

SECCIÓN II

ARTÍCULOS DE AUTORES NACIONALES



ECONOMÍA DIGITAL: UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

VÍCTOR AYALDE LEMOS¹

RESUMEN

La economía digital ha generado todo tipo de debates, en materia económica, política y legal. Este fenómeno, que puede ser analizado desde varias perspectivas, ha involucrado en sus debates temas que van desde los derechos humanos, pasando por temas de política monetaria y fiscal, hasta cuestionar el rol del Estado como regulador en varias actividades.

1 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Ciencias Políticas, Económicas y Sociales de la University of Notre Dame, Master en Derecho (L.M) de National University of Singapore y Master en Derecho Internacional Negocios (L.L.M in Global Business Law) de New York University.

Se desempeñó como Coordinador del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (2009-2012), Profesor Asistente de la Cátedra de Derecho de la Competencia - Pregrado - Universidad Javeriana (2011 - 2013), Profesor de Posgrado de Derecho de la Competencia de la Universidad Sergio Arboleda (2015), Profesor de la Maestría Derecho Económico (2015 a la fecha), y Miembro Fundador del Centro de Estudios de Derecho de Entretenimiento, Tecnología e Información - CENTI.

Fue Abogado del Área de Derecho de la Competencia de la Firma Esguerra Asesores Jurídicos (2009-2016), Abogado Extranjero en la firma Duane Morris and Selvam (2014), Attaché del Área de Derecho de la Competencia de Allen and Gledhill (2013), y actualmente es Director de Regulación e Industria en Tinello.

Uno de los principales reclamos de quienes han liderado lo que se considera como la cuarta revolución industrial, es la falta de comunicación y entendimiento por parte del Estado sobre la naturaleza del fenómeno y las tecnologías que lo soportan.

Una aproximación objetiva, a fin de conciliar las posiciones, puede ser analizar el problema desde el derecho de los mercados. Esta disciplina, a partir de herramientas microeconómicas, busca desarrollar los postulados de libre competencia y libertad de elección para los consumidores, como mecanismos para la maximización de los beneficios en una economía social de mercado.

Sin embargo, el derecho de la competencia también enfrenta retos propios de la era digital, como lo son la ubicuidad, la intermediación, el intercambio con base en información (generando un reto en materia econométrica) y mercados de dos puntas que requieren entender muy bien la interacción entre los participantes y como se afectan uno a otro, mediante externalidades positivas y negativas.

Este documento busca realizar un repaso por los principales debates, proponer algunas aproximaciones a los problemas, mostrar algunos casos donde las autoridades de competencia han planteado análisis prospectivos, y finalmente, generar conocimiento sobre el fin último que debe tener la política del Estado frente a la economía digital: La protección de la innovación y las industrias creativas como motor de desarrollo económico.

Palabras clave: derecho la competencia; economía digital; mercados de dos puntas; plataformas digitales; mercado relevante.

DIGITAL ECONOMY: A COMPETITION LAW PERSPECTIVE

ABSTRACT

The digital economy has generated all kinds of economic, political and legal debates. The phenomenon, which can be analyzed from various perspectives, has involved a series of topics that range from human rights including monetary and fiscal policy, and even questioning the role of the State as regulator.

One of the main claims of those who led what is considered as the fourth industrial revolution, is the lack of communication and understanding by the State in regard to the nature of the phenomenon and the technologies that support it.

An objective approach may be to analyze the problem from competition law perspective. This branch of law, working with microeconomics, develops the principles of free competition and freedom of choice for consumers, as mechanisms for maximizing profits in a social market economy.

However, this discipline also faces unique challenges of the digital age, such as ubiquity, intermediation, exchange based on information (generating a challenge in econometric matter) and two sided markets that require understanding the interaction between participants in either side.

This paper aims to conduct a review of the main debates, propose some approaches to problems, show some cases where competition authorities have raised prospective analyzes, and ultimately generate knowledge about the ultimate goal should be the policy of the state against the digital economy: the protection of innovation and creative industries as an engine of economic development.

Key words: *Competition Law; Digital Economy; Two Sided Markets; Digital Platforms; Relevant Market.*

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ha generado el advenimiento de la llamada cuarta revolución industrial. Estamos ante una nueva etapa en materia de historia económica, en la cual el peso o importancia de los factores de producción han ido transformándose desde la tierra hacia el capital, hacia el *entrepreneurship* o emprendimiento, para llevarnos a un escenario donde las ideas tienen un valor superior a todos los anteriores factores.

Como ocurre en cualquier revolución, han surgido una serie de modelos de negocio disruptivos que han generado presión sobre las industrias tradicionales o incumbentes. Y el Estado también ha visto cuestionados sus elementos fundamentales como lo son la soberanía territorial y económica. Estos elementos están bajo discusión, en la medida en que los nuevos negocios son realmente transnacionales e incluso realizan transacciones donde el intercambio no se fundamenta en dinero.

En efecto, los bajos costos que caracterizan la economía digital han permitido ofrecer servicios gratis o de muy bajo costo a los consumidores, los cuales por lo demás parecieran atender necesidades que no lograron ser satisfechas por los negocios tradicionales o las cuales siquiera eran consideradas, producto de la asimetría de información propia de dichos mercados.

Esto ha generado mercados en los cuales la diferenciación y la competencia ya no se da en función del precio sino por innovación y el valor agregado de satisfacer necesidades más específicas. Lo anterior, sin perjuicio del efecto que se ha generado en otras donde prácticamente hay servicios que se han transformado en *commodities* por la transformación digital que han sufrido.

Es innegable el hecho que la economía digital avanza mucho más rápido que la interpretación y aplicación del derecho. Esta situación genera incentivos a los legisladores o las autoridades regulatorias para expedir normas que tienen por objeto controlar los nuevos negocios o incluirlos dentro de categorías existentes de sujetos de la regulación.

La experiencia de intervención del Estado en la economía en los negocios digitales pareciera demostrar que la misma genera más fallas de mercado que las que corrige, o simplemente resulta inoperante.

En efecto, si algo ha quedado claro a partir de los intentos de regulación negocios en internet (SOPA, PIPA, SINDE o Hadopi, las normas de protección de datos personales, entre otros) es que los problemas de la economía digital vienen en gran parte de los problemas de adaptación de la oferta a las nuevas necesidades de la demanda. Y que la validez de los datos personales podría solo ocurrir cuando exista un mayor conocimiento respecto del intercambio que se da entre los agentes de mercado. Así, será importante entender que verdadero debate compete a la seguridad con que se mantienen los mismos más que sean utilizados por oferentes para brindar mejores servicios a los usuarios.

La intervención de carácter *ex ante* por parte del Estado requiere un proceso de estudio, análisis, consulta con los grupos de interés, y aplicación y socialización que desentona con la velocidad y dinámica propia de los mercados digitales. Los nuevos modelos de negocio muchas veces no quieren ser empresas que perduren varias décadas en los mercados. Por el contrario, su modelo está estructurado en periodos de años o inclusive algunos meses. Todo dependerá de satisfacer necesidades focalizadas y locales de los usuarios.

Adicionalmente, intentar regular todo aquello novedoso como si formara parte de la antigua concepción de servicio público, puede tener efectos funestos desde el punto de vista de política

económica: desincentivar la inversión y comprometer el derecho fundamental de los consumidores a libre elección de productos de calidad.

El reclamo de los distintos agentes de mercado pareciera ser unísono: Fair play y reglas de juego claras. Este argumento a traído a la arena del debate al derecho de la competencia. Esta disciplina aplicada desde el siglo XIX en los E.E.U.U. para combatir los grandes *trusts* de los empresarios norteamericanos, pareciera estar llamada a entrar en acción como mecanismo de intervención *ex post* en la economía.

El derecho de la competencia con su análisis económico pueden brindar ciertas herramientas de análisis objetivo, sin embargo lo cierto es esta disciplina afronta al menos dos retos propios de la era digital: **(i)** los mercados de dos puntas y **(ii)** el análisis prospectivo de los mercados.

El primero ha sido un concepto desarrollado principalmente por el economista Jean Jaques Tirole, bajo el cual existe dos grupos de consumidores cuyas externalidades se afectan positiva y negativamente, y donde media una plataforma o punto de intercambio. El ejemplo más antiguo pueden ser la casamenteras pasando por los sistemas de pago de tarjetas débito y crédito hasta llegar a los lectores y anunciantes en los diarios y medios de comunicación.

El segundo al tipo de análisis empleado para formular las políticas regulatorias, no con base en modelos estáticos enfocados hacia una competencia de precios sino por el contrario hacia una competencia dinámica.

En esa medida, consideramos que el debate debe analizarse con una perspectiva de largo plazo. Si algo se ha demostrado en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es que los mercados cambian rápidamente, como ocurrió a la industria de telefonía fija quien era considerada un agente con posición dominante frente a los operadores móviles a principios de los años noventa.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, sólo al reconocer y entender la etapa de la revolución digital en la que estamos podremos dilucidar cuales son las reglas y principios que deben resolver los presentes conflictos a fin de lograr al menos los siguientes propósitos: **(i)** igualdad entre agentes de mercado, **(ii)** incentivar de la innovación y **(iii)** protección y promoción de las industrias subyacentes a todas las plataformas digitales.

Este documento analizará una contextualización del debate que se presenta entre varias industrias, luego analizará el concepto de los mercados de dos puntas, pasando por la estructura de algunos de ellos, luego se analizará cual ha sido el rol del derecho de la competencia en lo anterior para finalizar con la propuesta de los principios fundantes para resolver el conflicto que se presenta.

2. EL DEBATE ENTRE LAS INDUSTRIAS TRADICIONALES Y LOS SERVICIOS OVER THE TOP (“OTT”)

En 1984, Apple lanzó el Macintosh. El lema de la campaña publicitaria era la democratización del acceso, almacenamiento y transformación de la información a través de dicho producto, para evitar un escenario de control de la sociedad a través del monopolio de la misma. Es decir evitar aquel 1984 previsto por George Orwell.

Este es el elemento fundante de la mayoría de plataformas digitales: Google es el filtro de contenidos e información más utilizado, Facebook masificó la posibilidad de publicar contenido social, Twitter es la plataforma de manifestación de opinión utilizada por muchos e incluso contribuyó a la llamada primavera árabe.

Por su parte Uber reduce muchos de los costos de transacción entre pasajeros y transportadores, reduciendo la incertidumbre propia de la asimetría de información entre las partes. Airbnb permite a varios oferentes comunicarse con consumidores que

antes no tenían un punto de encuentro, y así sucesivamente en los diferentes mercados (taskrabbit, lending club, splinter). Todos tienen como común denominador el acceso a mayor información, la reducción de los costos de transacción entre las partes.

Por su parte las plataformas que administran contenidos han llevado a que los canales lineales de transmisión (canales de televisión o emisoras de radio) ya no sean quienes determinen la forma de los usuarios de acceder a la información. Si bien el concepto no es nuevo ya que las tecnologías de reproducción y almacenamiento existen de vieja data (VHS o grabadoras de audio), el *long tail* que permite las tecnologías han sido determinantes en poder asimilarse a un sustituto adecuado de los canales tradicionales.

Lo anterior ha requerido que se presenten importantes avances en las cadenas de valor que existen en estas industrias: **(i)** acceso móvil de mayor velocidad a internet, **(ii)** terminales o equipos más capaces y sobre todo móviles y **(iii)** la oferta de contenidos o información organizada bajo ciertos criterios o algoritmos.



Ilustración 1 Cadena de Valor¹

1 https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/PCA_IoT/Informe_6_PCA_IoT.pdf

Las plataformas permiten organizar todos los anteriores elementos y proveer los servicios que buscan satisfacer las necesidades de los consumidores modernos.

Ahora bien, es importante distinguir que cada industria ha tenido un impacto diferente. El primer impacto se presentó en la industria de telecomunicaciones donde se observó cómo los proveedores de servicios OTT tales como skype, imessage, whatsapp, viber entre otros prestaban servicios de tarifa plana o gratis que comenzaron a afectar los ingresos que obtenían los carriers y operadores tradicionales. Estos desarrollos afectaron los ingresos por tarifas de voz y SMS que éstos obtenían.

Por otra parte están las OTT que prestan servicios basados puramente en el tratamiento de información y difusión de la misma. Éstas actúan como nuevos medios de comunicación que si bien pueden o no competir directamente con los operadores de telecomunicaciones (mensajería de Facebook) lo cierto es que su negocio se basa exclusivamente en manejar la información de los usuarios.

Finalmente están las OTT disruptivas de otras industrias como Uber, Airbnb, Taskrabbit, lending club, y muchas otras con alcances financieros, de transporte, de la fuerza de trabajo, entre otros. Dentro de esta categoría existen aquellas que son complementarias a negocios tradicionales y permiten que los mismos se enfoquen en su core business como *rappi* aplicación de domicilios de tiendas de barrio y supermercados.

Estos negocios digitales se caracterizan por su bajos costos de operación, ya que todos ellos son meras plataformas que permiten conectar dos grupos y en consecuencia se han constituido en un pilas fundamental del sharing economy y del collaborative consumption.

Así, podemos observar que existen al menos tres tipos de plataformas: **(i)** aquellas que compiten con industrias tradicionales ya que prestan los mismos servicios, **(ii)** aquellas que funda-

mentan su modelo de negocio en conectar dos puntas y se fundamentan en industria subyacentes, pero que tienen el efecto de competir con industrias subyacentes y finalmente **(iii)** aquellas que son nuevos modelos de negocio basados en la administración de la información de los usuarios.

La industria tradicional o subyacente a estas plataformas ha elevado su voz de protesta, toda vez que considera que los nuevos modelos de negocio innovadores no cumplen con las mismas regulaciones que ellos deben y en consecuencia el Estado estaría generando o permitiendo una desigualdad frente a las cargas regulatorias.

Por su parte la industria OTT ha respondido que ellos no son iguales a la industria subyacente por lo cual es normal que exista un diferente tratamiento por parte de la regulación que aplica a unos u otros.

Surgen entonces dos interrogantes básicos: ¿son agentes de mercado que deberían ser tratados de igual forma por el Estado? Y si es así la alternativa debe ser ¿regular a los nuevos o desregular a los agentes *de la industria tradicional*?

Considero que la respuesta a la primera pueden brindarla las herramientas de análisis económico existentes, lo cual podrían generar una solución basada en criterios objetivos de mercado.

La segunda depende de los propósitos y metas a largo plazo que se fijen los gobiernos.

Y para ello será esencial entender bien que estamos en una de las primeras etapas de la revolución y que la solución debe tener en cuenta los efectos a mediano y largo plazo de cada uno de ellos. En efecto, debe analizarse con cuidado primero los beneficios y oportunidades que trae generar competencia e igualdad entre las plataformas y los efectos negativos que bien podría generarse en las industrias subyacentes de no realizarlo

Y también, realizar una aproximación cuidadosa a la hora de determinar si existe o no una igualdad entre los agentes de mercado.

3. MERCADOS RELEVANTES

Como se adelantó en la parte introductoria, uno de los elementos distintivos es la existencia de mercados de dos puntas. Antes de analizarlos, es pertinente revisar brevemente la forma como se determinan los mercados relevantes.

Sobre el particular la SIC ha desarrollado amplia doctrina y siguiendo los parámetros del *International Competition Network*, usando diferentes técnicas económicas define los tres aspectos de todo mercado relevante: producto, geográfico y temporal.

3.1 MERCADO PRODUCTO

La Comisión Europea lo ha definido en la siguiente forma:

“Un mercado de producto relevante comprende todos aquellos bienes o servicios, que son considerados como intercambiables o sustituibles por el consumidor, por razones de las características de sus productos, sus precios y su supuesto uso. Un mercado de producto relevante puede, en algunos casos, estar compuesto de grupos de productos individuales. Un grupo de productos individuales es un producto o pequeño grupo de productos que presentan características físicas o técnicas idénticas, por las que son completamente intercambiables”

En el mismo sentido ha dicho que:

“El mercado de producto de referenciación comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.”

Así pues, definir el mercado producto implica establecer a que otros productos trasladarían sus necesidades de demanda los consumidores ante un aumento pequeño pero significativo y sostenido en el tiempo, en el precio del producto inicial. Si esta situación se presenta, tales bienes se consideran sustitutos cercanos y formarán parte del mercado relevante; pero en caso contrario, se

entenderá que los mencionados productos conformarán dos mercados relevantes diferentes e independientes.

La definición del producto que determina el mercado relevante debe hacerse desde el punto de vista del usuario, agente de mercado que con su preferencia final por adquirir uno u otro producto particular define la competencia entre los fabricantes, razón por la cual se considera que dos productos pertenecen a un mismo mercado relevante cuando a los ojos del consumidor presentan una igualdad económica entendida como la posibilidad que tienen de satisfacer las mismas necesidades.

Para establecer si los productos que se analizan son sustitutos entre si y por lo tanto conforman un mismo mercado relevante de producto, la doctrina europea examina respecto de los mismos las características, el uso y el precio, vistos estos elementos desde la óptica del consumidor.

3.2 MERCADO GEOGRÁFICO

Es el área geográfica dentro de la cual, razonablemente puede ocurrir una sustitución de los productos. Así pues, se refiere a la situación de conformidad con la cual los consumidores pueden sustituir su consumo de bienes por aquellos ofrecidos por otros oferentes dentro de la misma área. Así, usualmente existen mercados locales, regionales, nacionales o internacionales.

3.3 MERCADO TEMPORAL

Por otra parte existe el mercado relevante temporal. El mercado temporal se refiere al momento en el cual se produce un intercambio entre el oferente y el consumidor. Esto por cuanto lo cierto es que los mercados son variables y muchos de los análisis de competencia deben realizarse respecto de este ámbito. Así la relativa estabilidad en los precios en los tiempos o las cuotas de

producción son señales de alerta para las autoridades de libre y leal competencia.

3.4 MERCADOS DE DOS PUNTAS

Un mercado de dos puntas es aquel en el cual una plataforma o punto de intercambio permite la interacción entre dos o más grupos de consumidores. Un ejemplo bastante remoto de un mercado de dos puntas son la casamenteras o *matchmakers* que se encargaban de analizar las necesidades de un grupo de usuarios frente a la de otros. O por ejemplo el Diners Club de Nueva York, precursor de los medios de pago de bajo valor como las tarjetas de crédito y débito.

Ahora bien, para distinguir los mercados de dos puntas de cualquier otro mercado, la literatura económica los ha distinguido a partir de dos elementos: **(i)** la no-internalización de las externalidades entre los dos grupos de usuarios y **(ii)** la afectación de la estructura de precio por los niveles de precio más allá del poder de mercado de los agentes económicos.

“Teóricamente es difícil establecer cuándo un precio dado en un mercado de dos lados está por encima o por debajo del óptimo social, o cuándo una mayor competencia haría que el precio suba o baje. Esto es así porque el precio de un lado del mercado depende no sólo de la demanda y los costos que imponen los consumidores de ese lado, sino también de cómo su participación afecta la participación en el otro lado del mercado y la ganancia que se extrae de esa participación. En un mercado de un solo lado, el margen precio-costo se puede caracterizar a partir de la elasticidad de la demanda y del costo marginal. Pero en un mercado de dos lados las decisiones de precios incluyen también la elasticidad de la respuesta del otro lado y el margen que se cobra al otro lado.”

Las externalidades de los dos grupos de consumidores se comunican y afectan mutuamente a través de la plataforma y los precios dependerán no del poder de mercado de los agentes, sino

de la necesidad de balancear los costos entre las dos puntas de mercado dependiendo de sus necesidades e intereses particulares.

Sobre el particular, la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia indicó lo siguiente:

“Así, se tiene que un mercado de dos lados estará definido por una relación en la que el precio total del mercado (PS) estará compuesto por la suma de los precios pagados por cada uno de los lados del mercado ($Ps=P1 + P2$).

De lo anterior se desprende que un aumento o una reducción en el precio pagado por uno de los lados, repercutirá inversamente en el precio pagado por el otro lado, sin que el precio total del mercado (Ps) se modifique. Por ejemplo, una reducción en el precio del lado 1 (P1) ocasionará un aumento en el precio del lado 2 (P2) de tal modo que el precio total del mercado (Ps) se mantendrá constante.”

En el caso de los diarios o medios de comunicación, las dos puntas que deben balancear son los anunciantes que buscan espacios publicitarios y los lectores que buscan contenido, ya sea editorial o noticioso, respecto de varios temas de interés. En esa medida los costos del diario se balancearán dependiendo de las necesidades e intereses de los anunciantes en llegar a un mayor público, asumiendo un mayor costo de los anuncios para facilitar mayor circulación del diario, o aquellos lectores que consideran que es importante tener un contenido editorial de mayor profundidad ante lo cual están dispuestos a pagar una suscripción. Ahí entonces nace la diferencia entre diarios como el New York Times o los tabloides.

En esta línea, existe otros ejemplos como los centros comerciales donde los usuarios son subsidiados muchas veces (entrada y parqueadero gratis) para garantizar una mayor afluencia a cambio de mayores niveles de renta por parte de los almacenes que ofrecen sus servicios. Es evidente que el costo final de estos mayores arrendamientos será incluido en los servicios y bienes que ofrezcan a los consumidores.

En efecto, este tipo de esquemas no se compite por precio, sino por el valor agregado y los incentivos que se generan en los consumidores con esa proporción del costo del bien que será trasladados a ellos, por eso algunas veces se habla de la experiencia que deben venderse a los diferentes consumidores.

Lo anterior, brinda mayor claridad respecto del modelo que adoptan diferentes plataformas y la forma como deciden balancear sus costos en una u otra punta. En el caso de Netflix tenemos una plataforma que sólo fundamenta su estructura en un modelo de suscripción. Por su parte los cableoperadores hacen lo mismo, sin embargo los canales que transmiten a la vez balancean a éstos con sus anunciantes, generando tarifas más o menos bajas en cada caso. Finalmente están los canales abiertos cuya gran audiencia permite la financiación mediante la pauta publicitaria que pueden comercializar.

3.5 COMPETENCIA INTERPLATAFORMAS E INTRAPLATAFORMAS

También es relevante distinguir entre la competencia *intraplataforma* y la competencia *interplataforma*. La competencia *intraplataforma* hace referencia a aquella que se presenta entre los agentes de mercado que comercializan sus bienes y servicios dentro de una misma herramienta o plataforma. Puede pensarse por ejemplo en un app store o google play. O por ejemplo como los conductores que se asocian a Uber tienen unas tarifas fijas mientras aquellos que listan sus bienes en Airbnb al precio que consideran pertinente bajo la presión de sus competidores.

En Europa se presentaron los casos de *Google France v. Louis Vuitton Malletier*, *Google France V. Vaiticum Luteciel* y *Google France Vs. CNRRH, Pierre Alexis Thoner, Bruno Raboin Tiger*. En estos litigios, se cuestionó el sistema de AdWords de Google ya que competidores y falsificadores podían adquirir palabras asociados a marcas reconocidas y así aprovechar su reputación,

lo cual constituye una infracción de los derechos de propiedad intelectual y en consecuencia actos de competencia desleal.

Así mismo, en Estados Unidos, la Federal Trade Commission adelantó una investigación contra Google donde analizó el algoritmo de búsquedas de Google. Básicamente lo que se cuestionaba era la falta de neutralidad del algoritmo el cual tendía a beneficiar a ciertos agentes de mercado relacionados verticalmente con dicha empresa, entre otros elementos:

Ahora bien es importante manifestar que las restricciones dentro de una plataforma podrán o no ser validas dependiendo de las circunstancias. Lo anterior bajo el test desarrollado en E.E.U.U. en el caso de *GTE Sylvania v. Continental TV*, bajo la cual ciertas restricciones verticales están justificadas, siempre que el efecto anticompetitivo *intramarca* sea sobrepasado por el efecto procompetitivo entre marcas. Este caso trataba respecto de las cláusulas de exclusividad territorial en la distribución de bienes. Se concluyó que los incentivos que generaba impedir que dos o más distribuidores participaran con la misma marca en una misma zona fortalecían de forma importante la competencia *intermarcas*, y el beneficio del mercado al tener mayor competencia entre marcas aumentaba al igual que el bienestar del consumidor.

Las cortes de dicho país han desarrollado esta filosofía e incluso permitido que se impongan precios mínimos *intramarca*, sin que lo mismo constituya una indebida restricción a la competencia.

Por otra parte la competencia *interplataformas*, se refiere a la competencia entre los diferentes agentes de mercado, como sería aquel de las búsquedas online tales como Google, Yahoo y Bing compiten entre ellos. O por ejemplo aquella que se presenta entre Uber, Lyft o Cabify. De esta forma, los dueños de los vehículos pueden vincularse a la tres y utilizar la que consideren pertinente y así mismo los usuarios podrán elegir aquella que se ajuste a sus necesidades particulares.

El debate que nos ocupa se presentaría en el mercado *interplataformas*, bajo el entendido que Netflix competiría con los canales tradicionales o los cableoperadores en servicios de provisión de servicios audiovisuales.

Sin embargo, también es importante considerar los efectos de la competencia *intraplataforma*, la cual puede verse afectada por la competencia que se presente entre las plataformas. En efecto, ante la ausencia de más plataformas en el mercado, los oferentes y demandantes que acuden a una plataforma estarían más expuestos a su conductas de abuso de la posición dominante.

Por lo anterior, es importante tener en cuenta los efectos horizontales y verticales en los mercados.

Un ejemplo de lo anterior fue el famoso caso que se adelantó contra Microsoft Corporation en 2001.

La conducta investigada se relacionaba con una práctica abusiva consistente en haber realizado una programación de su sistema operativo para que el mismo fuera sólo realmente operacional con el Internet Explorer. Se consideró que esta conducta generaba que competidores como Netscape u Opera no pudieran entrar a competir dentro de los PC en el mercado de los navegadores.

En 2001 se llegó a un acuerdo para que Microsoft permitiera acceso a sus sistemas de programación a sus competidores. Sin embargo no existió un pronunciamiento respecto de sus prácticas abusivas. A pesar de ello, es importante tener en cuenta que las autoridades también tienen en cuenta los efectos verticales o prácticas de empaquetamiento de servicios que busquen apalancarse en el poder de mercado en otros mercados.

3.6 RESPECTO DE LA SUSTITUIBILIDAD ENTRE LAS PLATAFORMAS Y LOS SERVICIOS SUBYACENTES

Retomando lo antes escrito, el elemento central para definir un mercado producto es que los bienes o servicios sean sustitutos. Y

aun cuando no sean sustitutos, analizar la conexidad o verticalidad con dichos mercados para determinar si es necesario adoptar medidas de protección de la competencia a fin de eliminar conductas restrictivas o abusivas.

Este análisis, propio de una intervención *ex-post* en los mercados pareciera ser más certero y tendiente a generar un mejor efecto general en la economía que aquellas regulaciones sectoriales, propias de la intervención *ex-ante* en la economía. Lo anterior, toda vez que la regulación *ex-ante* parte de algunos supuestos que pueden ser limitados e incluso generar asimetrías regulatorias.

El BEREC (Body of European Regulators of Electronic Communications) al elaborar sus informes sobre los servicios OTT parte de la definición de ECS o servicio electrónico de comunicaciones, clasifica a los OTT en tres categorías: **(i)** aquellos que prestan servicios idénticos a los ECS, **(ii)** aquellos que potencialmente pueden competirles y **(iii)** aquellos que realmente no tienen la potencialidad de realizarlo. Esto podría generar al menos dos problemas.

El primer problema radica en el hecho de partir de una definición de un servicio, para analizar efectos de un mercado, implica el riesgo de entrar en la práctica de regular servicios y no de mirar los efectos del mercado. Un ejemplo de lo anterior es que en la mayoría de los países existe una regulación del servicio de telefonía fija, una de internet fijo, otra de servicios móviles y otra de televisión paga. La regulación de cada servicio es diferente atendiendo varios criterios, sin embargo fallan al no reconocer los mercados donde compiten efectivamente en razón a las ofertas que realizan las empresas que los venden y empaquetan bajo las modalidades de triple y cuádruple play. Al analizar estas regulaciones, pareciera que persiste un desconocimiento del fenómeno de la convergencia tecnológica, el cual está ligado intrínsecamente con los nuevos negocios digitales.

Por lo anterior, y para efectos de dilucidar la cuestión sobre si los jugadores son realmente iguales deben realizarse una aproximación de definición de mercados relevantes, basados en la sustituibilidad de los bienes y servicios, puesto que al final será la necesidad que satisfaga la que determinará la competencia entre los diferentes agentes de mercado.

Ahora, es importante resaltar que las características y precio sí son elementos que toman en cuenta las autoridades de libre competencia. Sin embargo los mismos deben ponderarse con el uso presunto del bien. Pero adicionalmente nos corresponde tener en cuenta las diferencias entre la competencia estática y la competencia dinámica.

J Gregory Sidal y David J Teece explican que la competencia dinámica es aquella que se fundamenta en la innovación de procesos y bienes, en contraposición con la competencia basada en precios. La idea no es sólo analizar la concentración de mercado y los porcentajes de participación de los agentes de mercado, sino en sus capacidades y su posibilidad de competir a futuro.

Así, el análisis económico para determinar mercados relevantes pasa de ser retrospectivo y ser más prospectivo, elemento crucial para analizar los casos que hemos estudiado. En efecto, en mercados que están siendo afectados por tecnologías disruptivas, cualquier análisis retrospectivo puede resultar en políticas económicas y regulatorias no muy acertadas. Y es un análisis mucho más cercano a identificar las condiciones de mercado a futuro basado en capacidades y conocimientos de los agentes de mercado.

Por ejemplo un análisis estático hace varios años hubiera demostrado que Blackberry tendría una posición dominante en el mercado de los teléfonos móviles y que el Iphone y otros similares era jugadores relativamente pequeños. Con base en dicho fundamento y análisis de mercado relevante se podrían haber impuesto medidas contra Blackberry, sin tener en cuenta la capacidad y la innovación que vendría en el mercado, donde los con-

sumidores encontraría opciones que satisfacen otras necesidades que el Blackberry no podía.

Finalmente, es importante también que se tenga en cuenta que muchos mercados digitales no son juegos de suma cero. Los juegos de suma cero son aquellos en los cuales la ganancia de un agente de mercado representa la pérdida de otro, en la misma proporción. Esta situación, bastante común en los mercados financieros, no se presenta dada la naturaleza disruptiva e innovativa de los servicios de las OTT.

En efecto, muchos afirman que Uber no solo ha logrado capturar parte del mercado de los pasajeros de los taxis, sino que también ha logrado que varios individuos dejen sus vehículos particulares. Esto, sería un indicativo de entrar a definir mercados relevantes más amplios para tener en cuenta no solo el ámbito temporal, sino el mismo mercado producto.

3.7 ANÁLISIS DEL CADE SOBRE EL MERCADO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASAJEROS

En septiembre de 2015, el Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (CADE) elaboró un estudio económico en relación con el caso de Uber.

Para construir su informe, el CADE toma en cuenta políticas de desarrollo urbano atadas a las políticas de transporte público y las experiencias de desregulación del servicio de taxis en varias empresas. Lo novedoso del estudio es que parte del análisis de otras consideraciones relacionadas y conexas con el mercado central, para realizar recomendaciones de política pública.

El CADE llama la atención sobre la problemática que ocurre cuando la regulación del Estado se convierte en una falla de mercado, en tanto la asimetría de información que busca corregir deja de existir y se presenta una captura de la entidad regulatoria a favor de intereses particulares.

En efecto, y regresando a los elementos esenciales de la sociedad de la información, uno de los fenómenos más recientes es como el intercambio de información en tiempo real permite conocer realmente el valor y calidad de los productos. Cada vez es más evidente que los productores son más atentos a los comentarios que realicen los usuarios de sus bienes en redes sociales que los requerimientos de las autoridades regulatorias.

Si se presta atención a lo que ha generado la regulación de taxis en varias partes del mundo, su efecto ha sido generar un monopolio a favor de aquellos propietarios de las licencias de taxi quienes ven crecer el valor de las mismas sin necesidad de incorporar mejoras o innovación en los servicios que prestan. Lo anterior genera un detrimento en contra del consumidor, puesto que la calidad del servicio que recibe cada vez será peor ante la ausencia de competencia.

El CADE aborda el análisis de la desregulación como una apuesta válida. Para ello, analiza los casos de Suecia y Holanda. Concluye que los resultados son mixtos en la medida en que la ausencia de regulación en principio genera un alza en los precios de transporte y eventualmente comprometer la calidad del servicio. Sin embargo, también concluye que cuando dicha desregulación se articula con otras políticas adecuadas de movilidad urbana, para fomentar el transporte público, el efecto sobre la competencia y el consumidor termina siendo positivo. Lo anterior, en la medida en que las políticas regulatorias reconocan la realidad de mercado y propugnen por generar escenarios competitivos.

Por lo anterior, advierte que el análisis de este tipo de casos siempre deben verse desde la perspectiva de las industrias subyacentes, los consumidores y los efectos en la competencia a largo plazo.

De esta forma es importante resaltar al menos dos elementos del estudio del CADE: **(i)** toma en cuenta otros elementos de

política pública tales como planeación urbana y la movilidad interna y **(ii)** considera los efectos que tienen las plataformas en los mercados subyacentes.

4. INDUSTRIAS SUBYACENTES

4.1 RELACIÓN A CORTO, MEDIANO Y LARGO PLAZO ENTRE LOS DISTINTOS AGENTES DE MERCADO

Uno de los elementos que más se ha desarrollado con los servicios OTT es la economía del consumo colaborativo o sharing economy. Éste parte de la base de los negocios entre consumidores y consiste básicamente en un consumidor que con un activo o factor de producción está dispuesto a prestar servicios a otro. Así nacen modelos como Uber, Airbnb o Relayrides. El fundamento de estos negocios es la existencia de activos que están subutilizados para convertirlos en bienes productivos a través del intercambio que puede propiciar la plataforma. Es decir, mercados de dos puntas.

Por otra parte están los modelos de las OTT que distribuyen contenidos tales como Netflix o Spotify.

También están las OTT que fundamentan sus modelos de mercado en el uso de datos personales de los usuarios. Estas, si bien deben cumplir con la regulación de protección de datos personales, más o menos uniforme en los diferentes países, desarrollan sus actividades en otros mercados tales como la publicidad y los negocios derivados del data mining y big data.

En este punto surgen los siguientes interrogantes:

¿Qué ocurrirá a largo plazo con los activos de fundamentan el modelo de negocio de las plataformas?

¿Realmente todos son activos subutilizados o por el contrario son la actividad principal de quienes usan las plataformas?

¿Se está generando un ingresos suficiente para garantizar el reemplazo de los bienes utilizados o los costos hundidos de entrar a dicho mercado?

Uno de los efectos de estas plataformas es su tendencia a homogenizar el consumo y la oferta. Sin perjuicio del *long tail* propio de los negocios digitales, lo cierto es que el contenido siempre va a ser limitado. En efecto, el precio de mercado que debe balancearse entre las dos puntas sólo permite adquirir cierto contenido para ser distribuido y en consecuencia es más limitado aquel que puede producirse originalmente.

Por otra parte vale la pena cuestionarse si los ingresos obtenidos tienen involucrados los costos de reparar y mantener dichos activos que se utilizan, e incluso reemplazarlos. No puede ignorarse lo ocurrido con la regulación de los taxis la cual limitó la entrada de competidores y reguló el precio generando un incentivo de valoración de las licencias, pero ignorando la calidad de los servicios como era tener un ingreso suficiente que permitiera reemplazar los vehículos y así mismo la presión de la competencia para tener los incentivos para realizar las inversiones correspondientes.

Y en este punto debemos entonces reevaluar y comprender la etapa de la revolución económica que vivimos en la que estamos. Ciertamente enfrentamos una transformación de los medios de distribución o forma de realizar ciertos procesos. Y debemos hacer énfasis en la palabra transformación, puesto que los servicios OTT se han caracterizado por su innovación y originalidad en la forma de prestar varios servicios pero tampoco pueden desconocer que se han apalancado en creaciones y activos de terceros.

Es importante tener en cuenta que la mayoría de ellos son mercados donde después de un periodo de competencia termina predominando un agente de mercado, los efectos a mediano y largo plazo en los mercados verticales son relativamente inciertos, y los activos subyacentes se desgastan o pierden valor. Por esto

resulta importante el análisis prospectivo propio de la competencia dinámica.

Los interrogantes formulados no solo son importantes desde el punto de vista de protección de una u otra industria, sino desde la sostenibilidad de ambas a largo plazo. Es bajo esta premisa que debe estructurarse la intervención del Estado en la economía, es decir, de la forma que mejor se garantice la libre y leal competencia de forma tal que los usuarios puedan tener bienes y servicios de calidad. Y que los oferentes puedan entrar en los distintos mercados sin barreras artificiales para generar precios de mercado. En palabras de Sidal y Teece, la innovación genera competencia y la competencia genera innovación.

4.2 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Habiendo realizado un recorrido por los diferentes aspectos del debate debemos regresar al fundamento del derecho de la competencia a partir del consenso de Washington. El Derecho de la Competencia busca la regulación del poder de mercado de los distintos agentes a fin de evitar abusos y arbitrariedades. La libre competencia ha demostrado ser el mecanismo más eficiente de asignación de los escasos recursos ante ilimitados deseos y necesidades de los consumidores.

En esa medida la finalidad de las políticas de libre y leal competencia son: **(i)** la eficiencia económica, **(ii)** el bienestar de los consumidores y **(iii)** el libre juego de la oferta y la demanda.

Los tres pilares, interconectados e interrelacionados dan cuenta de la importancia de promover este principio en los mercados.

El primer paso de cualquier análisis de este tipo es identificar en qué mercado los competidores están y para ello debe adelantarse el proceso de definición de mercados relevantes descrito antes en este documento. El mismo va proveer elementos objetivos para determinar si dos o más productos son sustitutos.

Habiendo realizado el test respecto de la igualdad o no de los agentes de mercado luego deberá determinarse el alcance territorial de sus servicios, para definir el mercado geográfico. Si la conclusión es que son competidores entonces el Estado deberá enfrentarse con la pregunta si existe igualdad de cargas o si por el contrario la regulación del Estado está generando una falla de mercado que debe corregirse por medio de dos vías: regulación o desregulación.

Para tomar la anterior decisión, hemos visto ejemplos de cómo se puede analizar no solo las condiciones del mercado en si mismo, sino los efectos verticales o en mercados conexos que se pueden generar. Y estos deberán tener en cuenta las condiciones de mercado que se van a generar de ahí en adelante.

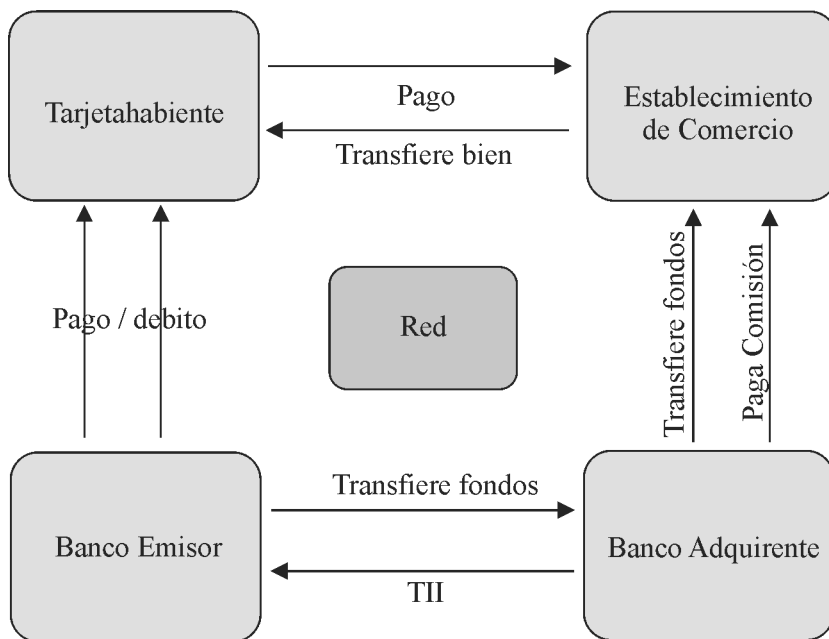
Adicionalmente, será necesario estudiar si la regulación o desregulación va afectar las industrias subyacentes a las plataformas y va permitir la existencia de suficientes jugadores a futuro. Así podría entonces analizarse la conveniencia de tener una o varias plataformas y los efectos que puede tener sobre ambas puntas (oferentes y demandantes) de los distintos mercados.

Siendo bastante casuístico el análisis, resulta traer a colación una experiencia de intervención del Estado en la economía que propendió por generar condiciones de mercado, al interior de una plataforma.

4.3 LAS LECCIONES DEL CASO DE LA TII EN COLOMBIA.-

Uno de los asuntos que más ha desarrollado la doctrina de los mercados de dos puntas es el caso de las Tarifas Interbancarias de Intercambio o TII. El tema se analizó en el marco de las quejas por los costos de los establecimientos de comercio respecto de las tasas que pagaban por utilizar las redes VISA o MASTERCARD.

Las redes de pago de bajo valor funcionan como se ilustra a continuación:



En este escenario, los bancos adquirentes cobran a los establecimiento de comercio una comisión por la administración de la red. Ahora bien, toda vez que para que funcione el sistema se requiere que banco emisor de liquidez al mercado soportando las transacciones crédito y débito, el banco adquirente decide reconocerle la Tarifa Interbancaria de Intercambio. Lo que ocurre es que los establecimiento de comercio cargan con la mayor costo de este servicio. Para balancear los costos de mantener el sistema, el banco adquirente decide pagarle al banco emisor dicho reconocimiento. Esto permite que haya mayor emisión de tarjetas en el mercado y en consecuencia los costos marginales del establecimiento de comercio son decrecientes en la medida en que las tarifas que cobre el banco emisor a sus usuarios sea menor.

Las autoridades de competencia han cuestionado en múltiples ocasiones el hecho de que la TII se haya fijado con base en un acuerdo entre los agentes de mercado que participan en el sistema y no a través del libre juego de la oferta y la demanda. En efecto, en mercados donde la emisión ya es suficiente podría pensarse que la TII debería ser relativamente baja, toda vez que el balanceo de los costos ya puede equiparse al lado de los tarjeta habientes. El nivel de la TII permitirá realizar un equilibrio de las fuerzas del mercado y la necesidad de promover mayor o menor emisión en el mercado.

En EE.UU. se ha cuestionado el hecho de que estas sean fijadas mediante un acuerdo entre los agentes de mercado o por lo menos con base en una estructura que no es transparente. Por su parte, en Europa se busca establecer un límite a las mismas por cuanto se considera que la falta de homogeneidad en las tasas y su falta de transparencia afectan negativamente al consumidor.

En Colombia se desarrolló un mecanismo llamado la REMI, el cual se encarga de fijar la TII con base en una subasta en la cual participan los diferentes bancos que utilizan las redes de pago de bajo valor (VISA y MASTERCARD). El sistema REMI se fundamenta en los siguientes supuesto de que los diferentes agentes de mercado tienen posiciones encontradas (algunos son más adquirentes otros más emisores) y a través de las votaciones se produce una mezcla de información que simula la formación de un precio bajo condiciones de mercado.²

Lo importante del caso colombiano es que se evidencia que la autoridad de competencia fue cuidadosa de amparar un mecanismo de intervención del Estado en la economía que promovía la competencia al interior de una plataforma en vez de a regularla. En efecto, cualquier regulación hubiera tenido en cuenta escenarios estáticos y no habría permitido un ajuste conforme a las libres reglas del mercado al interior de la misma.

2 Resolución 40478 de 2012. Superintendencia de Industria y Comercio.

Este tipo de instrumentos de intervención del Estado en la economía no siempre son posibles. Sin embargo, demuestran una forma de aproximarse a las fallas de mercado de forma tal que se promuevan los valores propios de la economía de mercado. Y formas similares bien podrían pensarse para los problemas que se presentan en la tensión existente entre las OTT las industrias subyacentes.

4.4 INDUSTRIAS CREATIVAS

En 2012, el BID adelantó un estudio sobre la economía naranja o industrias creativas. La economía naranja está definida como:

“El conjunto de actividades que de manera encadenada permiten que las ideas se transformen en bienes y servicios culturales, cuyo valor está determinado por su contenido de propiedad intelectual. El universo naranja está compuesto por: i) la Economía Cultural y las Industrias Creativas, en cuya intersección se encuentran las Industrias Culturales Convencionales; y ii) las áreas de soporte para la creatividad.”³

En dicho informe se presentan las siguientes estadísticas:⁴

- La economía naranja representan el doble de las exportaciones de crudo de Arabia Saudita.
- La fuerza laboral de la economía naranja a nivel mundial es igual a la fuerza laboral de Estados Unidos.
- Si la economía naranja de América Latina fuera un país tendría: **(i)** La economía de Perú (177,000 millones de USD), **(ii)** las exportaciones de Panamá (21,600 millones de USD) y

3 Banco Interamericano de Desarrollo. “La Economía Naranja: Una oportunidad infinita”. 2012. Página 42.

4 Banco Interamericano de Desarrollo. “La Economía Naranja: Una oportunidad infinita”. 2012. Página 142.

(iii) las fuerza laboral de Honduras, Guatemala y El Salvador juntos (11,5 millones de trabajadores).

- La economía naranja en México representan más del doble que lo que recibe este país por remesas.
- Y finalmente, la economía naranja es comparable con las exportaciones de crudo de Venezuela.

Lo anterior, nos hace reflexionar respecto de las industrias subyacentes y los intereses locales, no de una industria, sino del potencial de las economías locales. En efecto, al comprender la etapa de la revolución en que estamos resulta pertinente al menos reflexionar respecto de los próximos pasos.

La intervención del Estado en la economía, *ex ante* o *ex post*, debe propender por generar un escenario sostenible entre todos los agentes de mercado y evitar generar que industrias que deben innovar lo hagan y que otras sencillamente se beneficien de arbitrajes regulatorios.

En esta misma línea, los autores del informe del BID concluyen con las siguientes líneas, al analizar una de las dimensiones de la economía naranja:

“El mundo no es perfecto. Ni el talento, ni el capital ni la tecnología están distribuidos uniformemente. En todos los ámbitos de la sociedad y la economía existe la necesidad de definir una gobernanza. De encontrar mecanismos de coordinación. Que parten de un compromiso tácito por respetar las normas y actuar con sentido común, llegando hasta la imposición forzosa de reglas y controles, brindando legitimidad y estabilidad al sistema a través de la nivelación del campo de juego.”⁵

El mencionado estudio presenta un análisis prospectivo interesante respecto del valor de las industrias subyacentes y la necesidad de garantizar su adecuado desarrollo. En esa medida

5 Banco Interamericano de Desarrollo. “La Economía Naranja: Una oportunidad infinita”. 2012. Página 151.

parte del mismo fundamento que protege la libre competencia: *fair play* entre los jugadores del mercado.

5. CONCLUSIONES

El debate entre las industrias subyacentes, tradicionales y las OTT es uno de los enfrentamientos propios del desarrollo de la revolución que estamos experimentando. Claramente, acallar la innovación resultaría perjudicial y mucho más dar la espalda a los negocios disruptivos que cuestionan la forma como se venía prestando los servicios a los consumidores.

Es importante que los reguladores e instituciones estatales realicen análisis adecuados respecto de la naturaleza real de los agentes de mercado que serían sujetos de la regulación u otra forma de intervención del Estado. Lo anterior no sólo a fin de evitar arbitrajes regulatorios o asimetrías en el trato entre iguales, sino porque la expedición de regulaciones inocuas o vacías pueden terminar comprometiendo el rol del Estado en el mundo actual, donde cada vez cobran mayor fuerza las relaciones entre lo global y lo local, dejando en entredicho el rol del aquel elemento nacional en las relaciones humanas.

Así mismo, deberá reconocerse el valor de las industrias subyacente y protegerlas no solo a fin de que persistan existiendo las dos puntas en los mercados donde se presenten o insumos para que otros realicen sus labores de intermediación. La falta de atención a las industrias subyacentes podría afectar la relación simbiótica que existe entre estos agentes de mercado.

Por lo anterior, el presente artículo ha tratado de entender las herramientas que existen para la correcta formulación de políticas públicas, y generar soluciones que beneficien a los distintos agentes de mercado, bajo reglas claras, e igualdad entre pares, reivindicando el rol del Estado como aquel juez justo, que debe ser oído no sólo por su autoridad formal, sino por aquella que emana de la pertinencia de sus actuaciones.