto por una de las partes.

6º) *Control de contenido*. La absoluta interdicción de las cláusulas abusivas supone una verdadera revolución. Hay un “redescubrimiento” de las exigencias de la llamada justicia contractual sustantiva, y del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, de manera que se considera directamente abusiva, y por tanto nula, aquella cláusula que cause, en perjuicio del consumidor, un

desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

7º) *Quiebra del principio de la responsabilidad patrimonial universal*. El llamado mecanismo de la segunda oportunidad, o liberación del pasivo insatisfecho en el caso de la persona sobreendeudada, no necesariamente empresario ni consumidor. Ahí tenemos los artículos 486 a 501 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que incorporan al Derecho español (como ha sucedido en otros ordenamientos europeos) la institución americana del *discharge*, dirigida a declarar la exoneración del pasivo insatisfecho en el seno de la liquidación concursal, a fin de permitir al deudor sobreendeudado acometer una "segunda oportunidad".

8º) La incorporación al contrato e integración en el mismo, como derechos del contratante-consumidor, de las prestaciones contenidas en la publicidad y en las actividades de promoción, que por otra parte están sometidas a las reglas de veracidad y completa información.

9º) La garantía obligatoria de que determinados productos satisfarán determinadas exigencias de calidad, utilidad u otros requerimientos, con responsabilidad del empresario que los suministra, que se traduce en la reparación o sustitución gratuita, como nuevas formas de saneamiento.

10º) Adicionalmente, y a consecuencia de los vertiginosos cambios tecnológicos de las dos últimas décadas, aparecen nuevas formas de contratación (especialmente, la llamada contratación electrónica), nuevos medios de pago, y nuevos bienes y servicios, a menudo intangibles.

A la vista de ese panorama sólo cabe concluir que no han cambiado sólo las reglas, sino que se ha producido un verdadero cambio de *principios*, que reclama en realidad un cambio de las reglas. Sólo queda esperar que este cambio se haga con altura de miras, con las luces largas, mediante preceptos de carácter "abierto", cuyo contenido sólo viene a llenarse cuando se pone en conexión el *caso* con el *principio*. Debemos invocar aquella jurisprudencia o metodología axiológica que tanto hemos echado de menos en los textos que hemorrágicamente ha venido promulgando el legislador español a lo largo de los últimos treinta años.

Ello debe hacerse bajo el prisma de la idea de sistema y unidad. Y también desde el denominado "diálogo de fuentes". Así, venimos propugnando:

a) Unificar la regulación del Derecho Civil y Mercantil, en la línea que marcara el Código suizo de las obligaciones y que, más allá de las mezquindades y estrechez de miras de algunos, constituye el *leit motiv* de la moderna codificación del Derecho privado.

b) Dar entrada en el Código civil a la contratación de consumo o, aún mejor, a la contratación asimétrica, que acoja en su articulado un sistema de protección mínima que desciende a la regulación de aspectos tan importantes como la formación del contrato de consumo, los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, cláusulas abusivas, etc.

c) Introducir normas que, hasta ahora, parecían coto exclusivo de la Constitución pero que configuran el carácter constitucional de una buena parte del ordenamiento jurídico privado.

d) Otorgar una perceptible importancia a determinadas normas procesales, en la medida en que las mismas constituyen la puesta en marcha de los derechos subjetivos.

e) Conectar en numerosas ocasiones las instituciones jurídico privadas con los Derechos Humanos.

Concluyo expresando mi sincera confianza y mis votos para que la generación de civilistas que representan magníficamente los autores del presente volumen sea capaz de acometer tan magna tarea. Y también mi felicitación y gratitud a todos ellos por el entusiasmo y el rigor de los trabajos que lo integran.

Salamanca, octubre 2021

Eugenio Llamas Pombo, Catedrático de Derecho Civil, Presidente de *Ivs Civile Salmanticense*



DOCTRINA

**KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM Y LA AUTONOMÍA DE
LAS PARTES: ILLUMINA /PACIFIC BIOSCIENCES Y PAYPAL/IZETTLE**

***KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM AND THE AUTONOMY OF THE
PARTIES: ILLUMINA /PACIFIC BIOSCIENCES AND PAYPAL/IZETTLE***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 80-99



Eduardo
Roberto
OROZCO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Partiendo del trabajo expuesto por Cunningham, Ederer y Ma titulado: "Killer Acquisition" publicado en el "Journal of Political Economy" en marzo 2021, se analizará la fusión de Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California, Inc (dos empresas del sector biotecnológico) y la de Paypal Holdings/iZettle con el fin de dar respuesta a las siguientes interrogantes:

¿La US Federal Trade Commission contaba con suficiente evidencia jurídica y económica para limitar la autonomía de las partes Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California, en pro de la innovación y competencia o se trató de una coartación a la libertad contractual cuyo único objetivo era la maximización de los rendimientos económicos?"

PALABRAS CLAVE: Killer Acquisition, Autonomía Contractual, Illumnia /Pacific Biosciences, Paypal/iZettle.

ABSTRACT: *Starting from the work presented by Cunningham, Ederer, and Ma entitled: "Killer Acquisition" published in the "Journal of Political Economy" in March 2021, we will analyze the merger of Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California, Inc (two companies from the biotechnology sector) and Paypal Holdings/iZettle to answer the following questions:*

Did the US Federal Trade Commission have sufficient legal and economic evidence to limit the autonomy of the Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California parties, in favor of innovation and competition, or was it a limitation of contractual freedom whose sole objective was maximizing economic returns?

KEY WORDS: *Killer Acquisition, Contractual Autonomy, Illumnia /Pacific Biosciences, Paypal/iZettle."*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM.- III. CASO ILLUMNINA/PACIFIC BIOSCIENCES.- 1. Antecedentes- 2. Administrative Complaint de la US Federal Trade Commission- IV. CASO PAYPAL HOLDINGS, INC /iZETTLE AB.- 1. Antecedentes- 2. Final Report Completed acquisition by PayPal Holdings, Inc. of iZettle AB- V. CONCLUSIONES.-

I. INTRODUCCIÓN

Las “Start-up” juegan un rol vital en el mercado. En efecto, son consideradas una fuente de nuevas ideas, productos y modelos de negocio. Además de ser una vía eficaz hacia la innovación, son también indispensables para obligar a los “incumbents”¹ a mejorar constantemente para no perder el favor del mercado que poseen. Sin embargo, en el mercado existen algunas distorsiones que inciden directamente en las Start-up y que benefician el predominio de los “incumbents” (Subsidios o rescates a las grandes empresas, la lenta actualización de las leyes de competencia, sin hablar de lo complejo que ha resultado regular la economía digital) Durante años, las agencias reguladoras de la competencia en Occidente, han tratado de crear un “suelo parejo” disminuyendo al mínimo posible las distorsiones de mercado que favorecen a los “incumbents” y se han concentrado en evitar el efecto “salami” (una gradual adquisición del mercado por parte de las grandes empresas y eventualmente, agregar una adquisición a gran escala)

Sin embargo, en 2015, se identificó una fracción cada vez mayor de empresas en los Estados Unidos que obtenían rendimientos anuales de 10%, 20% y hasta un 30%². La primera explicación de estos elevados rendimientos, fue la idea que se hubiera adoptado un enfoque excesivamente permisivo en la regulación de los procesos de fusiones y adquisiciones con el fin de salir plenamente de la depresión provocada por la crisis de los mercados financieros de 2007-2008. Dicha crisis provocó entre otras situaciones, un elevado escepticismo sobre la eficiencia del mercado, sobre todo después del anuncio de los millonarios rescates discrecionales hacia las grandes instituciones financieras.

Desde entonces, los organismos reguladores de la competencia en los Estados Unidos y en las Naciones Europeas han empezado a orientarse hacia un examen más detenido de las “Nascent Acquisitions”. En particular, han sido objeto de

-
- 1 Una antigua empresa monopolista que sigue ocupando una posición dominante en el mercado liberalizado, spec. los medios de comunicación y las telecomunicaciones.
 - 2 FURMAN, J. Y ORSZAG P.: “Toward just Society” Columbia University Press, 2018, pp. 19-47.

• **Eduardo Roberto Orozco Martínez**
Doctorando Universidad de Messina.
eorozcomartinez@unime.it.

análisis las siguientes cuestiones: a) Definir con mayor precisión los parámetros que rigen la llamada: "Teoría del Daño" al mercado, b) Evaluación si las "Nascent Acquisitions" potencialmente anticompetitivas son adecuadamente captadas por los sistemas de notificación y por los umbrales de volumen de negocios previstos, y finalmente, c) si existe suficiente flexibilidad regulatoria para un re-examen de las fusiones y adquisiciones en caso de que no hayan sido correctamente evaluadas (Aún cuando hayan obtenido una autorización o una negación por parte del Ente regulador competente).

De esta evaluación parten las reflexiones que serán expuestas en estas páginas: ¿Hasta que punto la regulación de las fusiones y adquisiciones esta yendo al paso con el mercado que regulan? ¿Nos encontramos ante el desafío de actualizar dicha regulación para poder hacer frente a las necesidades y abusos de le mercado, teniendo en cuenta el rol las características de la nueva economía que ahora corre también por los rieles digitales? Nosotros consideramos que la regulación actual en fusiones y adquisiciones requiere una actualización urgente ya que una regulación competencial "desenfocada" podría implicar:

A) Un gran despilfarro de recursos económicos y humanos, lo que provoca una pérdida importante de costes y oportunidades para la autoridad de la competencia. Pensemos, por ejemplo, en la primera gran "Cruzada" de la autoridad estadounidense contra el gigante tecnológico de hace cuarenta años: IBM. Teniendo en cuenta los cientos de miles de documentos examinados, los miles de horas de interrogatorios de testigos y expertos, y los millones de dólares invertidos en el caso, nadie duda de "que fue una de las mayores tonterías en la historia de los casos antimonopolio"³ de ese país.

B) Los continuos errores en la aplicación de la prohibición de abuso de posición dominante ponen en tela de juicio una restricción, por sí misma impopular. Las imprecisiones pueden crear precedentes que dificultan su aplicación en el futuro, favoreciendo la inseguridad jurídica y la imprevisibilidad económica;

C) Como sabemos, la regulación de las fusiones y adquisiciones tienden a limitar la libertad de contratación de las partes. Si bien dicha limitante es en pro de la competencia y la innovación, lo cierto es que los instrumentos antitrust deben estar bien calibrados a los tiempos modernos para evitar un abuso a la coartación de la libertad contractual en menoscabo del interés económico del privado.

En conclusión, una imprecisa regulación afecta al particular no sólo disminuyendo su libertad contractual y aumentando la incerteza jurídica, sino también provoca

3 Boudin, M. "Book Review: Forensic Economics", HeinOnline 1984, núm 835, p. 838.

un empleo estéril de los impuestos que fueron recogidos en forma coactiva por parte del Estado.

Con el fin de llevar a cabo una reflexión ordenada, procederemos de la siguiente manera: Después de esta breve introducción, se reportará el trabajo de Cunningham, Colleen, Florian Ederer y Song Ma titulado: "Killer acquisitions", publicado en el Journal of Political Economy en 2020 haciendo particular énfasis en delimitar las características principales de la Killer Acquisition Theory of Harm y cómo éste se diferencia categóricamente a una "Nascent Acquisitions". Sucesivamente, se desarrollará el caso de Illumina, Inc⁴ y Pacific Biosciences of California, Inc⁵ dos empresas del sector biotecnológico que decidieron iniciar su proceso de fusión equivalente a 1.2 mil millones de dólares y desistiendo de su propósito en enero de 2020 debido al largo proceso de aprobación y a la continua oposición de la US Federal Trade Commission⁶ En particular, el Ente regulador afirmó que: [Illumina] "Mantendría ilegalmente su monopolio en el mercado de EE.UU. en los sistemas de secuenciación de ADN de próxima generación (NGS) extinguiendo PacBio, considerada una amenaza competitiva naciente."⁷ La US FTC basó su decisión en el artículo 7 del Clayton Act que prohíbe acuerdos que eliminen la competencia presente y futura y en la sección 2 del Sherman Act el cual prohíbe intentar obtener o mantener un monopolio.

Del otro lado del Atlántico, se expondrá la fusión entre Paypal Holdings⁸ y iZettle AB⁹. El 20 de septiembre de 2018, PayPal adquirió iZettle. Ambas firmas estaban en el mercado para el suministro de puntos de venta móviles (mPOS). La Competition and Markets Authority del Reino Unido¹⁰ decidió no oponerse a la fusión ya que pudo evaluar que la empresa fusionada estaría limitada por otros competidores significativos. La UK CMA analizó cómo habría evolucionado la competencia en el mercado entre PayPal e iZettle y las estrategias comerciales probables de las partes si no se hubiera producido la fusión. Consideró la motivación de PayPal para la adquisición, así como la percepción de los clientes de dispositivos mPOS. Concluyó, además, que: [iZettle] "sólo habría podido desarrollar su oferta lentamente y habría seguido siendo un actor marginal en el futuro previsible"¹¹.

4 En adelante, Illumina.

5 En adelante, PacBio.

6 En adelante, US FTC.

7 Federal Trade Commission. (2019). FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperado el 5/10, 2021, from <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illumina-proposed-acquisition-pacbio> "[Illumina] unlawfully maintain its monopoly in the U.S. market for next-generation DNA sequencing (NGS) systems by extinguishing PacBio as a nascent competitive threat". Traducción al castellano a cura del autor.

8 En adelante, PayPal.

9 En adelante iZettle.

10 En adelante, UK CMA

11 CMA, Press Release: CMA clears PayPal / iZettle deal. Recuperado 14/11/ 2021, <https://www.gov.uk/government/news/cma-clears-paypal-izettle-deal> "iZettle would only have been able to develop its offering

A manera de conclusión se responderán a las siguientes cuestiones que inciden directamente en la autonomía contractual:

¿La US FTC contaba con suficiente evidencia jurídica y económica para limitar la autonomía de las partes: Illumnia/PacBio en pro de la innovación y competencia o se trató de una coartación a la libertad contractual cuyo objetivo era la maximización de los rendimientos económicos?

La UK CMA condicionó la autonomía contractual de las entidades PayPal e iZettle no sólo al parecer de agentes ajenos (la percepción de los clientes mPOS o a la existencia de competidores significativos), sino también basó su decisión en mediciones de competencia que podría o no verificarse en el futuro ¿Hasta qué punto es posible coartar la autonomía contractual, basados en proyecciones a priori que, por definición, cuentan con un considerable porcentaje de incerteza?

II. KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM

Cunningham, Ederer y Ma definen el “Killer Acquisition Theory of Harm” como un evento en el que la empresa adquirente tiene como objetivo principal el: “interrumpir el desarrollo de los proyectos de innovación de la empresa adquirida y así evitar la competencia futura”.¹² Por la definición, es claro que se trata de una teoría del daño al mercado y no tanto de una categoría de adquisiciones. Dicho daño se materializa cuando el “incumbent” neutraliza el desarrollo de un producto/servicio a través de la adquisición de la empresa competidora.

Los autores hipotizan que existen dos supuestos en los que es muy conveniente para un “incumbent” fusionarse o adquirir un potencial competidor:

A) Cuando éste no desea sufrir la pérdida de ingresos causados por la normal maduración de su producto o servicio en el mercado y;

B) Cuando es más rentable adquirir una “Nascent Acquisition” que invertir en su propia innovación.

Por lo tanto, podemos concluir que la “Killer Acquisition Theory of Harm”, tiene como principales características que: a) son fusiones de naturaleza horizontal, y b) buscan incidir sobre en la proyección o no de un producto/servicio terminado.

slowly and would have remained a marginal player for the foreseeable future”.

12 CUNNINGHAM, C.; EDERER, F.; MA, S. Killer acquisitions. *Journal of Political Economy*, 2021, núm. 129.3: pp.649-702: “Firms may acquire innovative targets to discontinue the development of the targets’ innovation projects in order to preempt future competition. We call such acquisitions “killer acquisitions.” Traducción al castellano a cura del autor.

Evidentemente, cuando se menciona el “Killer Acquisition Theory of Harm”, no sólo engloba a aquellos incumbents que disminuyen la competencia adquiriendo y eliminando un producto o servicio terminado, sino también y, es un fenómeno más común, a aquellos que adquieren un producto/servicio para controlar su desarrollo (sin matarlo) y así evitar la futura rivalidad. Cuando Facebook, Inc adquirió Instagram, Inc en 2012, se pensó que dicha adquisición por casi mil millones de dólares se trataría de una estrategia del gigante del “social network” para controlar el desarrollo y la competencia de la start up que había innovado de forma radical el photosharing gracias a sus numerosos filtros y efectos artísticos. A más de 8 años de distancia de la adquisición, podemos confirmar que no existe una disminución considerable de la competencia entre ambas plataformas digitales que actualmente son dirigidas a mercados diferentes segmentados por estratos generacionales. Sin embargo, podemos constatar que la adquisición de Instagram permitió a Facebook mejorar la gestión de fotos de sus usuarios y su experiencia de photosharing gracias a la eliminación del obstáculo legal y económico que representan las patentes. El pasado 28 de octubre, Facebook, Instagram junto con Whatsapp, Oculus VR entraron en una nueva fase: serán parte del “Metavers” de Zuckerberg, el cual se propone como una realidad virtual alterna en la que será posible desarrollar la propia vida personal y laboral en un sólo ambiente a través de un “avatar” personalísimo. Esta iniciativa del todo innovadora es considerada por los expertos como el primer intento de “colonización” de la realidad virtual; realidad que aún escapa a la regulación antimonopólica.

En este punto, es de suma importancia realizar una neta diferenciación entre una “Killer Acquisition” y una “Nascent Acquisition”. La primera representa per sé una teoría de daño y está dirigida a controlar el destino de un producto o servicio que ya está terminado y que ha sido lanzado al mercado. Naturalmente, el “Killer acquisition theory of harm” no limita la existencia contemporánea de otras teorías de daño como: las teorías verticales del daño las teorías de conglomerado de daño etc. En cambio, las “Nascent Acquisitions” constituyen toda una categoría de adquisiciones de empresas jóvenes con productos o servicios cuya importancia competitiva sigue siendo muy incierta. Por ejemplo, el objetivo de la joven empresa puede no haber llegado aún al mercado, o puede que lo hayan hecho recientemente, pero aún no han madurado. En cualquier caso, un análisis estático del mercado puede ofrecer un indicador poco fiable del futuro. Existe un alto nivel de incertidumbre si dicha fusión o adquisición dañará el mercado.

III. CASO ILLUMNINA/PACIFIC BIOSCIENCES

I. Antecedentes

Illumina es una empresa estadounidense constituida el 1º de abril de 1998 que desarrolla, fabrica y comercializa sistemas integrados para el análisis de la

variación genética y función biológica. La compañía proporciona una línea de productos y servicios que sirve a los mercados de secuenciación, genotipado y expresión génica. Su sede se encuentra en San Diego, California. La clientela target incluye: centros de investigación genómica, empresas farmacéuticas, instituciones académicas, organizaciones de investigación clínica y empresas de biotecnología.

Illumina define su objetivo en su página oficial: “As a startup, Illumina aspired to transform human health. Our initial products enabled researchers to explore DNA at an entirely new scale, helping them create the first map of gene variations associated with health, disease, and drug response. Every breakthrough opened up a new world, and showed us how much further there is to go”¹³.

En 2014, la compañía anunció un producto multimillonario, el “HiSeq X Ten” preveía la obtención de secuenciación de genoma completo a gran escala por sólo \$1,000 por genoma (Muy por debajo del millón de dólares que se requería en 2007). La empresa afirmó que 40 máquinas “HiSeq X Ten” serían capaces de secuenciar más genomas en un año que los producidos por todos los demás secuenciadores hasta ese momento. En enero de 2014, Illumina ya poseía el 70% del mercado de máquinas de secuenciación del genoma que representaban más del 90% de todos los datos de ADN producidos. De hecho, la cantidad de datos producidos por las “HiSeq X Ten” era tal que Illumina tuvo que invertir en la adquisición de la empresa “Precomercial Enancio” en 2020 la cual desarrolló un algoritmo de compresión de datos de ADN específicamente dirigido a las máquinas de Illumina, capaces de reducir la huella de almacenamiento en un 80%.

PacBio En cambio, es una empresa estadounidense de biotecnología fundada en 2004 que desarrolla y fabrica sistemas para la secuenciación de genes y otras nuevas observaciones biológicas en tiempo real.

En su página institucional describen su producto estrella de la siguiente manera: “In an effort to push the boundaries of molecular biology, our founders invented a new way to study the synthesis and regulation of DNA, RNA, and proteins. Harnessing advances in biochemistry, optics, nanofabrication, and more, we developed Single Molecule, Real-Time (SMRT) Sequencing technology. This powerful technology transforms the understanding of biological systems by enabling real-time analysis of biomolecules with single-molecule resolution.

PacBio sequencing offers the most comprehensive view of genomes, transcriptomes, and epigenomes, including the full spectrum of genetic variation, by providing the longest average read lengths, highest consensus accuracy, and

13 Illumina Official Web Page. (2021). About us. Recuperada 11/13, 2021, de <https://emea.illumina.com/company/about-us.html>

most uniform coverage of any sequencing technology on the market today. Ideal for de novo genome assembly and genetic variation characterization of humans, animals, plants, and microbes, this system features high-performance optics, automated liquid handling, and an intuitive, intelligent operating system”¹⁴.

El 1° de noviembre de 2018, Illumina concordó comprar PacBio por US\$1.200 millones en efectivo (US\$8.00 por acción). Se esperaba que dicho acuerdo se cerrara en el cuarto trimestre de 2019. Sin embargo, En diciembre de 2019, la US FTC bloqueó la adquisición haciendo uso de sus facultades. Los esfuerzos de fusión fueron abandonados definitivamente el 2 de enero de 2020. Illumina pagó a PacBio una indemnización previamente pactada de US \$98 millones por rescisión de contrato.

2. Administrative Complaint de la US Federal Trade Commission

La US FTC autorizó la acción para bloquear la propuesta de adquisición de PacBio por parte de Illumina por \$1.2 mil millones. La Comisión alegaba que Illumina estaba tratando de mantener ilegalmente su monopolio en el mercado de EE.UU. para los sistemas de secuenciación de ADN de próxima generación¹⁵ extinguiendo PacBio como una amenaza competitiva¹⁶.

La Administrative Complaint¹⁷ también alegaba que la adquisición propuesta era ilegal, pues reduciría sustancialmente la competencia en el mercado de NGS de EE.UU. al eliminar la competencia actual e impedir la futura competencia entre Illumina y PacBio. La US FTC también autorizó a su personal a solicitar a un juez federal una orden de alejamiento temporal de los consejos de administración de ambas empresas con el fin de mantener el status quo a la espera del procedimiento administrativo.

Según la Complaint, la NGS es una tecnología de rápida expansión utilizada en la investigación genética y pruebas clínicas. Illumina es el proveedor líder mundial de estos productos. Sus sistemas emplean tecnología de secuenciación de lectura corta, que ha sido la tecnología NGS predominante en los Estados Unidos durante la última década. PacBio en cambio, es una de las otras tres empresas que fabrica y vende sistemas NGS en el mercado de EE.UU. Las plataformas de PacBio emplean

14 Pacific Biosciences of California, Inc. (2021). About US. Recuperado 11/13, 2021, de <https://www.pacb.com/company/about-us/>

15 En adelante. NGS por sus siglas en inglés.

16 Según la US FTC, la adquisición, si consumada, violaría: La sección 2 del Sherman Act, 15 U.S.C. § 2, la Sección 7 del Clayton Act, 15 U.S.C. § 18, la Sección 5 del FTC Act, 15 U.S.C. § 45, y que, al considerar la Comisión que un procedimiento al respecto sería de interés público, presenta su denuncia de conformidad con la Sección 5(b) of the FTC Act, 15 U.S.C. § 45(b), la Sección 11(b) del Clayton Act, 15 U.S.C. § 21(b),

17 La Comisión emite una “Administrative Complaint” En adelante, Complaint, cuando tiene razones para creer que la ley ha sido o está siendo violada, y la Comisión considera que un procedimiento es de interés público. La presentación de la denuncia administrativa marca el comienzo de un proceso en el que las denuncias serán juzgadas en audiencia formal ante un juez de derecho administrativo.

tecnología de secuenciación de lectura larga, una herramienta importante en la que PacBio fue pionera y que ha mejorado significativamente con el tiempo.

“Cuando un monopolista compra a un rival potencial, puede dañar la competencia”, dijo Gail Levine, directora adjunta de la US FTC. “Estos acuerdos ayudan a los monopolistas a mantener el poder. Por eso estamos desafiando esta adquisición.¹⁸”

La Complaint afirma que PacBio ha realizado importantes avances tecnológicos en los últimos años que han aumentado la precisión y el rendimiento general de sus sistemas, al tiempo que han reducido el coste. Como resultado, PacBio es una alternativa más innovadora que la de Illumina. Los clientes ya han empezado a cambiar algunos volúmenes de secuenciación de Illumina a PacBio para ciertos casos de uso y aplicaciones y PacBio se está preparando para tomar volúmenes más amplios de secuenciación.

La Complaint también declaraba que la adquisición perjudicaría a la competencia al reducir el incentivo de la empresa combinada para innovar y desarrollar nuevos productos: La competencia entre Illumina y PacBio impulsa la innovación mutua, y la adquisición eliminaría ese incentivo. La votación de los miembros de la US FTC para emitir la Complaint, y autorizar al personal a solicitar una orden de restricción temporal fue de 5-0. El inicio del juicio administrativo estaba previsto para empezar el 20 de agosto de 2020. Sin embargo, el 2 de enero de 2020 Illumina y PacBio anunciaron el desistimiento a la fusión alegando la excesiva inversión de tiempo y recursos en el largo proceso de aprobación y a la continua oposición de la US FTC: “Considering the lengthy regulatory approval process the transaction has already been subject to and continued uncertainty of the ultimate outcome, the parties decided that terminating the agreement is in the best interest of their respective shareholders and employees. In accordance with the merger agreement, Illumina will pay Pacific Biosciences a termination fee of \$98 million.¹⁹”

IV. CASO PAYPAL HOLDINGS, INC /IZETTLE AB

I. Antecedentes

PayPal es una empresa estadounidense de comercio electrónico creada en marzo de 2000 que se especializa en transferencias de dinero por Internet. Fue

18 Federal Trade Commission. (2019). FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperado el 5/10, 2021, from <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illumina-proposed-acquisition-pacbio> “When a monopolist buys a potential rival, it can harm competition,” said FTC Bureau of Competition Deputy Director Gail Levine. “These deals help monopolists maintain power. That’s why we’re challenging this acquisition.” Traducción al castellano a cura del autor.

19 PacBio Web Page. (2020). Illumina and pacific biosciences announce termination of merger agreement. Recuperada 11/15, 2021, from https://www.pacb.com/press_releases/illumina-and-pacific-biosciences-announce-termination-of-merger-agreement/

el producto de una fusión entre "X.com, Inc" y "Confinity, Inc", y permitió a sus usuarios realizar pagos o transferir dinero entre cuentas en una transacción segura en línea.

Después de que PayPal se convirtió en la principal opción de los compradores de subastas de Internet, el gigante del mercado online, eBay, adquirió PayPal por \$ 1.5 mil millones en octubre de 2002. La mejora que Paypal ofrecía a los usuarios en aquella época y que revolucionó el mercado de las transacciones en la red, fue la posibilidad de vincular la cuenta de internet con sus propias cuentas bancarias, haciendo transferencias y pagos más eficientes y ágiles que los giros postales o cheques. eBay cobraba costos extras por ciertas transacciones y eran determinados basándose en cantidad y la naturaleza de la transacción o bien en el tipo de moneda empleado. En 2015 PayPal se convirtió en una entidad independiente, pero continuó siendo utilizada mayormente por eBay.

Una sofisticada serie de avances de seguridad ayudó a PayPal a seguir siendo una empresa respetada en términos de prevención del robo de identidad. La compañía implementó medidas anti-phishing y anti-hacking efectivos, y desarrolló un dispositivo clave portátil que requería activación manual antes de procesar cualquier transferencia desde una cuenta PayPal. Además, permitía a los usuarios impugnar y solicitar reembolso en las transacciones que eran declaradas fraudulentas. Finalmente, ofrecía un tipo de protección limitada para los vendedores e incluía un sistema que desactivaba las cuentas cuando se observaba actividad sospechosa o excesiva.

Zettle by PayPal²⁰ En cambio, es una compañía sueca de tecnología financiera fundada por Jacob de Geer y Magnus Nilsson en abril de 2010. Lanzó su primera aplicación en 2011. La compañía ofrece una gama de productos financieros que incluyen pagos on line, puntos de venta, financiación y solicitudes de socios. iZettle fue la primera en desarrollar un lector de tarjetas chip y una aplicación para el comercio móvil basado en teléfonos inteligentes que cumple con los estándares internacionales de seguridad.

El producto estrella de iZettle es el llamado POS Zettle POS que consiste en un lector de tarjetas y una aplicación punto de venta que ha sido considerada intuitiva y estable por los usuarios. Alguno de los beneficios de este POS son los siguientes: a) Compra segura para todos los métodos de pago b) Informes inmediatos sobre los productos y las ventas c) Sin costos vinculantes o comisiones.

La adquisición de iZettle por parte de PayPal se concluyó en el tercer trimestre de 2018 con un valor de \$ 2,2 mil millones de dólares.

20 Anteriormente conocida como iZettle

2. Final Report Completed acquisition by PayPal Holdings, Inc. of iZettle AB

El 12 de junio de 2019 la UK CMA publicó su “Final Report acquisition by PayPal Holdings, Inc. of iZettle AB” en el cual afirma que: “As a result of our assessment, we have concluded that the Merger has not resulted, and is not expected to result, in a substantial lessening of competition in the UK”²¹.

Hemos tomado dos conclusiones del Final Report de la UK CMA que son interesantes para nuestras reflexiones:

“Our evaluation of this Merger takes into account that the payment services industry is a fast-moving and dynamic market. Such markets are distinguished by rapid growth in a relatively short period of time and notable technological and commercial developments that often result in disruption to the current state of competition and how consumers interact in the marketplace. In this context, we do not consider it sufficient to assess the impact of the Merger with reference solely to the current state of competition; we instead need to consider the likely impact on competition as it is expected to develop in relation to the markets it will affect. For this reason, we have taken account of a range of forward-looking evidence and, in particular, evidence that allows us to form expectations about future competition, both with and without the effects of the Merger. This has required us to investigate thoroughly evidence available from internal documents, of the Parties and third parties, that are relevant to possible future developments”²².

Con esta primera conclusión, la UK CMA afirma lo que se ha discutido por más de 20 años en lo concerniente a la regulación de la economía digital: Es una economía dinámica y cuya legislación debe ser continuamente actualizada. Hoy en día, y, como no podía ser de otra manera en un sector cuyo modelo de negocio es innovador, dinámico y en cierto modo “disruptivo”, existen una serie de atributos añadidos que afectan fuertemente al mercado y que han reconfigurado el panorama digital: el hecho de que las start-ups operen en más de una plataforma (multi sided markets); el uso de la popularidad y éxito de las redes sociales para promoverse; la recopilación, organización y tránsito de Big Data en el centro de su modelo de negocio y, finalmente, una fuerte migración del modelo empresarial de un web-based economy a un app-based economy²³.

La segunda conclusión a la que llegó la UK CMA y que es de sumo interés para nuestras reflexiones es la siguiente:

21 Competition and Markets Authority. (2019). Completed acquisition by PayPal holdings, inc. of iZettle AB Final Report) p.126

22 Ibid pp. 6-7.

23 Actualmente, Internet no solo es utilizado por una PC, sino a través de aplicaciones de dispositivos móviles como: tabletas, teléfonos inteligentes, etc.

“We also considered whether the acquisition might have been motivated by an intention to prevent future competition from an emerging rival. We examined whether the consideration paid by PayPal for iZettle (which was much higher than the expected IPO valuation) suggested that it had taken account of a potential reduction in competition. However, after careful review we have found no evidence to suggest that this was the case. We also found that the consideration appeared justified by commercial valuation and calculations of synergies including increased sales volumes and cost savings²⁴”.

Para llegar a la conclusión que la adquisición de iZettle por parte de PayPay no dañaría sustancialmente la competencia y la innovación en el mercado del Reino Unido se utilizó el método del “Contrafactual Situation”. En nuestro caso: ¿Qué pasaría si no se llevara a cabo dicha fusión? y a partir de esta hipótesis proyectar el desarrollo de ambas empresas buscando si en un futuro existiría un menoscabo a la competencia y a la innovación.

La UK CMA se basó no sólo en sus instrumentos de medición antitrust, sino también en los alegatos que ambas empresas aportaron.

La justificación de PayPay fue que la fusión trataría de reunir empresas en gran medida complementarias para crear una oferta omnicanal más fuerte para los comerciantes más pequeños ya que los consumidores finales exigían cada vez más la capacidad de comprar y vender a través de esos canales. Por este motivo, se encontró con la necesidad de ponerse al día con los proveedores que ya ofrecieran un servicio omnicanal que cumpliera con los estándares internacionales de seguridad. iZettle, a su vez, afirmó que estaría lejos de ser capaz de competir fuertemente en el mercado omnicanal si la fusión no se hubiera suscitado.

Por otra parte, la UK CMA consideró que, en ausencia de la fusión, iZettle se habría expandido en la prestación de servicios de pago en línea, pero: “Sólo habría podido desarrollar su oferta lentamente y habría seguido siendo un actor marginal en el futuro previsible²⁵”. En sus alegatos, iZettle declaró que se centraba más en las capacidades de gestión empresarial que en los pagos en línea, y que, de no haberse producido la fusión, no habría estado en condiciones de expandirse rápidamente en este segmento.

24 Competition and Markets Authority. (2019). Completed acquisition by PayPal holdings,inc. of iZettle AB No. Final Report) p. 6.

25 CMA, Press Release: CMA clears PayPal / iZettle deal. Recuperado 14/11/ 2021, <https://www.gov.uk/government/news/cma-clears-paypal-izettle-deal> “iZettle would only have been able to develop its offering slowly and would have remained a marginal player for the foreseeable future”.

V. CONCLUSIONES

Analizando de manera detenida la complaint de la US FTC, podemos afirmar que el ente regulador contaba con bases suficientes para limitar la libertad de contratación de Illumina y PacBio en pro de la innovación. La justificación de dicha limitación, la encontramos en la misma complaint. Nos permitimos traducir al castellano los puntos fundamentales que nos ayudan a fundamentar la respuesta a nuestra posición:

27. "Los sistemas de lectura larga de PacBio tienen características y usos similares a los de Illumina. A medida que PacBio siga mejorando el coste, la precisión y el rendimiento de sus sistemas de lectura larga, sus características y usos se volverán aún más similares a los de los sistemas de lectura corta de Illumina"²⁶.

28. "En algunos casos, los clientes han cambiado el volumen de secuenciación de Illumina a PacBio como resultado de mejoras en el costo, precisión y rendimiento de los sistemas de PacBio. PacBio espera seguir mejorando el costo, la precisión y rendimiento en el futuro, y los clientes esperan cambiar el volumen adicional de Illumina a PacBio como resultado de esas mejoras"²⁷.

37. "Evidencia directa sustancial demuestra el poder de monopolio duradero de Illumina. Para muchos proyectos y casos de uso, los clientes tienen pocas o ninguna alternativa comercialmente razonable a Illumina"²⁸.

38. "Los clientes reconocen que tienen pocas alternativas comercialmente razonables y carecen de negociación para obtener precios más bajos o mejores contratos de Illumina. Cuando Illumina ha implementado aumentos de precios, esos aumentos han sido ventajosos y no han impulsado las ventas hacia otros sistemas de secuenciación de ADN"²⁹.

26 Federal Trade Commission. (2019). Administrative Complaint on the matter of Illumina, incorporated a corporation, and pacific biosciences of california, incorporated (PacBio) P. 5 PacBio's long-read systems have characteristics and uses similar to those of Illumina's short-read systems for certain projects and use cases. As PacBio continues to improve the cost, accuracy, and throughput of its long-read systems, their characteristics and uses will become even more similar to those of Illumina's short-read systems. Traducción al castellano a cura del autor.

27 Ibid. p. 6: In some instances, customers have switched sequencing volume from Illumina to PacBio as a result of past improvements in the cost, accuracy, and throughput of PacBio's systems. PacBio expects to continue improving its system's cost, accuracy, and throughput in the future, and customers expect to switch additional volume from Illumina to PacBio as a result of those improvements. Traducción al castellano a cura del autor.

28 Ibid p. 6: Substantial direct evidence demonstrates Illumina's durable monopoly power. For many projects and use cases, customers have few, if any, commercially reasonable alternatives to Illumina.

29 Ibid p. 6: Customers recognize that they have few commercially reasonable alternatives and lack bargaining leverage to obtain lower prices or better contract terms from Illumina. When Illumina has implemented price increases, those increases have been profitable and have not driven sales toward other DNA sequencing systems. Traducción al castellano a cura del autor.

61. “Los documentos internos de los encuestados demuestran la intensificación de la competencia cara a cara y el reconocimiento mutuo de la amenaza que un PacBio independiente representaba para Illumina. Como el CEO de PacBio dijo a los inversores en agosto de 2018: “Queda demostrado que un análisis PacBio de alta calidad del genoma humano se puede realizar a un costo competitivo. Esto es un éxito que anticipa ver mayores usuarios de muestras de secuenciación de población pasar a PacBio”³⁰.

73. “La fusión reduce los incentivos de la empresa combinada para innovar y desarrollar nuevos productos en relación con los incentivos que PacBio e Illumina enfrentan como competidores independientes. Después de la adquisición, Illumina habría reducido los incentivos para desarrollar nuevos sistemas de lectura larga que podrían canibalizar su negocio de lectura corta existente, e Illumina tendría poco o ningún incentivo para continuar sus esfuerzos para lanzar nuevos productos de lectura larga después de la adquisición de PacBio. Como resultado, los consumidores tendrían menos productos innovadores para elegir, y perderían los beneficios de precio y calidad que la competencia entre los nuevos productos de Illumina y PacBio habría creado sin la fusión”³¹.

81. “La adquisición, si se consuma, eliminaría la amenaza competitiva naciente que un PacBio de propiedad independiente plantea al poder monopolístico de Illumina. La Adquisición es una conducta anticompetitiva porque elimina la competencia entre Illumina y PacBio. La Adquisición es una conducta anticompetitiva razonablemente capaz de contribuir significativamente al mantenimiento del poder monopolístico de Illumina”³².

Siguiendo con las conclusiones propuestas al inicio de estas páginas, cuanto respecta al caso PayPal e iZettle, hemos confirmado que la UK CMA de Reino Unido tuvo que condicionar la fusión de las entidades PayPal e iZettle a mediciones

30 Ibid. p. 9: Respondents’ internal documents demonstrate intensifying head-to-head competition and a mutual recognition of the threat that an independent PacBio posed to Illumina going forward. As PacBio’s CEO told investors in August 2018, PacBio was getting close to “demonstrat[ing] that a high-quality PacBio analysis of the human genome can be performed at a comparable cost [to short-read technologies],” a “milestone” where it “anticipate[s] seeing larger cohorts of population sequencing samples shift over [from short read] to PacBio.”

31 Ibid. P.11: The merger reduces the combined firm’s incentives to innovate and develop new products relative to the incentives PacBio and Illumina faced as independent competitors. Post-acquisition, Illumina will have reduced incentives to develop new long-read systems that would cannibalize its existing short-read business, and Illumina will have little or no incentive to continue its efforts to launch new long-read products after acquiring PacBio’s long-read business. As a result, consumers will have fewer innovative products to choose from, and they will lose the price and quality benefits that competition between Illumina’s and PacBio’s new products would have created absent the merger. Traducción al castellano a cura del autor.

32 Ibid. P.12: The Acquisition, if consummated, would eliminate the nascent competitive threat that an independently owned PacBio poses to Illumina’s monopoly power. The Acquisition is anticompetitive conduct because it eliminates competition between Illumina and PacBio. The Acquisition is anticompetitive conduct reasonably capable of contributing significantly to Illumina’s maintenance of monopoly power. Traducción al castellano a cura del autor.

de competencia que podría o no verificarse en el futuro y a la existencia de competidores, pues como lo hemos afirmado anteriormente, los mercados digitales son talmente activos, innovadores y, sobre todo cambiantes y por ende, es casi imposible realizar una proyección completamente acertada sobre el comportamiento del mercado y de las empresas que ahí transitan.

Con el fin de fundamentar la tesis sobre el constante cambio que sufre el ecosistema digital, nos permitimos citar las características fundamentales de los mercados digitales contenidas en el Final Report de la Comisión Europea titulado: "Competition Policy For he Digital Era" de 2019:

"Extreme returns to scale. The cost of production of digital services is much less than proportional to the number of customers served. While this aspect is not novel as such (bigger factories or retailers are often more efficient than smaller ones), the digital world pushes it to the extreme and this can result in a significant competitive advantage for incumbents.

Network externalities. The convenience of using a technology or a service increases with the number of users that adopt it. Consequently, it is not enough for a new entrant to offer better quality and/or a lower price than the incumbent does; it also has to convince users of the incumbent to coordinate their migration to its own services. Network effects could thus prevent a superior platform from displacing an established incumbent. The size of this "incumbency advantage" depends on a number of factors, including the possibility of multi-homing, data portability, and data interoperability.

The role of data. The evolution of technology has made it possible for companies to collect, store, and use large amounts of data. Data is not only one of the key ingredients of Artificial Intelligence but also a crucial input to many online services, production processes, and logistics. Therefore, the ability to use data to develop new, innovative services and products is a competitive parameter whose relevance will continue to increase³³."

Para una ulterior fundamentación de nuestra tesis, hemos citado también a los expertos³⁴ en materia que han declinado las características del ecosistema digital contenidas en la "Competition Policy For he Digital Era" en siete:

A) Empresas de plataformas multilaterales: si bien este no es necesariamente el caso para todas, muchos de estos mercados de alta tecnología a menudo se

33 European Commission. (2020). Competition policy for the digital era Final Report PP. 2-3

34 DIEZ ESTRELLA F. "La aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital" (Casos Google, Facebook, Apple/Shazaam, y el Informe de la Comisión Europea de Abril 2019)." Anuario de derecho de la competencia 2019. Thomson Reuters-Civitas, 2019 pp. 5-6.

estructuran en torno a plataformas que conectan dos o más mercados distintos. Se diferencian en esto de la configuración clásica en la que un mercado cambia únicamente a través de precios y transacciones entre licitadores y solicitantes de un bien o servicio. En este sentido, la "Competition Policy for the Digital Era" dedica todo el capítulo 4, subrayando la importancia de promover la competencia por el mercado evitando estrategias Empresas dominantes que impiden la entrada de nuevas plataformas, tanto de competencia en el mercado, es decir, dentro de la propia plataforma.

B) Configuración especial de barreras de entrada: a diferencia de cualquier otro mercado o sector, el ecosistema digital es un entorno empresarial fluido y cambiante, en el que la inversión es mínima y cualquiera puede entrar y amenazar la posición dominante de la firma líder. Es cierto que la existencia de una empresa consolidada dificulta la aparición de nuevos competidores, pero esto es inherente a cualquier mercado, y ciertamente no constituye una barrera de entrada en el sentido que le da la ley de competencia.

C) Costos marginales cercanos a cero: los bienes y servicios ofrecidos en el entorno digital y en la economía basada en aplicaciones tienen un costo marginal cercano a cero. Es cierto que las inversiones iniciales son considerables, pero una vez desarrollado el producto o aplicación en cuestión, el costo de "fabricar" una unidad adicional es insignificante. Es por eso que la "Competition Policy for the Digital Era" (Capítulo 3) habla de retornos "extremos" y cómo el costo de producir servicios y productos digitales es mucho menos proporcional al número de clientes atendidos.

D) Oferta de servicios gratuitos. en el caso seguido por la Comisión contra Google Inc se percibe claramente, ya que se aplica un precio asimétrico por el uso del buscador, haciéndolo gratuito para los usuarios y cobrando sumas elevadas a las empresas que anuncian en su sitio web. Lo mismo ocurre con una infinidad de productos y servicios propios de mercados altamente sofisticados y que operan con TIC: redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter); mensajería instantánea (Whatsapp, Line, Messenger); correo electrónico (Gmail, Yahoo, Hotmail); voz sobre IP (Skype, Viber); etc.

E) Multihoming: dado que los costos de cambio son mínimos en el ecosistema digital, el usuario insatisfecho con un producto o servicio puede arriesgarse a probar más opciones en el mercado sin que esto signifique una disminución significativa de su poder adquisitivo. A diferencia, por ejemplo, de lo que sucedió con Microsoft durante los años 80 y 90: una vez adquirido e instalado Windows en la PC, el costo de cambiar el sistema operativo era alto (no tanto por el precio, sino por las molestias de desinstalarlo, instalar el nuevo, agregar aplicaciones, el riesgo de perder información relevante, etc.). Hoy en día, los estudios de mercado

muestran que los usuarios a veces trabajan con múltiples buscadores (Google, Bing, Safari, FireFox etc.) abiertos al mismo tiempo, de la misma forma que muchos otros suelen administrar múltiples cuentas de correo electrónico (Gmail, Yahoo, Hotmail, Outlook, etc.) o tener un perfil en diferentes redes sociales (Facebook, LinkedIn, Instagram, etc.).

F) Presencia de efectos de red: Esta característica se deriva de la estructura multiplataforma mencionada anteriormente: con un mayor número de usuarios, una plataforma atrae a un mayor número de empresas tecnológicas especializadas, haciéndola más innovadora y provocando la llegada de nuevos usuarios. Este efecto cíclico no dura para siempre; la misma naturaleza evolutiva y dinámica de los mercados y las demás características del entorno digital hacen que la empresa o plataforma que domina el mercado sea reemplazada por otra.

G) El papel de Big Data: por último, y no menos importante, el papel de los datos en la nueva economía digital. Hoy podemos decir que "digital" es equivalente a impulsado por datos, por lo que la importancia competitiva atribuida a este factor será decisiva para la aplicación de las leyes antimonopolio en estos mercados. El impacto de los datos en el poder de mercado de una empresa digital ya ha sido estudiado por la doctrina. Esto tampoco es nada nuevo en la práctica de toma de decisiones de la Comisión Europea, que durante más de una década ha prestado mucha atención al Big Data en el proceso competitivo.

BIBLIOGRAFÍA

BECKERT, J., & DEWEY, M. The architecture of illegal markets: Towards an economic sociology of illegality in the economy Oxford University Press. 2017.

BOUDIN, M. Book review: Forensic economics. Heinonline, 1983.

Competition and Markets Authority. PayPal holdings, inc / iZettle AB merger inquiry. Recuperada 5/10, 2020, de <https://www.gov.uk/cma-cases/paypal-holdings-inc-izettle-ab-merger-inquiry#history> 2018.

Competition and Markets Authority. Completed acquisition by PayPal holdings, inc. of iZettle AB Final Report. 2019.

CUCINOTTA, A., PARDOLESI, R., & VAN DEN BERGH, R. Post-chicago developments in antitrust law Edward Elgar Publishing. 2002

CUNNINGHAM, C., EDERER, F., & MA, S. Killer acquisitions. Journal of Political Economy, 2021.

Diez Estrella F. La Aplicación de Derecho de Competencia en la Era Digital (casos google, facebook, Apple/Shazaam, y el informe de la Comisión Europea de abril 2019). Anuario De Derecho De La Competencia. 2019

European Commission. Competition Policy for the Digital Era Final Report. 2020

Federal Trade Commission. Administrative Complaint on the matter of Illumina, incorporated a corporation, and pacific biosciences of California, incorporated (PacBio). 2019

Federal Trade Commission. (FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperada el 5/10, 2021, de <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illumina-proposed-acquisition-pacbio> 2019.

Furman, J., & Orszag, P. x. A firm-level perspective on the role of rents in the rise in inequality. presentation at "A just society" centennial event in honor of joseph stiglitz columbia university. 2015.

Illumina Official Web Page. About us. Recuperada: 11/13, 2021, de <https://emea.illumina.com/company/about-us.html> 2021

Pac.Bio, I. Illumina and pacific biosciences announce termination of merger agreement. Recuperada: 5/10, 2021, de https://www.pacb.com/press_releases/

illumina-and-pacific-biosciences-announce-termination-of-merger-agreement/2020.

PacBio Web Page. Illumina and pacific biosciences announce termination of merger agreement. Recuperada: 11/15, 2021, de https://www.pacb.com/press_releases/illumina-and-pacific-biosciences-announce-termination-of-merger-agreement/ 2020.

Pacific Biosciences of California, Inc. About US. Recuperada: 11/13, 2021, de <https://www.pacb.com/company/about-us/> 2021.

Temple, J. Illumina's CEO on the promise of the \$1,000 genome -- and the work that remains. Recuperada: 4/10, 2021, de <https://www.vox.com/2014/3/25/11624902/illuminas-ceo-on-the-promise-of-the-1000-genome-and-the-work-that> 2014.

US Federal Trade Commission. FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperada: 11/13, 2021, de <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illuminas-proposed-acquisition-pacbio> 2019

La Legislación Mexicana in Materia di Protezione dei Dati Personali Soddisfa il Criterio d'Adeguatezza Europeo?

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de agosto de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 1 de febrero de 2023

RESUMEN: EL presente trabajo analiza el criterio de adecuación como vía para la transferencia internacional de datos entre la Unión Europea y un tercer país. Este criterio, mencionado en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y posteriormente recogido por el Reglamento General de Protección de Datos, fue invocado e interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14 que provocó el colapso del llamado “escudo de privacidad” entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América. Posteriormente, se examinarán los fundamentos jurídicos y políticos que influyeron en la Decisión de Adecuación 2003/490/CE de Argentina de 3 de junio de 2003 y, finalmente, a partir de un estudio jurídico comparado, se evaluará si el ordenamiento jurídico mexicano satisfaría los requisitos de adecuación europeos en caso de que el Gobierno de México decida iniciar el trámite para convertirse en país receptor de datos europeos con el fin de fortalecer las relaciones económicas con la UE. La justificación de este estudio radica en la posibilidad de que el Gobierno mexicano inicie, en poco tiempo, un proceso de adecuación para poder acceder al flujo de datos provenientes de la UE como parte de la estrategia para la ratificación del nuevo Tratado de Libre Comercio. Tratado entre México y la UE. Este nuevo Tratado definiría posiciones comunes en temas como: cambio climático, desarrollo sostenible, transparencia y anticorrupción. Naturalmente, el nuevo TLCMEU prevé la introducción del comercio en línea con reglas que permitan tanto a las empresas como a los consumidores operar con un estándar sustancialmente equivalente al nivel de protección europea en el país latinoamericano.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos personales, RGPD, principio de adecuación, legislación argentina, legislación mexicana.

CITACIÓN SUGERIDA: OROZCO MARTÍNEZ, E. La Legislazione messicana in materia di protezione dei dati personali soddisfa il criterio d'adeguatezza europeo? en Somma. A Comparative Law Review Sustainability and Innovation: Perspectives of Comparative law [online] Disponible en: <http://www.comparativelawreview.unipg.it/index.php/comparative/article/view/265/207>
[Consultado: 27/06/2023]

COMPARATIVE LAW REVIEW

Letter of Acceptance

Dear Mr. Eduardo Roberto Orozco Martinez

Comparative Law Review is pleased to accept your manuscript:

La legislazione messicana in materia di protezione di dati personali soddisfa il criterio d'adeguatezza europeo?

Your manuscript has now been assigned to the volume 14, Issue 1 (2023) of the journal, that will be published in May 2023.

It has been sent to our website team and it will be prepared for publication. You may check the Tables of Contents of this Journal at <http://www.comparativelawreview.unipg.it/> to find your manuscript in the upcoming issue.

Thank you very much for submitting your article to the Comparative Law Review.

We look forward to receiving your next manuscripts.

Sincerely,

Giovanni Marini 

On Behalf of the Editorial Board

Comparative Law Review

Italian Association of Comparative Law
University of Perugia – Department of Law



Comparative Law Review

*Sustainability and Innovation:
Perspectives of Comparative law*

*Sostenibilità e innovazione:
prospettive di diritto comparato*

ISSN:2038 - 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma
Massimiliano Granieri

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta
Tommaso Amico di Meane

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Mauro Grondona

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE
LAW
REVIEW

VOL. 13/2

Sustainability and Innovation: Perspectives of Comparative law

*Conference organized by the young comparatists of the Italian Association of Comparative Law –
May 13, 2022 - Salerno*

Sostenibilità e innovazione: prospettive di diritto comparato

*Incontro di studi a cura dei giovani comparatisti dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato –
13 maggio 2022 - Salerno*

6

SIRIO ZOLEA

Sostenibilità e innovazione: due termini polisemici sospesi tra narrative sociali e narrazioni del potere

13

CLARISSA GIANNACCARI

Mercato e sostenibilità: superare il concetto di responsabilità sociale d'impresa

37

DAVIDE CLEMENTI

Environmental protection through the green principle in the Civil Code of the People's Republic of China

57

ROSA IANNACCONE

La salvaguardia della natura nelle nuove costituzioni andine: declinazioni, tutele e partecipazione popolare

76

CLAUDIA MASCIOPINTO

Smart Contracts: eccessivamente “smart” per essere “contract” o ancora troppo “contract” per essere “smart”? Una prospettiva comparatistica tra Italia e USA

COMPARATIVE
LAW
REVIEW

VOL. 14/1

Sustainability and Innovation: Perspectives of Comparative law

*Conference organized by the young comparatists of the Italian Association of Comparative Law –
May 13, 2022 - Salerno*

Sostenibilità e innovazione: prospettive di diritto comparato

*Incontro di studi a cura dei giovani comparatisti dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato –
13 maggio 2022 - Salerno*

92

MARYNA VAHABAVA

La *blockchain* e lo *smart contract* nei diritti nazionali e sovranazionali:
una prospettiva di diritto comparato.

121

EDUARDO OROZCO MARTINEZ

La Legislazione messicana in materia di protezione dei dati personali
soddisfa il criterio d'adeguatezza europeo?

139

TONIA BORTOLU

Accessibilità dei siti web per le persone con disabilità. Analisi comparata
delle discipline statunitense ed italiana.

162

SARA POLA

Smart Contracts: eccessivamente “smart” per essere “contract” o ancora
troppo “contract” per essere “smart”?
Una prospettiva comparatistica tra Italia e USA.

183

CAMILLA SCARPELLINO

Responsabilità nell'e-health

LA LEGISLAZIONE MESSICANA IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI SODDISFA IL CRITERIO D'ADEGUATEZZA EUROPEO?

Eduardo Orozco Martínez

SOMMARIO:

I. INTRODUZIONE – II. IL MODELLO EUROPEO DI ADEGUATEZZA – III. LA DECISIONE 2003/490/CE SULL'ADEGUATEZZA DELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI IN ARGENTINA – III(A). LO STATO DI DIRITTO NELLA LEGISLAZIONE ARGENTINA – III(B). L'AUTORITÀ DI CONTROLLO DELL'ARGENTINA – III(C). GLI IMPEGNI INTERNAZIONALI DELL'ARGENTINA – IV. ANALISI DEL QUADRO GIURIDICO MESSICANO – IV(A). LO STATO DI DIRITTO NELLA LEGISLAZIONE MESSICANA – IV(B). LE AUTORITÀ DI CONTROLLO DEL MESSICO – IV(C). GLI IMPEGNI INTERNAZIONALI DEL MESSICO – V. CONCLUSIONI

Il presente lavoro analizza il criterio europeo di adeguatezza come via per il trasferimento internazionale dei dati personali con un paese terzo il quale, si propone come uno strumento che garantisce al proprietario del dato personale lo stesso livello di protezione dello Spazio economico europeo in un paese terzo od organizzazione internazionale. Successivamente, esamineremo le basi giuridiche che hanno influito sulla Decisione di adeguatezza 2003/490/CE dell'Argentina del 3 giugno 2003 e, infine, sulla base di uno studio giuridico comparativo, si valuterà se l'ordinamento messicano soddisferebbe i requisiti di adeguatezza europea nel caso in cui il "Gobierno de México" decidesse di avviare l'iter procedimentale per diventare paese destinatario dei dati europei come parte della strategia per la ratifica del nuovo "Tratado de Libre Comercio entre México y la UE".

Keywords: Livello di adeguatezza; Protezione dei dati personali; GDPR; Legislazione messicana; Legislazione argentina.

I. INTRODUZIONE

Il Considerando 101¹ del Regolamento generale sulla protezione dei dati² descrive perfettamente come la legislazione europea in materia sia passata da un approccio "difensivo" tipico della formula del "right to be let alone"³ a un'impostazione bicefala basata

¹ Si veda il *Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016*. <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale++dell%27Unione+europea+127+del+23+maggio+2018>: "I flussi di dati personali verso e da paesi al di fuori dell'Unione e organizzazioni internazionali sono necessari per l'espansione del commercio internazionale e della cooperazione internazionale. L'aumento di tali flussi ha posto nuove sfide e problemi riguardanti la protezione dei dati personali. È opportuno però che, quando i dati personali sono trasferiti dall'Unione a titolari del trattamento e responsabili del trattamento o altri destinatari in paesi terzi o a organizzazioni internazionali, il livello di tutela delle persone fisiche assicurato nell'Unione dal presente regolamento non sia compromesso, anche nei casi di trasferimenti successivi dei dati personali dal paese terzo o dall'organizzazione internazionale verso titolari del trattamento e responsabili del trattamento nello stesso o in un altro paese terzo o presso un'altra organizzazione internazionale".

² D'ora in poi: RGPD.

³ S. Warren, L. Brandeis, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 5, 1890, 195.

sulla gestione del rischio e della responsabilità⁴. Questo cambiamento di prospettiva è stato necessario alla luce dell'espansione del commercio internazionale derivante dalle nuove tecnologie e dalla globalizzazione digitale.

È sempre il Considerando 101 che sancisce il principio cardine per la regolamentazione dei flussi di dati personali al di fuori dei confini dell'Unione europea⁵: “[...] in ogni caso, i trasferimenti [dei dati personali] verso paesi terzi e organizzazioni internazionali potrebbero essere effettuati soltanto nel pieno rispetto del presente regolamento. Il trasferimento potrebbe aver luogo soltanto se, fatte salve le altre disposizioni del presente regolamento, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento rispetta le condizioni stabilite dalle disposizioni del presente regolamento in relazione al trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali”⁶. È in questo paragrafo che si esprime la volontà del legislatore europeo di garantire lo stesso standard di protezione europeo nel paese terzo o nell'organizzazione internazionale ricevente.

Dopo il crollo del “Privacy shield” tra Stati Uniti e l'Ue, con la sentenza del 6 ottobre 2015⁷ della Corte di giustizia dell'Ue⁸ proponiamo i seguenti interrogativi: Cosa intende la legislazione e la giurisprudenza europea per adeguato livello di protezione? Quali sono i requisiti giuridici, politici e tecnici per raggiungere tale adeguatezza per poter accedere al flusso di dati personali provenienti dall'Ue? In particolare, l'ordinamento giuridico messicano potrebbe garantire un adeguato livello di protezione per poter essere considerato un candidato idoneo per la ricezione del flusso di dati europei come lo sono attualmente paesi come l'Argentina⁹, l'Uruguay¹⁰ o l'Israele¹¹? Nelle seguenti pagine riferiremo le opinioni degli esperti in materia per dare una risposta agli interrogativi proposti. In primis, realizzeremo una breve sintesi sul modello d'adeguatezza europeo il quale si propone come

⁴ Risk based approach and accountability.

⁵ D'ora in poi: Ue.

⁶ *Regolamento (UE) 2016/679*. Disponibile sul sito:

<https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale++dell%27Unione+europea+127+del+23+maggio+2018.Considerando+101>.

⁷ Causa C-362/14 Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0362>.

⁸ D'ora in poi: CGUE.

⁹ Si veda, Decisione della Commissione del 30 giugno 2003 a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza la protezione dei dati personali in Argentina. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003D0490&from=ES>.

¹⁰ Si veda, Decisione di esecuzione della Commissione del 21 agosto 2012 a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla adeguata protezione dei dati personali da parte della Repubblica orientale dell'Uruguay per quanto riguarda il trattamento automatizzato dei dati personali. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012D0484&from=ES>.

¹¹ Si veda, Decisione della Commissione del 31 gennaio 2011 a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla adeguata protezione dei dati personali da parte dello Stato di Israele per quanto riguarda trattamento automatizzato dei dati personali. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011D0061&from=ES>.

uno strumento che garantisce al proprietario del dato personale lo stesso livello di protezione dello Spazio economico europeo¹² in un paese terzo od organizzazione internazionale. Successivamente, saranno esaminati i motivi giuridici e politici che hanno influito sulla Decisione di adeguatezza 2003/490/CE dell'Argentina del 3 giugno 2003 e, infine, sulla base di uno studio giuridico comparativo, si valuterà se l'ordinamento messicano soddisferebbe i requisiti di adeguatezza europea nel caso in cui il “Gobierno de México” decidesse di avviare l'iter procedimentale per diventare paese destinatario dei dati europei al fine di rafforzare le relazioni economiche con l'Ue.

La giustificazione del presente studio comparativo si basa sul fatto che l'Ue e il Messico mantengono stretti rapporti commerciali e d'investimento sin dal 1997, quando è stato firmato un accordo di cooperazione economica¹³. L'accordo, noto come “Tratado de Libre Comercio entre México y la UE”¹⁴, ha aperto il commercio alle merci¹⁵. Tuttavia, visto che il commercio tra i Partner ha raggiunto 75 miliardi di dollari nel 2019¹⁶, l'Ue e il Messico hanno concordato di avviare un nuovo accordo commerciale il 21 aprile 2018. Questo nuovo Trattato amplierà il campo di applicazione di quello attualmente in vigore, dal momento che vengono definite posizioni comuni in temi quali: il cambiamento climatico, lo sviluppo sostenibile, la trasparenza e l'anticorruzione. Naturalmente, nel nuovo TLCMEU è prevista l'introduzione del commercio on line con delle regole che consentano alle imprese e ai consumatori di interagire più facilmente e senza compromettere la propria sicurezza¹⁷. Per questo motivo, è plausibile che il Governo messicano avvii, in breve tempo,

¹² SEE, ossia UE + Norvegia, Liechtenstein, Islanda.

¹³ Per un maggiore approfondimento, si veda il testo delle trattative. <https://www.gob.mx/tlcuem>.

¹⁴ D'ora in poi: TLCMEU. Questo accordo commerciale è entrato in vigore nel 2000. La parte dell'accordo relativa agli scambi di servizi è entrata in vigore nel 2001.

¹⁵ Embajada de México en Bélgica. *Cifras Destacadas de la Relación México-UE*. https://embamex.sre.gob.mx/belgica/images/Economicos/C_DEST_RELCOM_MXUE.pdf. L'Ue è il terzo più grande partner commerciale del Messico. Il Messico, che conta con 128 milioni di abitanti, è il secondo maggiore partner commerciale dell'UE in America Latina, dopo il Brasile. Il valore totale degli scambi commerciali tra l'UE e il Messico ammonta a 62 miliardi di euro per le merci (2017) e a 15 miliardi di euro per i servizi (2016). L'UE esporta merci in Messico per un valore di 38 miliardi di euro (2017) e servizi per un valore di 10 miliardi di euro (2016).

¹⁶ Si veda, Gobierno de México, *Modernización del TLCMEU*. https://www.gob.mx/cms/uploads/image/file/593829/TLCUEM-inf_MODERNIZACION-20200722.jpg

¹⁷ *Ivi*, “L'accordo stabilisce norme orizzontali per tutte le attività commerciali svolte con mezzi elettronici. Tali norme non si limitano al mero scambio di servizi. Il suo scopo è: - eliminare gli ostacoli ingiustificati al commercio elettronico vietando i dazi doganali sulle trasmissioni elettroniche ed eliminando le procedure di autorizzazione non necessarie; - garantire la certezza del diritto alle imprese garantendo la validità e l'efficacia giuridica dei contratti elettronici, nonché l'autenticazione elettronica e i servizi di fiducia; - garantire un ambiente online sicuro per i consumatori”.

un processo di adeguatezza per poter accedere al flusso di dati provenienti dall'UE come parte della strategia per la ratifica del nuovo TLCMEU.

II. IL MODELLO EUROPEO DI ADEGUATEZZA

La tecnologia attuale consente la trasmissione dei dati digitali a livello globale, essenzialmente senza attrito. Pertanto, se la protezione della legge si fermasse alle frontiere dell'Ue, gli sforzi regolatori iniziati sin dagli anni '70 per stabilire forti salvaguardie per la privacy dei cittadini europei sarebbero destinati al fallimento¹⁸. Il legislatore europeo, conscio di quanto detto prima, ha considerato che il trattamento delle informazioni personali dei residenti dell'Ue senza il rispetto della loro privacy sarebbe pericoloso nel contesto internazionale attuale. Di conseguenza, l'Ue ha deciso di legare il suo quadro di protezione dei dati a tutte le informazioni personali provenienti dall'Ue, a prescindere della loro destinazione, e ha dato alle Autorità europee il "potere di embargo dei dati" per impedire l'esportazione di dati verso paesi che non aderiscono agli standard dell'Ue sulla privacy¹⁹. L "Adequacy model" della protezione dei dati nella giurisdizione estera è stata a lungo il punto di riferimento per le trasmissioni extraterritoriali di dati personali. La Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio²⁰ che ha preceduto il RGPD, ha fissato lo standard di adeguatezza per il flusso dei dati transfrontaliero nel 1995²¹. L'obiettivo essenziale di questo modello è quello di garantire un livello di protezione dei dati delle persone fisiche sostanzialmente equivalente al livello di protezione in territorio europeo in un paese terzo o organizzazione internazionale. In particolare, consiste nell'effettuare una valutazione specifica del paese in cui verrà effettuato il trasferimento internazionale. Il RGPD ha mantenuto gli stessi requisiti della Direttiva 95/46/CE e, inoltre, ha aggiunto dei controlli posteriori alla Decisione di adeguatezza che potrebbero derivare in una revoca nel caso della venuta a meno di uno dei requisiti dell'art. 45.²²

L'Ue, basata su una vocazione conciliatrice di legislazioni di diverse matrici giuridiche in vigore tra i suoi Stati membri, che vanno dal diritto di radice romana a quello di radice germanica, slava, baltica, ecc. È riuscita a creare diversi modelli di armonizzazione giuridica. Il cosiddetto principio di equivalenza può ben essere frutto di questo continuo incontro di

¹⁸ P. Schwartz, *European Data Protection Law and Restrictions on International Data Flows*, in 80 *Iowa L. Rev.* 471, 1995.

¹⁹ P. Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, in 126 *Harr. L. Rev.* 1966, 2013.

²⁰ D'ora in poi: Direttiva 95/46/CE.

²¹ *Ibidem*

²² Garante per la protezione della Privacy. *Trasferimento di dati personali all'estero*. <https://www.garanteprivacy.it/temi/trasferimento-di-dati-all-estero>: "Il Regolamento prevede un'attività di monitoraggio da parte della Commissione mediante riesame delle decisioni a cadenza periodica, almeno ogni quattro anni. Tale attività può concludersi con una modifica della decisione o in altre circostanze con la sospensione o persino con la sua revoca, (art. 45, paragrafi 3-5 del Regolamento UE 2016/679)".

giurisprudenze. In materia di protezione dei dati personali, l'equivalenza è nata come un vero e proprio compromesso tra gli Stati Membri. In effetti, Durante gli anni '70, '80 e meta dei '90, le Nazioni europee richiedevano una "protezione equivalente" prima di consentire il trasferimento dei dati personali oltre i propri confini. Successivamente, la Direttiva 95/46/CE ha raccolto il criterio di equivalenza contribuendo alla creazione del mercato unico digitale europeo, caratterizzato da un alto livello di garanzie e protezioni. Tuttavia, per i trasferimenti al di fuori dai confini dell'Ue, la Direttiva 95/46/CE ha abbandonato il principio di equivalenza e ha utilizzato un parametro diverso di riferimento, quello del principio di adeguatezza della protezione. A questo riguardo, la Direttiva 95/46/CE stabiliva che i trasferimenti internazionali dovevano essere effettuati "solo se [...] il paese terzo in questione garantisce un livello di protezione adeguato"²³. La Decisione sull'adequazione doveva essere presa dalle Autorità Garanti nazionali, anche se la Commissione europea²⁴ stessa fosse autorizzata ad "avviare le trattative" con i paesi con una protezione dei dati inadeguata "al fine di porre rimedio alla situazione."²⁵ Infine, la Direttiva 95/46/CE conteneva sei eccezioni al suo requisito di adeguatezza per i trasferimenti internazionali²⁶.

Analogamente alla Direttiva 95/46/CE, il RGPD fornisce un test di adeguatezza per i trasferimenti di dati al di fuori dell'UE. Nel suo art. 45, il RGPD richiede che la Commissione consideri un lungo elenco di fattori per valutare l'adequazione della protezione, tra cui "lo stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la legislazione pertinente, sia generale che settoriale [...] nonché l'attuazione di tale legislazione, norme sulla protezione dei dati, norme professionali e misure di sicurezza."²⁷

²³ Si veda, Direttiva 95/46/EC, art. 25(1).

²⁴ D'ora in poi: Commissione.

²⁵ Direttiva 95/46/EC, art. 25(5).

²⁶ *Ivi*, art. 26(1).

²⁷ *Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016*. <https://gdprinfo.eu/it>
"Articolo 45 Trasferimento sulla base di una Decisione di adeguatezza: 1. Il trasferimento di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale è ammesso se la Commissione ha deciso che il paese terzo, un territorio o uno o più settori specifici all'interno del paese terzo, o l'organizzazione internazionale in questione garantiscono un livello di protezione adeguato. In tal caso il trasferimento non necessita di autorizzazioni specifiche. 2. Nel valutare l'adequazione del livello di protezione, la Commissione prende in considerazione in particolare i seguenti elementi: a) lo stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la pertinente legislazione generale e settoriale (anche in materia di sicurezza pubblica, difesa, sicurezza nazionale, diritto penale e accesso delle autorità pubbliche ai dati personali), così come l'attuazione di tale legislazione, le norme in materia di protezione dei dati, le norme professionali e le misure di sicurezza, comprese le norme per il trasferimento successivo dei dati personali verso un altro paese terzo o un'altra organizzazione internazionale osservate nel paese o dall'organizzazione internazionale in questione, la giurisprudenza nonché i diritti effettivi e azionabili degli interessati e un ricorso effettivo in sede amministrativa e giudiziaria per gli interessati i cui dati personali sono oggetto di trasferimento; b) l'esistenza e l'effettivo funzionamento di una o più autorità di controllo indipendenti nel paese terzo o cui è soggetta

L'esito positivo di tale valutazione si avrà quando la Commissione confermerà "Formalmente, con effetti vincolanti per gli Stati membri, che il livello di protezione dei dati in un paese terzo o organizzazione internazionale"²⁸.

Le procedure interne dell'Ue per individuare l'adeguatezza sono cambiate nel corso degli anni²⁹. Oggi, una procedura di adeguatezza comporta una proposta formale da parte della Commissione; un parere del Comitato europeo per la protezione dei dati, il quale è composto dai rappresentanti delle Autorità di protezione dei dati di ogni Stato membro; un'approvazione da parte dei rappresentanti degli Stati membri attraverso la cosiddetta procedura di comitatologia³⁰ e finalmente, l'adozione della Decisione di adeguatezza da parte della Commissione.

Il RGPD riformula in termini positivi il principio di fondo espresso in negativo dalla Direttiva 95/46/CE. Quest'ultima stabiliva infatti che, entro i limiti del mercato comune, i dati potevano circolare liberamente e bloccava il trasferimento di dati personali al di fuori dello Spazio economico europeo³¹ (salvo alcune eccezioni). Al contrario, il RGPD ribadisce che la libera circolazione dei dati all'interno dell'Ue è consentita, ma allo stesso tempo prevede che i flussi verso l'estero siano consentiti a determinate condizioni³².

Il cambiamento di prospettiva del RGPD conferma, come meccanismo principale per il trasferimento di dati personali all'estero, l'esistenza di una Decisione positiva da parte della

un'organizzazione internazionale, con competenza per garantire e controllare il rispetto delle norme in materia di protezione dei dati, comprensiva di adeguati poteri di esecuzione, per assistere e fornire consulenza agli interessati in merito all'esercizio dei loro diritti e cooperare con le autorità di controllo degli Stati membri; e c) gli impegni internazionali assunti dal paese terzo o dall'organizzazione internazionale in questione o altri obblighi derivanti da convenzioni o strumenti giuridicamente vincolanti come pure dalla loro partecipazione a sistemi multilaterali o regionali, in particolare in relazione alla protezione dei dati personali".

²⁸ Conclusioni durante il 25 maggio 2018 del gruppo di lavoro dell'articolo 29.

²⁹ Per una descrizione della procedura della Direttiva 95/46/EC, si veda C. Kuner, *European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation*, Oxford, 2007, 175. Per le procedure previste dal GDPR si veda GDPR, supra nota 29, art. 45.

³⁰ La comitatologia, o procedura del comitato, si applica quando la Commissione ha ricevuto delle competenze di esecuzione in un testo di legge. La stessa norma stabilisce anche che la Commissione sia assistita da un comitato per definire le misure contenute nell'atto di esecuzione che ne deriva. La procedura del comitato non è obbligatoria per tutti gli atti di esecuzione - la Commissione può adottarne alcuni senza consultare un comitato (ad es. per l'assegnazione di sovvenzioni al di sotto di un determinato importo).

³¹ Direttiva 95/46/CE art. 1 Par. 2: "Los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir le libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1". *Ivi*, art 25 Par. 1: "Los Estados miembros dispondrán que la transferencia a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia, únicamente pueda efectuarse cuando, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas con arreglo a las demás disposiciones de la presente Directiva, el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado".

³² *Ivi*, art. 44: "Solo se realizarán transferencias de datos personales que sean objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional si, a reserva de las demás disposiciones del presente Reglamento, el responsable y el encargado del tratamiento cumplen las condiciones establecidas en el presente capítulo, incluidas las relativas a las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a otro tercer país u otra organización internacional. Todas las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a fin de asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado".

Commissione sul livello di protezione adeguato che garantisce l'ordine di destinazione. A tale proposito, nel Considerando 105³³ si attribuisce particolare importanza al fatto che il paese terzo sia membro della Convenzione 108 del Consiglio d'Europa. In generale, il Considerando 114³⁴ chiarisce che devono essere adottate soluzioni che conferiscono all'interessato diritti effettivi ed esigibili, in modo che possa continuare a beneficiare della protezione dopo l'esportazione dei suoi dati. A differenza di quanto avveniva in passato, il RGPD prevede specificamente che le decisioni di adeguatezza debbano essere oggetto di un regime di pubblicità. La Commissione è infatti espressamente tenuta a pubblicare nella Gazzetta ufficiale e sul suo sito web³⁵. Finalmente, in mancanza di una Decisione di adeguatezza, il flusso di dati verso l'estero non è del tutto escluso, poiché il regolamento ne riconosce la legittimità a determinate condizioni. Infatti, l'Art 46³⁶ del RGPD enuncia una

³³ Al di là degli impegni internazionali che il paese terzo o l'organizzazione internazionale hanno assunto, la Commissione dovrebbe tenere in considerazione gli obblighi derivanti dalla partecipazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale a sistemi multilaterali o regionali, soprattutto in relazione alla protezione dei dati personali, nonché all'attuazione di tali obblighi. In particolare si dovrebbe tenere in considerazione l'adesione dei paesi terzi alla convenzione del Consiglio d'Europa, del 28 gennaio 1981, sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale e relativo protocollo addizionale. La Commissione, nel valutare l'adeguatezza del livello di protezione nei paesi terzi o nelle organizzazioni internazionali, dovrebbe consultare il comitato.

³⁴ RGPD, Considerando 114: "In ogni caso, se la Commissione non ha adottato alcuna decisione circa il livello adeguato di protezione dei dati di un paese terzo, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento dovrebbe ricorrere a soluzioni che diano all'interessato diritti effettivi e azionabili in relazione al trattamento dei suoi dati personali nell'Unione, dopo il trasferimento, così da continuare a beneficiare dei diritti fondamentali e delle garanzie".

³⁵ *Ivi*, art. 45 par 3: "La Commissione pubblica nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e sul suo sito web l'elenco dei paesi terzi, dei territori e settori specifici all'interno di un paese terzo, e delle organizzazioni internazionali per i quali ha deciso che è o non è più garantito un livello di protezione adeguato".

³⁶ *Ivi*, "Articolo 46 Trasferimento soggetto a garanzie adeguate 1. In mancanza di una decisione ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 3, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento può trasferire dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale solo se ha fornito garanzie adeguate e a condizione che gli interessati dispongano di diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi. 2. Possono costituire garanzie adeguate di cui al paragrafo 1 senza necessitare di autorizzazioni specifiche da parte di un'autorità di controllo: a) uno strumento giuridicamente vincolante e avente efficacia esecutiva tra autorità pubbliche o organismi pubblici; b) le norme vincolanti d'impresa in conformità dell'articolo 47; c) le clausole tipo di protezione dei dati adottate dalla Commissione secondo la procedura d'esame di cui all'articolo 93, paragrafo 2; d) le clausole tipo di protezione dei dati adottate da un'autorità di controllo e approvate dalla Commissione secondo la procedura d'esame di cui all'articolo 93, paragrafo 2; e) un codice di condotta approvato a norma dell'articolo 40, unitamente all'impegno vincolante ed esecutivo da parte del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento nel paese terzo ad applicare le garanzie adeguate, anche per quanto riguarda i diritti degli interessati; o f) un meccanismo di certificazione approvato a norma dell'articolo 42, unitamente all'impegno vincolante ed esigibile da parte del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento nel paese terzo ad applicare le garanzie adeguate, anche per quanto riguarda i diritti degli interessati. 3. Fatta salva l'autorizzazione dell'autorità di controllo competente, possono altresì costituire in particolare garanzie adeguate di cui al paragrafo 1: a) le clausole contrattuali tra il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento e il titolare del trattamento, il responsabile del trattamento o il destinatario dei dati personali nel paese terzo o nell'organizzazione internazionale; o b) le disposizioni da inserire in accordi amministrativi tra autorità pubbliche o organismi pubblici che comprendono diritti effettivi e azionabili per gli interessati. 4. L'autorità di controllo applica il meccanismo di coerenza di cui all'articolo 63 nei casi di cui al paragrafo 3 del presente articolo. 5. Le autorizzazioni rilasciate da uno Stato membro o dall'autorità di controllo in base all'articolo 26, paragrafo 2, della direttiva 95/46/CE restano valide fino a quando non vengono modificate,

serie di strumenti sui quali può basarsi il trasferimento di dati a un paese terzo o a un'organizzazione internazionale. Pur non essendo oggetto di questo lavoro, è importante evidenziare che esistono dei meccanismi alternativi per l'autorizzazione del trasferimento di dati al di fuori dei confini dell'Ue che non sono basati sul modello di adeguatezza, ad esempio: a) senza autorizzazione da parte del Garante: gli strumenti giuridici vincolanti ed esecutivi tra soggetti pubblici³⁷; le norme vincolanti d'impresa³⁸, le clausole tipo³⁹, i codici di condotta⁴⁰; i meccanismi di certificazione⁴¹. b) previa autorizzazione del Garante: le clausole contrattuali ad hoc⁴² e gli accordi amministrativi tra autorità o organismi pubblici⁴³. c) In assenza di ogni altro presupposto, è possibile trasferire i dati personali in base ad alcune deroghe che si verificano in specifiche situazioni⁴⁴ o con il consenso dell'interessato⁴⁵.

III. LA DECISIONE 2003/490/CE SULL'ADEGUATEZZA DELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI IN ARGENTINA

La Decisione 2003/490/CE della Commissione, del 30 giugno 2003, a norma della Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguatezza della protezione dei dati personali in Argentina⁴⁶, consta di 19 Considerandi e 6 articoli il cui obiettivo è di affermare che: "Ai fini dell'articolo 25, paragrafo 2, della Direttiva 95/46/CE, l'Argentina garantisce un livello adeguato di protezione dei dati personali trasferiti dalla Comunità"⁴⁷.

È interessante, ai fini del nostro studio comparato, precisare quali sono stati i motivi giuridico politici su cui la Commissione ha fondato la Decisione di adeguatezza con la Nazione sudamericana e che sono chiaramente definite dal Considerando 5 al 15 e che ci permettiamo di precisare in seguito seguendo i criteri di valutazione contenuti nell'art. 45 del RGPD citato sopra.

sostituite o abrogate, se necessario, dalla medesima autorità di controllo. Le decisioni adottate dalla Commissione in base all'articolo 26, paragrafo 4, della direttiva 95/46/CE restano in vigore fino a quando non vengono modificate, sostituite o abrogate, se necessario, da una decisione della Commissione adottata conformemente al paragrafo 2 del presente articolo".

³⁷ *Ivi*, art. 46, par. 2, lett. a).

³⁸ *Ivi*, art. 46, par. 2, lett. b).

³⁹ *Ivi*, art. 46, par. 2, lett. c e lett. d).

⁴⁰ *Ivi*, art. 46, par. 2, lett. e).

⁴¹ *Ivi*, art. 46, par. 2, lett. f).

⁴² *Ivi*, art. 46, par. 3, lett. a).

⁴³ *Ivi*, art. 46, par. 3, lett. b).

⁴⁴ *Ivi*, art. 49 del Regolamento UE 2016/679).

⁴⁵ *Ivi*, art. 26.

⁴⁶ D'ora in poi: Decisione 2003/490/CE.

⁴⁷ C. Europea, *Decisione della Commissione del 30 giugno 2003 conforme alla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e riguardante l'adeguatezza della tutela dei dati personali fornita in Argentina*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003D0490&from=EN>.

III(a). *Lo Stato Di Diritto Nella Legislazione Argentina*

La Decisione 2003/490/CE realizza un excursus sul quadro giuridico argentino che garantisce il livello di protezione adeguato richiesto dalla Commissione. Tale analisi viene effettuata in modo piramidale, partendo dalle garanzie costituzionali in materia di protezione dei dati personali e ponendo una particolare enfasi sul ricorso giudiziario speciale, denominato "hábeas data"⁴⁸. In questo modo, l'ordinamento argentino garantisce l'elevazione del diritto alla protezione dei dati personali alla categoria di diritto fondamentale⁴⁹.

La Costituzione argentina non utilizza il termine "privacy" nelle sue pagine. Tuttavia, all'art. 19⁵⁰ si riferisce alle "acciones privadas" che è stato interpretato dalla "Corte Suprema Argentina" consacrando il diritto alla privacy. Inoltre, l'art. 18 garantisce l'inviolabilità del domicilio e dei documenti personali e privati: "El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación."⁵¹, estendendo le garanzie ai cittadini stranieri⁵².

Proseguendo l'analisi della struttura giuridica argentina, la Commissione ha analizzato la legislazione in materia individuata nella legge 25.326 del 2 novembre 2000 sulla protezione

⁴⁸ La Costituzione argentina prevede un ricorso giurisdizionale speciale, denominato "habeas data", per proteggere i dati personali. Si tratta di una sottocategoria della procedura prevista dalla Costituzione per proteggere i diritti costituzionali e, pertanto, eleva la protezione dei dati personali allo status di diritto fondamentale. Conformemente all'articolo 43, terzo comma, della Costituzione, ogni persona può proporre tale azione (ossia habeas data) per prendere conoscenza dei dati che la riguardano e della loro finalità iscritti in registri o banche di dati pubblici, o privati per fornire informazioni, e in caso di falsità o discriminazione, per richiedere la loro cancellazione, rettifica, riservatezza o aggiornamento. La segretezza delle fonti giornalistiche non può essere violata. La giurisprudenza argentina ha riconosciuto l'habeas data come diritto fondamentale e direttamente applicabile.

⁴⁹ Garantendo i diritti degli interessati, gli obblighi degli utenti e dei responsabili di archivi, registri e banche dati, sanzioni penali in modo uniforme su tutto il territorio argentino.

⁵⁰ P. Argentino, *Constitución de la Nación Argentina*, Disponibile sul sito: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. V. Part. 19 "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

⁵¹ *In*, art. 18.

⁵² *In*, Art. 20 "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República."

dei dati personali⁵³ e nel Decreto regolamentare 1558/2001 e ha concluso che: “La Ley 25.326 (...) desarrolla y amplía lo dispuesto en la Constitución. Contiene normas sobre los principios generales de protección de datos, los derechos de los titulares de datos, las obligaciones de responsables y usuarios de datos, el órgano de control, las sanciones y el procedimiento del recurso judicial habeas data⁵⁴” e contestualmente il Decreto normativo n° 1558/2001: “introduce las normas de aplicación de la Ley, completa lo dispuesto en ella y clarifica aspectos de la Ley que podrían interpretarse de manera divergente⁵⁵”. In questo modo “La legislazione argentina concerne la tutela dei dati personali registrati in archivi, registri, basi di dati o altri strumenti tecnici gestiti da enti pubblici, così come la tutela dei dati personali registrati in archivi, registri, banche di dati o altri strumenti tecnici gestiti da privati, destinati a fornire dei rapporti informativi. Si tratta degli strumenti non limitati all'uso esclusivamente personale e di quelli destinati alla cessione o al trasferimento dei dati personali, indipendentemente dal fatto che la circolazione dei rapporti o delle informazioni prodotte sia gratuita o a pagamento⁵⁶”.

III(b). *L'autorità Di Controllo Dell'argentina*

La “Ley Argentina de Protección de Datos Personales” è probabilmente quella più vicina al modello europeo in Sudamerica. L'Argentina è stata infatti, il primo paese dell'America Latina a ricevere la Decisione di adeguatezza. Allo stesso modo, possiamo affermare che il Garante della privacy argentino denominato: “Dirección Nacional de Protección de Datos Personales⁵⁷” ha grandi somiglianze con le Agenzie del “Viejo Continente”.

Il DNPDN “fijará los estándares de seguridad aplicables a los mecanismos de disociación de datos⁵⁸”. In particolare, è l'organo di controllo, istituito a livello nazionale, per l'effettiva protezione dei dati personali. È responsabile del “Registro Nacional de Bases de Datos” strumento che la legge conferisce regolare l'agire del responsabile del trattamento dei dati personali.

⁵³ D'ora in poi: Legge 25.326.

⁵⁴ Decisión de la Comisión, de 30 de junio de 2003, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina (Texto pertinente a efectos del EEE). Disponible sul sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32003D0490>.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ivi*, Considerando 10.

⁵⁷ D'ora in poi: DNPDN.

⁵⁸ P. Argentino, *Ley N° 25.326. Principios generales relativos a la protección de datos. Derechos de los titulares de los datos. Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos. Control. Sanciones*, art. 11. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70368/norma.htm#:~:text=Cr%C3%A9ase%20la%20DIRECCION%20NACIONAL%20DE,de%20la%20Ley%20N%C2%BA%2025.326>.

È interessante sottolineare che, sebbene il DNPDN sia di giurisdizione federale, il parere 4/2002 del Gruppo di lavoro del l'Ue, da cui è scaturita la Decisione favorevole di adeguatezza, ha invitato alle Autorità argentine a garantire l'effettiva applicazione della legislazione anche a livello periferico (regionale) attraverso la creazione dei necessari organi di controllo indipendenti e, nei casi in cui questi non esistano, a cercare nel frattempo, delle soluzioni temporanee appropriate che siano conformi all'ordine costituzionale argentino⁵⁹. Nel 2010, 7 anni dopo la Decisione d'adequazione, solo le Province argentine di: Neuquén, Mendoza, Misiones e la Ciudad Autonoma di Buenos Aires erano le uniche giurisdizioni che avevano sviluppato, a diversi livelli, la struttura amministrativa richiesta dal modello europeo della protezione dei dati⁶⁰.

III(c). *Gli Impegni Internazionali dell'Argentina*

L'Argentina ha ratificato diversi trattati internazionali sui diritti umani che hanno implicazioni sulla privacy. Ad esempio, la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici⁶¹, il cui art. 17 dispone che: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques⁶².” Il Comitato per i diritti dell'uomo ha segnalato che gli Stati firmatari dell'ICCPR hanno l'obbligo positivo di “adoptar medidas legislativas y de otra índole para dar efecto a la prohibición de tales interferencias y ataques, así como a la protección de este derecho [privacidad]. Dal 14 agosto 1984, l'Argentina ha firmato la Convenzione Americana sui Diritti Umani o "Patto di San José de Costa Rica ", che nella sua Art. 11 stabilisce: “Protección de la Honra y de la Dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser

⁵⁹ C. Europea: *Parere 4/2002 sul livello di protezione dei dati personali in Argentina*. https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2002/wp63_en.pdf. “However, the Working Party also encourages the Argentinean authorities to take the necessary steps to overcome some remaining weaknesses in the present legal instruments, as identified in this opinion and requests the Commission to continue the dialogue with the Argentinean Government with that purpose. In particular, the Working Party urges the Argentinean Authorities to ensure the effective enforcement of the legislation at provincial level by means of the creation of the necessary independent control authorities where they do not exist yet and, in the meantime, to look for appropriate temporary solutions in accordance with the Argentinean constitutional order”.

⁶⁰ M. Temperini, *La protección de Datos Personales en las Provincias Argentinas*, 2010. http://www.elderechoinformatico.com/publicaciones/mtemperini/Datos_Personales_Provincias_Argentinas_2010_Temperini.pdf.

⁶¹ D'ora in poi: ICCPR.

⁶² ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf.

objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques⁶³”.

Infine, è importate sottolineare che i Trattati internazionali sopra citati e quelli successivi che l'Argentina firmerà e ratificherà in materia di diritti umani, verrà loro concessa la gerarchia costituzionale ai sensi dell'art. 75.22: “(...). Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. (cuales): La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara⁶⁴”.

IV. ANALISI DEL QUADRO GIURIDICO MESSICANO

Seguendo la stessa logica giuridica nell'analisi dei criteri di valutazione contenuti nell'art. 45 del RGPD e applicati al quadro normativo argentino, esporremo il rispettivo quadro giuridico in materia di protezione dei dati personali della nazione messicana.

IV(a). *Lo Stato Di Diritto Nella Legislazione Messicana*

Il diritto alla privacy non era espressamente plasmato nella “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”⁶⁵ Tuttavia, la Costituente ha inglobato all'art. 16 alcune protezioni isolate su vari aspetti relativi alla privacy, come: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito

⁶³ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

⁶⁴ Constitución de la Nación Argentina, art. 75.22: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>.

⁶⁵ D'ora in poi: CPEUM.

de la autoridad competente”⁶⁶. In mancanza di una definizione esplicita del concetto di privacy, la “Suprema Corte de Justicia de la Nación⁶⁷” ha definito come fondamento costituzionale il citato articolo, poiché si tratta di “un reconocimiento del derecho a la persona que tiene su idea originaria en el respeto a la vida privada, siendo una de las libertades tradicionales protegidas por la [CPEUM] la inviolabilidad del domicilio, que tiene como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar que, por regla general, debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de las demás, con la limitante que la propia Ley Fundamental establece para las autoridades⁶⁸”. Grazie all'individuazione dell'Art. 16 in questa e in altre sentenze della SCJN, quale pietra angolare della tutela della privacy, tale articolo è stato riformato nel 2009 aggiungendo non solo la protezione dei dati personali, ma anche i diritti di accesso, rettifica, cancellazione e opposizione alla divulgazione di tali dati⁶⁹. Infine, l'art. 7 Costituzionale stabilisce come limite alla libertà di stampa il rispetto della vita privata⁷⁰.

Proseguendo con l'analisi giuridica piramidale, individuiamo nella “Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares”⁷¹ e nella “Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados”⁷² con i rispettivi Regolamenti hanno lo scopo di regolamentare l'agire di tutte le persone fisiche o giuridiche private che trattano dati personali, ad eccezione delle società di informazione creditizia⁷³

⁶⁶ Congreso de la Unión. CPEUM. Disponibile sul sito:

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/16.pdf>.

⁶⁷ D'ora in poi: SCJN.

⁶⁸ Amparo en Revisión 134/2008, supra nota 10, p. 22 y 23.

⁶⁹ Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponibile sul sito:

https://www.dof.gob.mx/avisos/1889/SG_010609/SG_010609.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%2016,la%20causa%20legal%20del%20procedimiento.

⁷⁰ C. Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponibile sul sito:

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>. “Artículo 7. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito. primer párrafo del artículo 6o La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado”.

⁷¹ D'ora in poi: LFPDPPP. Pubblicata in el Diario Oficial de la Federación el 5 de julio de 2010.

⁷² D'ora in poi: LGPDPPSO.

⁷³ Esiste una legislazione speciale, la legge sugli istituti di credito, che stabilisce le disposizioni relative ai dati finanziari.

La LFPDPPP stabilisce lo standard normativo dei trasferimenti di dati nazionali e internazionali che si traduce essenzialmente nella comunicazione dell'informativa sulla privacy da parte del responsabile del trattamento e il consenso del proprietario.⁷⁴

In ogni trattamento dei dati, esiste una ragionevole aspettativa di privacy. Pertanto, si presume che, trattandosi di un trasferimento di dati internazionale, l'interessato confidi che le sue informazioni saranno trattate in conformità con l'informativa sulla privacy poiché lo Stato terzo o l'organizzazione internazionale dovrà assumere gli stessi obblighi che spettano al responsabile trasferente.

IV(b). *Le Autorità di controllo del Messico*

La CPEUM riconosce l'esistenza di 33 organi di trasparenza specializzati, imparziali e autonomi che garantiscono il diritto di accesso all'informazione, integrati in: 31 organi statali, l'Info CDMX di Città del Messico e l'“Instituto Nacional de Acceso a la Información” (livello federale)⁷⁵. In particolare, l'INAI è stato autorizzato a realizzare un duplice obiettivo “garantizar en el Estado mexicano los derechos de las personas a la información pública y a la protección de sus datos personales; así como promover una cultura de transparencia, rendición de cuentas y debido tratamiento de datos personales para el fortalecimiento de una sociedad incluyente y participativa⁷⁶”. Inoltre, deve “ser una Institución nacional eficaz y eficiente en la consolidación de una cultura de transparencia, rendición de cuentas y debido tratamiento de datos personales, reconocida por garantizar el cumplimiento y promover el ejercicio de los derechos de acceso a la información y protección de datos personales como base para la participación democrática y un gobierno abierto⁷⁷”.

IV(c). *Gli impegni internazionali del Messico*

Lo Stato messicano ha guidato l'iniziativa "Reforma de derechos humanos" nel 2011⁷⁸ ampliando l'art. 16 Costituzionale e incorporando tutti i diritti umani riconosciuti nei Trattati internazionali di cui lo Stato messicano fa parte. Tale aggiunta ha contribuito enormemente alla tutela del diritto alla privacy in Messico, in quanto le Autorità pubbliche

⁷⁴ La LFPDPPP prevede nel capitolo 10 un elenco di azioni che daranno luogo a sanzioni.

⁷⁵ CPEUM art. 6 VIII. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

⁷⁶ D'ora in poi: INAI.

⁷⁷ Si veda *Cuenta Pública 2020 Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales*, <https://www.cuentapublica.hacienda.gob.mx/work/models/CP/2020/tomo/VI/Print.R44.01.INTRO.pdf>.

⁷⁸ Senado de la República; *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual Disponible sul sito: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf*.

hanno l'obbligo di rispettare non solo gli strumenti giuridici nazionali e internazionali, ma anche la giurisprudenza di altri Tribunali specializzati nella tutela dei diritti dell'uomo, in particolare quella della Corte interamericana dei diritti dell'uomo

In questo modo, il fondamento del diritto alla privacy si amplia includendo, a livello americano, l'Art. 11 della Convenzione Americana sui Diritti Umani e il V della Dichiarazione Americana dei Diritti e Doveri dell'Uomo e a livello universale: l'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e l'art.17 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici.

V. CONCLUSIONI

Comunemente viene adoperata l'espressione America Latina o Latinoamerica “para singularizar los territorios y Estados ubicados desde el río Bravo, al Norte, hasta el Cabo de Hornos al final de la Patagonia⁷⁹”. Tuttavia, è inverosimile accettare che un territorio con 20.038.800 km² comprendente 20 Nazioni⁸⁰ e con poco più di 650.000.000 di abitanti sia presentato come un monolito inseparabile. Naturalmente, siamo consapevoli che le Nazioni che rappresentano questa macro-area del Globo presentano un passato comune che si riflette specialmente nella lingua, nella cultura e, soprattutto, nella tradizione giuridica. Nel corso di queste pagine, abbiamo cercato di segnalare le somiglianze esistenti nell'ordinamento giuridico in materia di protezione dei dati personali della Nazione Argentina e degli Stati Uniti Messicani senza perdere di vista il nostro obiettivo principale, il quale si concentra sull'offerta al governo messicano di uno strumento comparativo con un quadro normativo (l'argentino) che ha raggiunto la Decisione di adeguatezza da parte della Commissione fornendo l'autorizzazione del flusso di dati dal mercato interno europeo. Come abbiamo menzionato precedentemente, un'ipotetica Decisione di adeguatezza favorevole all'ordinamento giuridico messicano sosterebbe la ratifica del nuovo TLCMEU, che tra le sue novità prevede l'introduzione di un commercio on line con regole che consentano alle imprese e ai consumatori di operare in linea più agevolmente senza compromettere la sicurezza.

Orbene, ci permettiamo di affermare che il quadro giuridico messicano che disciplina la protezione dei dati di privati presenterebbe uno schema di protezione molto simile al

⁷⁹ J. Carpizo, *Derecho Constitucional y Comparado*: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3851/4816>.

⁸⁰ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

quadro giuridico argentino in materia. Pertanto, una Decisione di adeguatezza da parte della Commissione sarebbe fattibile e con elevate probabilità di autorizzazione. Per sostenere la nostra posizione ci basiamo sui seguenti punti:

Dal punto di vista dello Stato di diritto, abbiamo dimostrato che entrambe le giurisdizioni americane hanno elevato a rango costituzionale e quindi hanno conferito lo status di diritto fondamentale al diritto alla protezione dei dati personali. Nel caso del Messico, il Congresso ha riformato l'art. 16 CPEUM per dare una lettura senza equivoci alla Giurisprudenza della SCJN.

Entrambe le Nazioni hanno disegnato una cornice giuridica solida sulla protezione dei dati personali con i rispettivi regolamenti, che sono di applicazione federale. Inoltre, l'ordinamento giuridico argentino dispone della procedura di ricorso giurisdizionale detta "habeas data" affinché i cittadini e i residenti esercitino il loro diritto di rettificare le informazioni che lo Stato e gli enti privati possiedono su sé stessi.

Per quanto riguarda le Autorità Garanti, evidenziamo che l'Argentina dispone di un'Autorità federale denominata: "Dirección Nacional de Protección de Datos Personales". Gli esperti in materia hanno classificato tale autorità come "la più vicina al modello europeo" dal punto di vista organizzativo. Tuttavia, condividiamo le opinioni espresse nel parere 4/2002 del gruppo di lavoro dell'Ue, che invitava le Autorità argentine a garantire l'effettiva applicazione della legislazione anche a livello periferico (regionale). Il Messico dispone attualmente di 33 Autorità di trasparenza specializzati, imparziali e autonomi che garantiscono il diritto di accesso all'informazione, integrati in: 31 organi statali, l'Info CDMX, di Città del Messico e l'Istituto Nazionale di Accesso all'Informazione (livello federale).

Per quanto riguarda gli impegni internazionali in materia di protezione dei dati assunti dalle due nazioni americane, è evidente che vi è stata una chiara assimilazione e trasposizione giuridica dei diritti umani emanati sia dalle Nazioni Unite che dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo; diritti fondamentali che fanno eco nei precetti fondamentali dello Spazio europeo comune.

Riteniamo infine, che questo lavoro sarebbe incompleto solo se ci limitassimo a concretizzare la nostra posizione sull'ipotetica Decisione di adeguatezza del Messico senza rivedere alcune delle raccomandazioni formulate dagli esperti in materia al fine di raggiungere norme più adeguate in materia di protezione dei dati personali e che aumenterebbero le possibilità di ottenere una Decisione d'adequazione favorevole da parte della Commissione.

In particolare, proponiamo le conclusioni del lavoro della Prof.ssa. Olivia Andrea Mendoza Enríquez che ci permettiamo sintetizzare:

1. Promuovere una cultura della protezione dei dati personali in possesso delle persone giuridiche stabilite in Messico, al fine di sensibilizzare tutti i membri delle organizzazioni, del danno irreparabile che può derivare dalla violazione delle disposizioni in materia di privacy.
2. Stabilire delle campagne permanenti di formazione, al fine di far conoscere gli obblighi osservati dai membri delle aziende, in base alla natura delle informazioni che trattano.
3. Redigere un inventario dei dati personali in loro possesso al fine di determinare se i dati sono di matrice personale, personali sensibili o entrambi.
4. Creare, come parte degli schemi di buone pratiche, incentivi al corretto trattamento dei dati personali, in conformità con le disposizioni di legge.
5. Rendere note le sanzioni alle quali si può essere creditori in caso di violazione dei doveri, delle responsabilità e dei principi della LFPDPPP⁸¹.

⁸¹ O.A. Mendoza Enríquez, *Marco jurídico de la protección de datos personales en las empresas de servicios establecidas en México: desafíos y cumplimiento*, in *Rev. IUS*, 12, 41, 2018. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472018000100267&script=sci_arttext.

