

**PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO DE
DOS LADOS Y RETOS PARA LAS AUTORIDADES**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**NATALIA AMADO PÉREZ
ANA MARÍA HERRERA ÁLVAREZ**

DIRECTOR DE TESIS: DR. CARLOS ANDRÉS URIBE

2018

Resumen: Los mercados de dos lados son plataformas que gracias al avance de la tecnología han tenido gran desarrollo en los años recientes. En el presente trabajo se analizan las diferencias esenciales frente a los mercados tradicionales, algunos ejemplos de la vida real con casos de derecho comparado y algunas posibles prácticas anticompetitivas que pueden presentarse. De esta manera, se hace evidente el reto que enfrentan las autoridades de competencia actualmente para desarrollar un análisis especial sobre la regulación vigente que se ajuste a las características de este tipo de mercados, sin restringir conductas procompetitivas y pasar por alto las anticompetitivas.

Palabras clave: Mercados de dos lados, prácticas anticompetitivas, control de la competencia.

Abstract: Two-sided markets are platforms that in the last years, due to advances in technology, have had great development. In this paper we analyze the main differences against traditional markets, some real-life examples with comparative law cases and the possible anti-competitive practices that may arise. In this way, is evident that the challenge that the competition authorities have nowadays to develop a special analysis on current regulations that adjust to the characteristics of this type of markets, without restricting procompetitive behavior and overlooking anti-competitive one.

Key words: Two-sided markets, anti-competitive practices, competition control.

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
MERCADO DE DOS LADOS Y SU DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE	9
a) Evolución	9
b) Concepción actual	11
c) Regulación nacional	15
INCENTIVOS Y BARRERAS QUE PUEDEN AFECTAR LA LIBRE COMPETENCIA	19
a) Efectos de red	21
b) Costos de cambio	26
ALGUNOS CASOS DE MERCADOS DE DOS LADOS	31
a) Tarjetas de crédito	31
b) Videojuegos	35
c) Plataformas electrónicas (Uber - Airbnb)	37
d) Plataformas de publicidad	42
POSIBLES PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS	46
a) Competencia desleal	46
b) Acuerdos e Integraciones	54
c) Abuso de posición dominante	60
RETOS PARA LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA	71
CONCLUSIONES	77
BIBLIOGRAFÍA	80

INTRODUCCIÓN

Los mercados de dos lados son plataformas en las que interactúan dos (o más) agentes en donde las decisiones de cada lado o sobre cada lado afectan los resultados del otro lado. Estos mercados, se presentan en escenarios muy específicos y la tecnología hoy, ha contribuido a que se desarrollen a través de plataformas virtuales intermediarias. La demanda de los dos tipos de usuarios se encuentra directamente relacionada, por lo que la manera en la que se analiza la estructura de precios es diferente a la de un mercado tradicional.

Por ser un mercado en competencia, es claro que enfrenta las barreras típicas de entrada. Sin embargo, también enfrenta barreras que se presentan exclusivamente en este tipo de mercados, como son los efectos cruzados de red y los costos de cambio. Estos explican la relación que existe entre cada lado del mercado, en donde se analiza de manera especial, la influencia de los precios y la cantidad de participantes de un lado sobre el otro, demostrando que las decisiones tomadas en uno van a afectar necesariamente lo que sucede en el otro, lo cual puede ser ventajoso o no dependiendo de la competitividad de cada agente. Otra barrera importante que debe tenerse en cuenta al momento de analizar los mercados de dos lados son los costos de cambio que enfrentan los consumidores al querer cambiarse de agente comercial. Sin embargo, el estudio de estos mercados nos llevará a evaluar las posibilidades de superar estas barreras por un mejor ofrecimiento de condiciones.

El punto principal del análisis del presente texto es estudiar si el análisis y aplicación de la normatividad de competencia del mercado tradicional frente al mercado de dos lados debe ser diferente por ser dos figuras muy distintas en su estructura. Para poder llegar a una conclusión sobre si efectivamente el estudio de las normas debe ser actualizado conforme a los desarrollos de

estos mercados, se analizarán específicamente cuatro posibles prácticas que restringen el mercado, vistas desde un punto teórico general para después entender su comportamiento particular en los mercados de dos lados: competencia desleal, acuerdos restrictivos, integraciones empresariales y abuso de la posición dominante. Esto lleva a afirmar que la aplicación de la regulación para cada mercado no debería ser la misma pues, aunque tengan similitudes lógicas por ser plataformas de interacción entre demandantes y oferentes, sus diferencias notorias no permiten que se puedan llegar a solucionar los problemas que se presentan en este mercado a través del análisis tradicional de las normas. Lo anterior lleva a preguntarse: *¿Diferencian las autoridades de competencia el tratamiento de casos que involucran mercados de un lado frente a casos de dos lados? ¿Cuál es el efecto de una respuesta afirmativa o negativa a la pregunta anterior?*

Para poder dar una respuesta a este interrogante, se llevará a cabo un análisis de los casos más actuales que han ido señalando y delimitando con mayor claridad el ambiente de un mercado de dos lados y que ciertamente han traído desafíos para la aplicación de las regulaciones del mercado a las autoridades competentes, siendo estos los siguientes: tarjetas de crédito, videojuegos, plataformas electrónicas tales como Airbnb y Uber, y plataformas de publicidad. Además, se estudiarán casos de Derecho comparado que exponen las problemáticas presentadas por el derecho de la competencia en este nuevo concepto y verificar si se incurre en prácticas restrictivas de la competencia de la misma manera que sucede en un mercado de un solo lado o tradicional, o por el contrario, si esas normas deben ser replanteadas. Es allí donde el reto de las autoridades toma importancia para evitar que comportamientos anticompetitivos se pasen por alto o, al contrario, comportamientos que no lo son en un mercado de dos lados se restrinjan por sí ser anticompetitivos

en el mercado tradicional, esto es, para evitar tanto errores de tipo uno, como errores de tipo dos (falsos positivos y falsos negativos).

Para abordar los interrogantes planteados, el presente trabajo se desarrollará de la siguiente manera: en el segundo capítulo se expondrá la evolución sobre la acepción que se tiene de estos mercados, la concepción actual y sus elementos principales y la regulación colombiana sobre competencia analizando su posible aplicación a los mercados de dos lados. En el tercer capítulo se analizarán las barreras de entrada que enfrentan estos mercados: en un primer análisis se verifica si las barreras tradicionales aplican de igual manera a estos mercados, y posteriormente se estudian barreras que se presentan característicamente en estos escenarios como son los efectos de red y los costos de cambio. Posteriormente, en el cuarto capítulo se exponen algunos de los casos más emblemáticos de los mercados de dos lados como son las tarjetas de crédito, los videojuegos, las plataformas electrónicas -específicamente Uber y Airbnb- y plataformas de publicidad, con su respectiva aplicación a casos de la vida real tanto en Colombia como en el Derecho comparado.

En el quinto capítulo, se estudiarán las posibles prácticas anticompetitivas en que pueden incurrir estos mercados, siempre analizando las normas vigentes y si su aplicación es la adecuada o, por el contrario, si realmente constituyen un reto para las autoridades la forma de interpretar dichas normas o de controlar estos nuevos mercados. De esta manera, en el capítulo sexto se puntualizarán los retos que tienen las autoridades frente a la aplicación de las normas actuales a los mercados de dos lados, para así cerrar el análisis en el séptimo capítulo con las conclusiones. Es necesario poner de presente que durante todo el texto se encontrarán aplicados a casos de la vida real todos los supuestos que se vean estudiados, como por ejemplo, el caso del periódico Aberdeen, las

acusaciones que enfrenta este momento Facebook en Alemania, las sanciones impuestas a Microsoft por un lado, y a Visa y MasterCard por otro lado, entre otros.

MERCADO DE DOS LADOS Y SU DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE

a) Evolución

Inicialmente, el concepto de mercado de dos lados, aunque no se usaba como se conoce hoy en día, fue estudiado por William Baxter en 1983 en el análisis de negocios de dos lados. Este autor demostró la manera en que las tarjetas de crédito proveen un servicio efectivo solamente si los tarjetahabientes y los establecimientos de comercio acceden mutuamente a usar las tarjetas, pues de lo contrario, ninguna de las dos partes obtendría beneficios¹. Lo anterior es una introducción a lo que hoy en día se conoce como efectos de red cruzados, en donde lo que hace un agente necesariamente afecta lo que hace el otro en este tipo de mercados.

Sin embargo, el concepto actual fue establecido en los inicios del 2000, cuando varios investigadores y analistas empezaron a describir una forma particular de mercado que empezaba a crecer. Las investigaciones principales se centraban en el estudio de la forma en la que funcionaba este mercado. En el 2002, el concepto fue utilizado por primera vez por Jean-Charles Rochet y Jean Tirole², autores que estaban investigando ciertos comportamientos que no iban acorde con la teoría económica tradicional. Primero estudiaron las actuaciones específicas de estos mercados, para así, posteriormente poderlas predecir. Con estos estudios, y con las actuaciones innovadoras de los mercados, -como es la interacción bilateral entre dos lados del mercado, la utilización de la tecnología y en muchos casos, el uso de plataformas electrónicas- se pudo llegar a definir

¹ Richard Schmalensee & David S. Evans. *Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*. Competition Policy International. 20 de mayo de 2007, pág. 156.

² Jean-Charles Rochet & Jean Tirole. *Platform Competition in Two-Sided Markets*. European Economic Association. 2003, pág. 991.

adecuadamente situaciones de la economía que con anterioridad no se habían presentado, llegando a nuevas conclusiones sobre el análisis de actuaciones anticompetitivas o de cómo actuar en escenarios de estrategias de negocios.

Después de entender el análisis que han hecho estos y otros autores sobre este concepto, se puede decir que un mercado de dos lados es un fenómeno económico donde dos tipos distintos de usuarios entran a una transacción a través de una plataforma de uso común, donde el aumento de usuarios de cada grupo crea externalidades de una parte hacia la otra y viceversa. Según varios autores, esas externalidades cruzadas de red causan consecuencias como “*la gallina y el huevo*”, es decir que para atraer compradores la plataforma intermediaria debería tener una gran cantidad de vendedores que ofrezcan el servicio o producto, pero para que dichos vendedores se registren en la plataforma debería tener una expectativa cierta de muchos compradores dispuestos a adquirirlo.³

El estudio de este nuevo fenómeno económico ha sido de gran importancia, pues en las últimas décadas, el internet y el “e-commerce” han llevado a la expansión y el desarrollo de muchos de los mercados de dos lados que se estudian en la actualidad. Hoy en día hay grandes plataformas de internet que tienen mucha incidencia en este fenómeno, por ejemplo en el ámbito de las plataformas de búsqueda como Google, en la venta y comercializaciones de bienes y servicios a través de Amazon, en plataformas de subastas como eBay, en el mercado de la música a través de iTunes, en la venta de smartphones de Apple, en las redes sociales como Facebook, entre muchos otros. Estos mercados también funcionan de manera predominante en los sistemas de tarjeta de

³ Bernard Caillaud & Bruno Jullien. *Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers*. The RAND Journal of Economics. 2003, pág 310.

crédito de diferentes franquicias y de pago por internet, siendo en la actualidad los de mayor incidencia en el mercado Visa y Mastercard en tarjetas y PayPal en pagos⁴.

b) Concepción actual

Hoy en día no hay una definición mundialmente aceptada de los mercados de dos lados. Sin embargo, varios investigadores, doctrinantes, juristas y economistas han intentado identificar ciertos puntos que se ven reflejados de manera reiterada en este tipo de mercados, lo cual permite llegar a un concepto general de los mismos⁵.

Los aspectos comunes más relevantes dentro de los mercados de dos lados que han sido analizados pueden resumirse en tres elementos:

- (i) Hay dos tipos de usuarios diferentes que ofrecen servicios o productos diferenciados, y que, al participar en la misma plataforma, se necesitan mutuamente para desarrollar actividades entre ellos;
- (ii) Las externalidades indirectas siempre están presentes en este tipo de mercados, donde el valor que tenga una parte de los consumidores se verá aumentado si hay más consumidores del otro lado. Para mostrar esto con un ejemplo, en los periódicos o revistas, los agentes publicitarios se verán beneficiados si tienen una gran cantidad de lectores y así mismo, los consumidores se verán beneficiados si éste periódico por su

⁴ Giacomo Luchetta. *Is the Google Platform a Two-Sided Market?*. Journal of Competition Law & Economics. 1 de marzo de 2014, pág. 4

⁵ OCDE. *Policy roundtables, Two-sided markets*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. 19 de diciembre de 2009, pág. 11.

- gran acogida crece cada vez más, donde se ve reflejado que las actuaciones de ambas partes del mercado dan beneficios recíprocos;
- (iii) La estructura de los precios afecta el nivel de las transacciones, es decir, la manera en la que los precios son impuestos entre los consumidores del mercado de dos lados.⁶ Es posible que la forma de imposición de los precios pueda afectar más a una parte del mercado y reduzca el precio que paga el otro lado. Esto es importante en cuanto a que el precio debe ser modificado para que se incentive la entrada a ese mercado⁷.

La definición del mercado relevante es importante por la dinámica que tienen los precios en este tipo de plataformas. Los productos, como ya se dijo, dependen el uno del otro y tienen una relación muy íntima, por lo que el precio de uno va a afectar necesariamente el precio del otro. Esto puede desembocar en un constreñimiento en la habilidad para incrementar los precios entre los agentes del mercado. Este juego de precios de cada producto o servicio ofrecido en la plataforma es natural cuando la demanda y la oferta de los mismos es la que los modifica. Sin embargo, cuando de manera artificial se cambian los precios de un lado de la plataforma, se pueden llegar a generar efectos adversos para uno de los agentes, lo cual podría configurarse como una práctica anticompetitiva, como se explicará más adelante.

Con respecto a la definición de mercado relevante, *“es un intento de definir un grupo de productos que son sustituibles de tal manera que las empresas que los producen puedan ser percibidas como competidoras una contra la otra, y que, por lo tanto, limitan la capacidad de la otra para aumentar*

⁶ Giacomo Luchetta. *Is the Google Platform a Two-Sided Market?*. Journal of Competition Law & Economics. 1 de marzo de 2014, pág. 6.

⁷ OCDE. *Policy roundtables, Two-sided markets*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. 19 de diciembre de 2009, pág. 13.

precios”⁸. En cuanto a los mercados de dos lados, es importante diferenciar entre mercado transaccional (los dos agentes que participan deben pagar por el uso del servicio) y no transaccional (sólo un agente paga por el servicio). Esto, porque algunos autores establecen que para los primeros la definición de mercado relevante debería hacerse sobre un sólo mercado, mientras que para los segundos dicha definición se debería hacer por separado para cada mercado de manera interrelacionada. Es, principalmente, para el primer tipo de mercado de dos lados que la manera tradicional en la que se ha venido definiendo el mercado relevante no aplica.

Normalmente se usa el test llamado “pequeño aumento significativo no transitorio en el precio” (o en inglés “small significant non-transitory increase in price test” - SSNIP test), con el cual se pretende definir el mercado más estrecho en el que una sola empresa podría aumentar los precios de manera sostenible o ejercer de otra forma poder de mercado, asumiendo un monopolio sobre un producto específico. Sin embargo, las dos complicaciones que surgen al tratar de definir un mercado de dos lados de transacciones con este test son: 1. como en este tipo de mercados se establecen dos precios, de qué manera se define cuál es el precio que se debe incrementar para poder hacer el test y 2. dado que se obtienen beneficios en los dos lados que interactúan, cuál debería ser el beneficio que se tiene en cuenta para hacer el análisis de mercado relevante.⁹ Este análisis se profundizará en el capítulo de Retos para las autoridades de competencia, donde se expondrá los diferentes métodos para definir de manera adecuada el mercado relevante en los mercados de dos lados.

⁸ Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt. *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. TILEC Discussion Paper; Tilburg Law School Research. 16 de marzo de 2013, pág. 5.

⁹ Ibid, pág. 4.

Con base en lo anterior, es importante mencionar que los precios no se pueden establecer de la misma forma en la que se hace en un mercado tradicional o de un solo lado, en donde (de manera simple) se tienen en cuenta los costos marginales y los ingresos marginales. En los mercados de dos lados se deben analizar dichos costos e ingresos marginales, así como el costo que generan los efectos cruzados o externalidades de red y los costos de cambio. Lo anterior porque la interacción en una misma plataforma de dos tipos de agentes diferentes crea ciertos incentivos o desincentivos en los usuarios que se pueden reflejar en el precio y en la participación de los mismos en la plataforma. Es decir, si el agente de un lado tuviera en cuenta solamente sus costos e ingresos marginales podría afectar directamente al agente del otro lado.¹⁰

Como se dijo anteriormente, hay una parte del mercado que no está obligada a pagar por el servicio o el producto, y sólo maneja un lado del mercado que sí paga por pertenecer a este. Esto es un ejemplo de la diferencia de dinámicas que tienen estos mercados, pues comúnmente se piensa que una parte compra los servicios o productos de otra parte. Por lo tanto, ofrecer el servicio gratuitamente permite una maximización de estrategias para las plataformas. Esto pasa ya que, si la plataforma da gratuitamente su producto o servicio, alcanza a atraer más consumidores que reciban ese producto. Es cierto que, aunque pierde dinero de una parte del mercado, lo recuperará gracias a la otra parte del mercado, haciendo mayores sus ganancias, en contraste a que ambos lados del mercado pagarán un precio. Un ejemplo de lo anterior es la manera en la que funcionan los periódicos y su publicidad, así como la técnica de las discotecas para atraer más personas cuando las mujeres entran gratis.¹¹

¹⁰ Sebastian Wismer, Christian Bongard & Arno Rasek. *Multi-Sided Market Economics in Competition Law Enforcement*. Journal of European Competition Law & Practice. 15 de octubre de 2016, pág 259.

¹¹ Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt. *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. TILEC Discussion Paper; Tilburg Law School Research. 16 de marzo de 2013, pág. 9.

Actualmente, este tipo de mercados tiene un desarrollo bastante grande en las plataformas virtuales dado el crecimiento del uso de la tecnología. Es por eso que en el presente trabajo se van a analizar ejemplos que se relacionan íntimamente con plataformas electrónicas. Por la evolución que anteriormente se explicó, es claro que estos mercados han estado presentes mucho antes de que existieran los medios digitales, pero de cierta forma, la masificación de estos fenómenos permite una comprensión mayor a través de las plataformas que usan medios como el internet (Uber, Airbnb, periódicos virtuales, Facebook, entre otros), porque se puede ver de manera clara la separación entre un agente y el otro que ni siquiera tienen contacto real para un primer acceso al producto o a la plataforma.

c) Regulación nacional

En Colombia, el desarrollo de la regulación de la competencia se ha dado con mayor énfasis desde la Constitución Política de 1991. No se puede desconocer que desde la Constitución de 1886 ya se habían consagrado algunos derechos como el de la propiedad privada y la libre empresa, los cuales serían de gran importancia para dar paso a la materialización del derecho a la libre competencia unos años después. Así, en 1959 se expidió la Ley 155, modificada por el Decreto 3307 de 1966, en donde se estableció en su artículo primero una cláusula general sobre prácticas comerciales restrictivas. Esta Ley “*abarca tanto las conductas del Decreto 2153 de 1992 como cualquier otra que, a pesar de no estar prevista en el citado decreto, termine afectando la competencia de los mercados.*”¹²

¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-032 de 2017. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos. 25 de enero de 2017.

Sin embargo, fue en la Constitución actual en donde se estableció en su artículo 333 el derecho a la libre competencia, en el entendido de que no es un derecho fundamental ni absoluto, por lo que el Estado, en aras del interés y del bienestar social, lo puede restringir en ciertos casos y además, supone responsabilidades para todos quienes lo detenten. Su núcleo esencial “*consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.*”¹³ Así mismo se establece como deber del Estado el proteger ese derecho de cualquier violación u obstrucción al que se pueda ver sometido.

El Decreto 2153 de 1992 (modificado por el decreto 4886 de 2011) regula de manera específica la naturaleza, las funciones y la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio como el órgano encargado de velar por la protección de la competencia en el país, entre muchas otras labores. En este Decreto se establece en el artículo 46 la prohibición general que habla sobre cualquier tipo de conducta que afecte la libre competencia en los mercados. Así mismo, se incluyen los acuerdos y actos que se entienden violatorios a la libre competencia, en los artículos 47 y 48 respectivamente. También, en el artículo 49 se establecen las excepciones a las conductas anticompetitivas. En su artículo 50 se habla sobre el abuso de posición dominante, conductas fuertemente sancionadas en Colombia.¹⁴ Como tal la posición dominante no está prohibida, pero sí sacar provecho a costa de los demás.

¹³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228/10. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. 24 de marzo de 2010.

¹⁴ Decreto 2153 de 1992. Ministerio de Desarrollo Económico de Colombia. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y comercio y se dictan otras disposiciones. 31 de diciembre de 1992. Diario Oficial No. 40.704.

Siguiendo esta línea, la Ley 1340 de 2009 establece en su artículo 4 que el régimen general de protección de la competencia en Colombia se compone por las normas anteriormente mencionadas y las que se puedan expedir con posterioridad que las modifiquen o adicionen, las cuales serán *“aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas”*.¹⁵

La anterior normatividad fue estructurada bajo la idea de los mercados de un solo lado o tradicionales, no porque en la época en la que se reguló la competencia no existieran los mercados de dos lados (pues siempre han estado presentes en la historia del comercio mundial), sino porque no era un concepto que se tuviera tan presente ni estudiado, y se entendía que la mayoría de la economía funcionaba con los mercados de un solo lado, así hubiera algunos íntimamente relacionados entre sí.

Las normas actuales de competencia en Colombia no consagran de manera expresa su aplicación a mercados de dos lados, por lo que se puede entender que fueron principalmente creadas para regular los mercados tradicionales. Las autoridades deben entonces darle un direccionamiento especial a la regulación en donde su aplicación se ajuste de mejor manera a la problemática que se puede presentar en los mercados de dos lados en cuanto a posibles prácticas anticompetitivas.

Lo anterior puede estar causando restricciones a la libre competencia, en caso de que conductas que en mercados tradicionales se consideren anticompetitivas no lo sean para mercados de dos lados, o al contrario puede estar permitiendo conductas dañinas que en la estructura tradicional no se identifican como tal. Los anteriores efectos los puede terminar soportando el consumidor si deja

¹⁵ Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. 26 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47420.

de percibir el bienestar que le corresponde, o los demás competidores al tener posibles barreras de entrada y menor cuota de mercado.

En el presente trabajo se verán ejemplos de lo señalado, tales como el análisis de la estructura de precios en los mercados tradicionales contrastada con los mercados de dos lados. Esto, porque en los segundos se permite ofertar con precios bastante bajos o gratuitos que no necesariamente constituyen la clásica conducta de precios predatorios, como suele suceder con las plataformas de publicidad. Así mismo, se verá cómo el actual test del Monopolista hipotético, el cual se utiliza sobretodo en temas de dominancia, no se puede aplicar de la misma forma en que se hace a mercados tradicionales para mercados de dos lados, precisamente por su estructura bipartita. En cambio, en temas como las integraciones o los acuerdos se podrá observar que no hay mayor diferencia en las situaciones que se pueden presentar en los dos tipos de mercados, por lo que las normas actuales aplican de igual manera para ambos.

Es por situaciones como las anteriores, en las cuales se ahondará detalladamente a lo largo del trabajo, que las autoridades de competencia enfrentan un gran reto frente a la interpretación y aplicación de la regulación de mercados tradicionales, diferenciable en ciertos casos de la de los mercados de dos lados para evitar perjuicios a la libre competencia sin exceder el control que se ejerce sobre la economía para que siga siendo libre.

INCENTIVOS Y BARRERAS QUE PUEDEN AFECTAR LA LIBRE COMPETENCIA

En todos los mercados, sean tradicionales o de dos lados, siempre hay factores que hacen que otros competidores quieran permanecer o que, por otro lado, los participantes ya existentes no permitan la entrada de nuevos agentes. En general, esos factores son llamados barreras de entrada las cuales “*impiden o dificultan la entrada de nuevas empresas a competir en un sector, proporcionando ventajas competitivas a las empresas ya instaladas en él.*”¹⁶ La política de la competencia se encarga, entre otras cosas, de que las empresas puedan participar libremente en el mercado¹⁷, asegurándose de que las barreras que hay sean naturales o estructurales y no estratégicas.

Las barreras naturales o estructurales se refieren a las características básicas de cada industria, es decir que hacen parte de la conformación normal del mercado. Estas barreras naturales pueden inclusive entenderse como incentivos para los participantes ya existentes, pues saben que dependiendo de la industria tendrán cierta cantidad de competidores. Se pueden dividir en: a) velocidad de entrada, b) intensidad de investigación y desarrollo, c) diferenciación de productos, d) economías de escala, e) ventajas absolutas en costos.¹⁸ Por su parte, las barreras estratégicas se refieren a los comportamientos voluntarios de las empresas para impedir que entre un nuevo competidor. Se dividen en las siguientes: a) retaliaciones y acciones previsorias, b) control sobre recursos estratégicos, c) integración vertical¹⁹. Igualmente, se deben tener en cuenta las barreras

¹⁶ Pedro Luis Escobar Ramírez. *Barreras a la entrada. Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional*. Superintendencia de Industria y Comercio. 1988, pág. 318.

¹⁷ Decreto 2153 de 1992. Ministerio de Desarrollo Económico de Colombia. “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y comercio y se dictan otras disposiciones”. 31 de diciembre de 1992. Diario Oficial No. 40.704.

¹⁸ Pedro Luis Escobar Ramírez. *Barreras a la entrada. Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional*. Superintendencia de Industria y Comercio. 1988, pág. 319.

¹⁹ Ibid.

provenientes de la regulación estatal, que generalmente funcionan como barreras legales, por ejemplo, las normas sobre impuestos, permisos, autorizaciones, patentes, etc.

En los mercados de dos lados, como ya se mencionó, existen esas barreras que se leen como incentivos para los participantes o restricciones para los nuevos competidores. Se estudiará en capítulos siguientes la manera en la cual las barreras estratégicas varían su desarrollo y análisis para este tipo de mercados en comparación con los tradicionales por las grandes diferencias en sus estructuras. Casos como US v. Microsoft o el de Facebook en Alemania demostrarán que la aplicación de la regulación actual de competencia no es adecuada para estudiar los comportamientos posiblemente anticompetitivos de los mercados de dos lados, así las barreras de entrada que se presentan en los mercados tradicionales también se presentan en éstos.

Precisamente por su diferencia en estructura es que en las plataformas de dos lados surgen barreras adicionales y exclusivas, tales como los efectos de red. Dicen Zhu y Iansiti que en estos mercados se pueden ver dos parámetros críticos para que un competidor nuevo entre exitosamente al mercado: 1. la fuerza que los efectos de red tienen, que muestra cuánto les importa a los consumidores la mayor oferta de servicios de la plataforma y 2. esa importancia de los consumidores proyectada a futuro, que muestra su variación de plataformas.²⁰ De esta manera, es clave tener siempre en mente que las barreras se deben analizar pensando en los costos que se generan para entrar a ambos lados del mercado²¹, es decir, para ser una plataforma de dos lados y no visto desde un solo lado como un mercado tradicional.

²⁰ Feng Zhu & Marco Iansiti. *Entry into Platforms-Based Markets*. Strategic Management Journal. Enero de 2012, pág. 90.

²¹ David S. Evans. *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*. Joint Center, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. Septiembre de 2002, pág 7.

Así mismo, esas mismas diferencias llevan a que ante barreras que se presentan también en mercados tradicionales, los agentes de los mercados de dos lados tengan posibilidades diferentes de enfrentarlas y superarlas. Este es el caso de los costos de cambio, los cuales se presentan normalmente por “fidelización” a un producto y representan mayores costos tanto para los usuarios como para los agentes de la plataforma. Sin embargo, como se verá más adelante, por el desarrollo tecnológico que ha sido gran aliado de los mercados de dos lados, estas plataformas en sí mismas representan una mejora automática para los usuarios de mercados tradicionales quienes, así tengan costos de cambio, prefieren cambiarse.

A continuación, se explicarán detalladamente los efectos de red y los costos de cambio que se presentan en los mercados de dos lados y en el siguiente capítulo se relacionarán con ejemplos puntuales, para así entender los efectos que tienen a la hora de hacer un análisis sobre posibles prácticas anticompetitivas en estas plataformas.

a) Efectos de red

Para entender los efectos de red de manera general, se puede pensar en el valor que reporta un determinado producto. *“En el caso de los productos sujetos a efectos de red, dicho valor se disocia en dos. Por una parte, un valor intrínseco que proviene del consumo del bien en sí mismo y por otra parte, un valor de sincronización que dependerá del número de usuarios que consumen dicho producto.”*²² El valor intrínseco depende de las características del producto en sí mismo, y el valor

²² Jose Luis Arroyo, Jose Ignacio López & Concepción Sánchez-Seco. *Efectos de red, economía y biología matemática. Encuentros multidisciplinares*. 2005, pág. 1.

de sincronización depende de la cantidad de individuos que lo usen, siendo este segundo la clave de los efectos de red. Pueden ser directos, en donde el incremento en la demanda del bien genera un incremento (o decrecimiento) en su valor, o indirectos, en donde el incremento en el consumo de ese bien genera incremento en el consumo y en el valor de otro bien (normalmente complementario), así como incremento en su propio valor.

Los efectos de red que se generan en los mercados de dos lados son indirectos, también conocidos como externalidades cruzadas de red. Este tipo de efectos explican el que haya una interdependencia entre los dos lados que participan en una plataforma, lo cual lleva a que, a mayor número de usuarios de un lado, se genere un mayor beneficio para el otro lado. Como ya se sabe, este tipo de plataformas reducen costos y reúnen usuarios más fácilmente, lo cual hace que automáticamente sean bastante atractivas tanto para consumidores como para quienes ofrecen el servicio, favoreciendo el desarrollo de los efectos de red indirectos. Esta característica de los mercados de los lados es una de las diferencias más grandes que existen frente a los mercados tradicionales o de un solo lado, en donde estos efectos no se presentan al no existir la ya explicada interacción entre dos tipos de usuarios en una plataforma.²³

Más específicamente, lo que sucede es que cuando un usuario ingresa, genera inmediatamente beneficios a la plataforma por el cargo de entrada. Estos efectos “*describen una situación en la que el valor de un producto o servicio para el usuario de un grupo de clientes depende en la presencia de usuarios de otro tipo de clientes*”²⁴. Es decir, al unirse incrementa el valor de la

²³ Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt. *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. TILEC Discussion Paper; Tilburg Law School Research. 16 de marzo de 2013, pág. 5.

²⁴ Sebastian Wismer, Christian Bongard & Arno Rasek. *Multi-Sided Market Economics in Competition Law Enforcement*. Journal of European Competition Law & Practice. 15 de octubre de 2016, pág 258.

plataforma para los consumidores del otro lado, volviéndola más atractiva para éstos y generando nuevos usuarios. Si se analiza el ejemplo de las tarjetas de crédito como Visa, a esta plataforma le interesa no sólo que haya establecimientos de comercio que adquieran sus datáfonos, sino personas que adquieran la tarjeta. Mientras más tarjetahabientes haya, más establecimientos recibirán el plástico como forma de pago y viceversa. De esta manera, se podría decir que se genera un efecto de “bola de nieve” que llevará al crecimiento y fortalecimiento del mercado de dos lados.

En otros términos, la elasticidad del precio de la demanda de un lado es influenciada por la cantidad de consumidores del otro lado que simultáneamente usan los servicios de la plataforma. Conforme a lo anterior, lo que suele suceder es que para el lado que es más sensible al cambio de precios, los costos serán menores (inclusive se pueden establecer costos menores al marginal o gratuidad en el servicio) pues de esta manera se puede lograr un mayor número de usuarios y un mayor consumo. En cambio, para el lado que no es tan sensible a la variación en los precios, el precio será mayor en comparación con el otro lado, pues es de parte de ellos que la plataforma recibirá realmente su lucro. Aunque a simple vista pueda parecer injusto para el lado al que se le cobra más, en este tipo de mercados es sencillamente la dinámica que se usa al existir las externalidades cruzadas de red, pues a la larga generará mayor beneficio para ese lado al tener tal magnitud de usuarios del otro lado participando en la plataforma.²⁵

Lo anterior se puede resumir en dos conclusiones (entendidas también viceversa y *ceteris paribus*):

- (i) A mayor número de consumidores del lado A, mayor número de consumidores del lado B.

²⁵ Andrei Hagiu & Julian Wright. *Multi-Sided Platforms*. International Journal of Industrial Organization. 16 de marzo de 2015, pág 6.

- (ii) A mayor número de consumidores del lado A, mayor ganancia para el lado B.²⁶

Es importante anotar que la ganancia de la que se habla no necesariamente debe ser en términos de dinero. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los periódicos gratuitos (ADN o Publimetro en Colombia) en los que se permite incluir publicidad. Quienes publiquen sus anuncios en el periódico querrán, sin duda, un beneficio económico pues esperan que con éste se incrementen sus ventas. Sin embargo, los lectores del periódico no están esperando ningún tipo de beneficio económico, sino que lo que esperan es una ganancia en términos de información.

Aunque en general se puede ver que los efectos de las externalidades cruzadas de red suelen ser positivos, algunos consideran que traen efectos negativos, siendo el principal la interdependencia que se genera entre un lado y el otro. Así como un incremento en los usuarios del lado A genera un incremento en los usuarios del lado B y en sus ganancias, exactamente la misma correlación directa se puede generar si los usuarios del lado A disminuyen, creando de esta manera reducciones en el consumo y en las ganancias de los productos y servicios.

De esta misma forma, se puede pensar que la manera en la que se cobra podría entenderse como precios predatorios para un lado y cobro excesivo para el otro, o también que los precios bajos de un lado se usan para mantener el poder de mercado en el otro, como se verá más adelante en el caso de los periódicos Aberdeen. Esto, claro está, puede llegar a crear conflictos entre los participantes de las plataformas que no encuentran una relación tan armónica en la misma, suscitando así retos para las autoridades regulatorias para poder resolver y prevenir estas disputas,

²⁶ OCDE. *Policy roundtables, Two-sided markets*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. 19 de diciembre de 2009, pág. 14.

quienes en ciertos casos han considerado que lo mejor es establecer precios para dichas plataformas.²⁷

Otro caso en el cual los efectos de red suelen ser negativos es cuando se generan en grandes cantidades. En términos generales, es cierto que cuando el número de usuarios de A aumenta, el número de usuarios de B también lo hace. Sin embargo, este aumento de usuarios puede traer efectos realmente negativos puntualmente por temas de competitividad, pues el que, como consecuencia de la mayor cantidad de usuarios en un lado haya un mayor número de usuarios en el otro lado, genera mayores costos para los de su mismo lado (A o B). Este efecto se analizará más adelante específicamente en el caso de Uber.

Lo que sucede acá es que si se tienen mayores usuarios solicitando el mismo servicio por medio de la plataforma, los precios automáticamente van a incrementar, entrando en una especie de “juego” para ver quién está en la posibilidad de pagar más por lo mismo dada la cantidad incrementada de demanda. Por su lado, para los otros usuarios, el que su mismo número aumente genera una disminución en las oportunidades de prestar el servicio que ofrecen. Aunque es verdad que esto se podría analizar como un problema o una característica básica del capitalismo, en las plataformas de dos lados se puede ver la relación que existe entre los dos tipos de participantes y el efecto que el otro genera en el lado opuesto, creando efectos en su mismo lado.²⁸

²⁷ Ibid, pág. 13.

²⁸ Richard Schmalensee & David S. Evans. *Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*. Competition Policy International. 20 de mayo de 2007, pág. 155.

Es importante tener en cuenta que estas externalidades no las terminan percibiendo los compradores, sino que es la plataforma en la que interactúan la que internaliza esos efectos, para que al final el comprador simplemente tome la decisión con base en los precios de los dos lados del mercado, pero no teniendo en cuenta las externalidades que se pueden presentar al comprar el producto de cada lado.²⁹

Puntualmente esta característica exclusiva de los mercados de dos lados ha traído grandes retos para las autoridades a la hora de analizar posibles prácticas anticompetitivas. Como se verá más adelante, las herramientas que siempre se han usado en casos de afectación de la competencia no se pueden aplicar de la misma manera que se hace en mercados tradicionales pues es posible o que no detecten correctamente la violación, como en el caso de los periódicos Aberdeen, o, al contrario, que crean que hay afectaciones a la competencia cuando no es así, como en el caso de Uber en Colombia, en donde se le sancionó por violar normas de transporte público lo que daría la posibilidad de que se le sancionara por violación de normas en competencia desleal.³⁰

b) Costos de cambio

Una de las importantes barreras que pueden ser encontradas tanto en mercados tradicionales como en mercados de dos lados son los llamados costos de cambio. Esta barrera significa que los consumidores pueden enfrentar costos en el momento en que deciden cambiarse de un producto a otro dentro de la misma categoría. Estos costos pueden ser de dinero (por ejemplo las multas por

²⁹ Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. TILEC Discussion Paper; Tilburg Law School Research. 16 de marzo de 2013, pág. 5.

³⁰ Resolución 40313 de 2016. “Por la cual se imparte una orden a la sociedad Uber Colombia S.A.S.” Superintendencia de Puertos y Transporte. 19 de agosto de 2016.

cambiarse anticipadamente de un servicio de telefonía móvil) como psicológicos (por ejemplo comprar productos de otra marca a la que el consumidor no está acostumbrado).³¹ Cuando un consumidor decide cambiar de ser usuario de un agente comercial específico a otro competidor, estos costos incluyen el tener que invertir en infraestructura, tiempo en procedimientos o entrenamiento de personas o hasta tener que perder beneficios o ventajas obtenidas del agente del cual se es usuario.³²

Estos costos de cambio también se presentan porque los productos que son complementarios están asociados con un aprendizaje.³³ Es decir, para ejemplificar, todos los productos Apple tienen una serie de características diferentes, como un software diferente al de Microsoft, herramientas que permiten conectar todos los productos de Apple como iCloud que permite mantener la información de los dispositivos en una nube, iTunes o Apple Music son las herramientas que permiten a los usuarios descargar música, Safari que es el buscador predeterminado de estos dispositivos, y AirDrop que permite sincronizar información guardada de un dispositivo a otro sin el uso de WiFi. El manejo de estas herramientas requiere de una adaptación necesaria para entender el pleno funcionamiento de éstas, y claramente un proceso de aprendizaje que requiere de una inversión importante de tiempo. Por lo tanto, un usuario que ya haya adquirido uno de estos dispositivos, y esté dispuesto a seguir adquiriendo los productos que lo complementan, lo que generará es que en un futuro no considere cambiarse a ninguna otra marca que le pueda proveer servicios similares,

³¹ J. Miguel Villas-Boas. *Short Survey on Switching Costs and Dynamic Competition*. University of California Berkeley. 9 de marzo de 2015, pág 2.

³² Allison Jones & Brenda Sufrin. *EU Competition Law*. New York, Oxford. 2011, pág. 348.

³³ Dennis W. Carlton & Michael Waldman. *Upgrades, Switching Costs and The Leverage Theory o Tying*. Junio de 2012, pág. 688.

por estar de alguna manera atado a los productos Apple en este ejemplo, pues ya invirtió tiempo aprendiendo sobre este sistema y está maximizando las herramientas que este le ofrece.

Estos costos de cambio tienen efectos significativos en los precios que ofrecen los establecimientos tanto a sus usuarios como a nuevos posibles consumidores. Cuando un consumidor enfrenta costos de cambio, los productos o servicios que ha adquirido lo atan a los productos o servicios que vaya a adquirir en el futuro. Ante estos costos, los comerciantes o los establecimientos tienen diferentes estrategias cuando ya tienen usuarios que están atados a ellos. Estos pueden ofrecer un alto precio para sacar el mayor provecho de los consumidores que ya están comprometidos con este producto, pero un precio alto puede llevar a que finalmente estos usuarios se cambien a otro producto o servicio con las mismas características pero que ofrezca un precio mejor. Alternativamente, los agentes pueden ofrecer un precio bajo para atraer nuevos consumidores e invertir en sus usuarios para mantenerlos fieles a sus productos y así en el futuro poder subir los precios.³⁴

Es evidente cómo estos costos que encaran los consumidores son una importante barrera para el desarrollo específico de un mercado, por el hecho de que, si un consumidor los enfrenta, es posible que su decisión de cambiarse de agente comercial en un futuro sea escasa o casi nula. Para aplicar esta barrera a los mercados de dos lados, su análisis se puede realizar desde el punto de vista de los usuarios, así como del de los agentes comerciales que serían las plataformas³⁵, como se verá a continuación.

³⁴ Jason Percy. *Bargains Followed by Bargains: When Switching Costs Make Markets More Competitive*. Journal of Economics and Management Strategy, Forthcoming. 13 de septiembre de 2015, pág. 2.

³⁵ J. Miguel Villas-Boas. *Short Survey on Switching Costs and Dynamic Competition*. University of California Berkeley. 9 de marzo de 2015, pág. 3.

Desde los consumidores, se ven estos costos de cambio en lo que ya se ha explicado anteriormente: la imposibilidad de cambiarse de un producto a otro por el simple hecho de enfrentar una inversión mayor en términos de tiempo, dinero y aprendizaje. Ahora, para los agentes de las plataformas de dos lados, estos costos representan una barrera significativa a la entrada del mercado, puesto que si se encuentra que hay gran fidelidad de los consumidores a un producto específico y se quiere incursionar en un producto o servicio de características similares, estos costos de cambio deben ser analizados a la hora de atraer usuarios.

Sin embargo, como se ha explicado y se verá a lo largo del documento, los mercados de dos lados son mercados realmente innovadores, son una respuesta a las peticiones de consumidores que se quejan por los productos y servicios que son ofrecidos en la actualidad, y se desarrollan usando altos niveles de tecnología. Estos costos de cambio claramente son un impedimento para la entrada al mercado, pero en muchas ocasiones las nuevas facilidades y herramientas que ofrecen estas plataformas electrónicas son una ventaja que ayuda a superar los costos de cambio que enfrentan los usuarios.

Como un ejemplo de lo anterior, el servicio regular de taxis en Colombia es deficiente, en el sentido que no cumple con los principios establecidos en el art. 2.2.1.3.1. del Decreto 1079 del 2015 que son eficiencia, seguridad, oportunidad y economía³⁶, generando así un servicio con poca seguridad, poca disponibilidad, el trato ofrecido por los taxistas es bajo, etc., así como lo afirma la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) en su Concepto de Abogacía de la Competencia del 2015: *“En efecto, desde el punto de vista del consumidor, el mercado actual se*

³⁶ Decreto 1079 de 2015. Ministerio de Transporte de Colombia. “Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte”. 26 de mayo de 2015. D.O. 49.523.

*enfrenta a una situación de: i) demanda no atendida o; ii) de demanda atendida pero insatisfecha. Así, la frecuencia en las quejas de los usuarios de taxis, como los problemas de seguridad y abuso en el cobro de las tarifas, ponen en tela de juicio el cumplimiento de los principios regulatorios referidos.”*³⁷. Aunque este servicio tenga clientes leales, la entrada de un nuevo servicio que ofrezca la posibilidad de conocer anticipadamente la tarifa, la identidad del conductor, el pago con tarjeta de crédito, la disponibilidad del servicio como lo hace Uber, genera que muchos consumidores se desplacen del uso del taxi al uso de Uber, superando los costos de cambio que enfrentaban en el pasado.

Por lo tanto, a lo largo del documento se verá la manera en que estas características que presentan los mercados de dos lados en muchas ocasiones pueden ser realmente beneficiosas, como en este caso o, por el contrario, pueden tener problemas en cuanto a su ceñimiento a la ley actual y retos que las autoridades pueden enfrentar cuando se presentan este tipo de circunstancias.

³⁷ Concepto de Abogacía de la Competencia No. 15-280358—1-0. Superintendencia de Industria y Comercio. 26 de noviembre de 2015, pág. 4-5.

ALGUNOS CASOS DE MERCADOS DE DOS LADOS

En el presente capítulo se analizarán cuatro ejemplos de mercados de dos lados, donde en un primer acercamiento se explicará el funcionamiento de cada uno, luego se mostrará su aplicación con diferentes casos tanto de derecho colombiano como de derecho comparado, posteriormente se mostrarán los incentivos y barreras que se encuentran en cada uno de estos ejemplos, como son los costos de cambio y efectos de red cruzados y, por último, la manera en que estos escenarios podrían repercutir en las posibles prácticas anticompetitivas.

a) Tarjetas de crédito

Para los estudiosos de los mercados de dos lados sabrán que el caso más común, y sin embargo más novedoso, es el de las tarjetas de crédito. Este tipo de mercados han ganado relevancia debido a la importancia del uso de la tecnología del dinero plástico y en la satisfacción de las necesidades económicas cotidianas del ser humano. Para diciembre de 2017 existían aproximadamente 14 millones de tarjetas vigentes en Colombia.³⁸

Para entender mejor este mercado, se explicará la manera en la cual funciona. El sistema de pagos con tarjeta de crédito está compuesto por dos lados: (i) el tarjetahabiente, es aquella persona que tiene una tarjeta de crédito con la que pretende comprar bienes o servicios, obteniendo un crédito de un establecimiento bancario, el cual es el emisor de dicha tarjeta, y (ii) los establecimientos de comercio que buscan vender sus productos o servicios, se vinculan también a este sistema de pago a través de un establecimiento bancario, que puede ser el mismo del comprador u otro diferente, para poder incrementar sus ventas llegando a los clientes que usan las tarjetas de crédito como su

³⁸ Superintendencia Financiera de Colombia. *Reporte mensual de tarjetas de crédito y débito*. Diciembre de 2017.

forma de pago predilecta.³⁹ Los establecimientos bancarios referidos anteriormente generan un cobro a sus respectivos clientes por cada servicio que ofrecen, tanto por la emisión y el uso de las tarjetas de crédito a los tarjetahabientes, como a los establecimientos de comercio que adquieren el servicio de datáfono y consignación del dinero por la compra que se realizó.⁴⁰

Sobre el valor de la venta, el comprador tiene que asumir un costo que se paga al banco emisor, denominado intereses. El banco emisor tiene que girar al banco adquirente el valor del producto o servicio que posteriormente será cobrado al consumidor en las cuotas que haya elegido y le descuenta una tasa que representa la tarifa interbancaria, que compensa el riesgo que asume el banco emisor al hacer el préstamo al consumidor. Por otro lado, el banco adquirente debe abonar al establecimiento de comercio el valor girado menos una comisión que representa el precio del servicio prestado por el banco de consolidar el valor total de las compras que hicieron los consumidores de diferentes bancos emisores.⁴¹

Es claro que este sistema representa exactamente los mercados de dos lados, en los cuales hay dos participantes que se benefician mutuamente de una plataforma. Los efectos de red son visibles, pues entre más consumidores que posean una tarjeta de crédito, más establecimientos de comercio querrán acceder a este sistema de pago, generando mayor cantidad de ventas al público, y viceversa.

³⁹ Jean-Charles Rochet & Julian Wright. *Credit Card Interchange Fees* (December 30, 2009). ECB Working Paper No. 1138. 30 de diciembre de 2009, pág. 8.

⁴⁰ Jean-Charles Rochet & Jean Tirole. *Two-Sided Markets: A Progress Report*. The RAND Journal of Economics. 2006, pág. 647.

⁴¹ Federico Muñoz Galvis. *Mercado de tarjetas de crédito en Colombia, un enfoque mediante la dinámica de sistemas*. Tesis de maestría. Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. 2014, pág. 22.

Uno de los casos más relevantes para el derecho de la competencia, que explica perfectamente el modo en que operan estos mercados de dos lados expuestos en las tarjetas de crédito es el caso “United States of America, Plaintiff-Appellee, vs. VISA U.S.A., INC., Visa International Corp., and MasterCard International”⁴². En este caso, se acusa a Visa USA y MasterCard de ejercer actuaciones que no permitían a los bancos realizar operaciones con American Express o Discover cards. Para efectos de este capítulo, sólo nos referiremos a la forma en cómo funciona este sistema, para después analizar los efectos anticompetitivos de las cláusulas de exclusividad que celebraban estos agentes.

MasterCard y Visa funcionan como un Joint Venture abierto, es decir, no hay límite del número de bancos que pueden hacerse miembros. Cualquier miembro puede servir tanto de emisor o adquirente. Un miembro de Visa o de MasterCard puede ser miembro del otro sistema de pago. Por lo tanto, si un banco es miembro de Visa y emite tarjetas Visa también puede ser parte de MasterCard y emitir tarjetas MasterCard. De esta manera estas dos empresas se beneficiaban de su acuerdo y excluían a los demás competidores.

En cuanto a los costos de cambio, se puede ver que en este caso específico para Amex y Discover los costos de atraer nuevos clientes eran demasiado altos. Esto, porque dado que Visa y MasterCard tenían los contratos de exclusividad con bancos, podían asegurarles a sus clientes que sus tarjetas iban a ser aceptadas en más establecimientos. Por lo tanto, para sus competidores sería mucho más difícil conseguir que los usuarios se cambiaran a sus servicios. Esto constituye un típico caso de colusión que será analizado más adelante.

⁴² Corte de Apelación del Segundo Distrito, EEUU. DOJ, Docket No. 02-6074 / 02-6076 / 02-6078. United States of America, Plaintiff-Appellee, vs. VISA U.S.A., INC., Visa International Corp., and MasterCard International

En el caso colombiano, la Superintendencia de Industria y Comercio adelantó una investigación en el 2011 por un acuerdo para fijar la tarifa interbancaria de intercambio (TII) a la Asociación Bancaria y de Entidades Financiera de Colombia (Asobancaria), a la Asociación Gremial de Instituciones Financieras (Credibanco), a Redeban y a 15 bancos diferentes⁴³. En la resolución de apertura de investigación explican la estructura de este mercado: Visa y MasterCard, son las principales redes de tarjetas de pago en Colombia, aunque existan otros sistemas. La franquicia en Colombia de éstas pertenece a Credibanco y Redeban respectivamente. Para el caso de estos sistemas de pago hay cuatro intervinientes que son: (i) los tarjetahabientes que adquieren los bienes o servicios, (ii) los bancos que emiten las tarjetas (emisores), (iii) los establecimientos comerciales que proveen los bienes o servicios al tarjetahabiente y (iv) los bancos que tratan con los establecimientos comerciales (adquirentes).

Credibanco y Redeban proveen estas redes de tarjetas por las cuales se realizan las compras, pero sus bancos miembros son los que tratan directamente con los tarjetahabientes y los establecimientos de comercio, como emisores o adquirentes. Los bancos emisores se encargan, entonces, de afiliar a los tarjetahabientes y pagar a los bancos adquirentes las compras realizadas. Los bancos adquirentes son los que afilian a los establecimientos de comercio y le pagan el monto de la compra a los mismos. Los establecimientos de comercio le pagan al banco adquirente por cada transacción que corresponde a un porcentaje de la venta.⁴⁴

⁴³ Resolución 26255 de 2011. “Por la cual se ordena la apertura de una investigación”. Superintendencia de Industria y Comercio. 20 de mayo de 2011.

⁴⁴ Ibid.

b) Videojuegos

Hoy en día grandes industrias producen dispositivos *hardware* que varían en las opciones de tamaño, portabilidad y funcionalidad para los juegos electrónicos. Estas consolas son computadores estandarizados para el funcionamiento y uso de juegos creados por una sola compañía. Los más comunes en los últimos años han sido Nintendo, Sony y Microsoft.⁴⁵

Además de los creadores de las consolas, en la industria de los videojuegos también participan las firmas que producen los *softwares* o juegos. Dentro de los creadores de los juegos hay tanto los que desarrollan y programan la ejecución del juego, así como los publicistas, quienes se encargan de la publicidad, propaganda, marketing y distribución de los mismos.⁴⁶

Estos dos agentes que integran la industria de los videojuegos generalmente están vinculados para el desarrollo y la publicidad. Los juegos configurados únicamente por los desarrolladores de una sola compañía pertenecen sólo a esa firma y su uso es exclusivo para la consola de videojuegos creada por ellos, llamados juegos de primer título. Los juegos de tercer título son aquellos que son desarrollados y programados por otras firmas y no tienen ese carácter de exclusividad.⁴⁷

Desde que las consolas tienen un valor único adquirido, los consumidores típicamente compran sólo los juegos que están diseñados exclusivamente para estas consolas. Al mismo tiempo, los desarrolladores sólo crean juegos para los cuales esperen tener una larga expectativa de uso. Es decir, entre más consumidores tengan un cierto tipo de consola instalada en su casa, habrá más

⁴⁵ Robin S. Lee. *Home Videogame Platforms*. The Oxford Handbook of the Digital Economy, eds. Martin Peitz and Joel Waldfogel. Marzo de 2011, pág. 3

⁴⁶ *The Next Generation of Gaming Consoles*. Disponible en: <http://www.cnbc.com/id/31331241>. 12 de junio de 2009.

⁴⁷ Robin S. Lee. *Home Videogame Platforms*. The Oxford Handbook of the Digital Economy, eds. Martin Peitz and Joel Waldfogel. Marzo de 2011, pág. 5.

juegos creados para ese tipo de consola pues tendrán más uso debido a la gran cantidad de usuarios que hay de ésta⁴⁸. Este tipo de vinculación exclusiva entre las consolas y los juegos hace que aumenten los costos de cambio tanto para los consumidores, pues para cambiarse tendrían que comprar no sólo nuevos juegos sino una consola, así como para los creadores de consolas y desarrolladores de juegos, pues les es más difícil atraer nuevos consumidores ya fidelizados a otras marcas.

Lo anterior también es un ejemplo de los efectos de red que hay entre los dos lados del mercado, manifestados mayoritariamente entre las industrias consolas-juegos. Lo anterior explica la forma compleja de establecer los precios de las consolas de videojuegos: la mayoría de las consolas subsidian o financian la creación de los juegos, vendiéndolos a un bajo precio pero cobrando más al lado de la publicidad y desarrolladores de cada juego.⁴⁹

Para ejemplificar, cuando Microsoft decidió incursionar en la industria de los videojuegos con la consola Xbox debió persuadir a los creadores de los juegos y convencerlos de que iba a haber grandes consumidores de esta consola para sus juegos para que ambos obtuvieran los beneficios de esta industria. Adicionalmente, Microsoft se comprometió a vender dichas consolas a un precio bajo para poder atraer gran cantidad de usuarios.⁵⁰ Aquí claramente se ven reflejados los efectos de red tan característicos de estos nuevos mercados.

⁴⁸ Vinciane Zabban. *Re-examining Game Studies: Understanding and Moving Beyond Formal and Cultural Approaches to Video Games*. La Découverte. 2012, pág. 139.

⁴⁹ Andrei Hagiu & Julian Wright. *Multi-sided platforms*. International Journal of Industrial Organization. 16 de marzo de 2015, pág 5.

⁵⁰ David S. Evans & Richard Schmalensee. *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*. Boston, Harvard. 2016, pág. 173.

Adicionalmente, añadiendo más lados a la plataforma aumenta el número de efectos de red positivos, pues lleva a un crecimiento exponencial del mercado. Pero además aumenta las dificultades a la hora de poner en marcha el negocio. Para seguir con el mismo ejemplo, Microsoft tuvo que negociar con gran número de agentes que pudieran desarrollar las consolas Xbox, igual a como habían sido creadas todos los sistemas operativos de Microsoft: por terceras personas. Pero ninguno estaba interesado, por lo que la solución que decidió darle Microsoft fue desarrollar y manufacturar las consolas por ellos mismos.⁵¹

c) Plataformas electrónicas (Uber - Airbnb)

El desarrollo de la tecnología ha permitido que surjan plataformas electrónicas basadas en el uso del internet para conectar a quienes necesitan servicios o bienes y a quienes los pueden ofrecer. Hay muchos negocios que actualmente se desarrollan por medio de mercados de dos lados o de múltiples lados como Google, Pinterest, eBay, Facebook, entre otros. Dos de los ejemplos más recientes y, de cierta forma, más revolucionarios sobre este modelo son Uber, la plataforma de transporte, y AirBnB, la plataforma de hospedaje. Estos dos negocios han cambiado la manera en la que se ofrecen dichos servicios, pues por medio de las plataformas se atrae a quienes tienen el bien y lo pueden operar, sin ellos ser dueños en ningún momento de éstos⁵², omitiendo el modelo tradicional de integración vertical para ofrecerlos, en donde una sola compañía es quien se ocupa de tener los bienes y de contratar a personas para que los operen.

⁵¹ Ibid, pág. 238.

⁵² Anders Henten & Iwona Windekilde. *Transaction Costs and the Sharing Economy*. 26th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS), Madrid, Spain. Junio de 2015, pág. 2.

Por un lado está Uber, una empresa de transporte que no tiene una flota de carros para prestar el servicio, al contrario de como se venía haciendo en la industria tradicional de transporte público, en donde una empresa es dueña de los carros y contrata a personas para que los manejen. Uber simplemente es una plataforma que está a disposición de quienes son dueños de un carro y quieren prestar el servicio de transporte para ganar dinero, y quienes necesitan ser transportados y están dispuestos a pagar cierto valor por ello. Por simple que parezca, el éxito de esta compañía está basado en mejorar el servicio que se presta y en facilitar la conexión entre conductores y pasajeros por medio de una aplicación bastante sencilla para el uso de todos.⁵³

Lo que se pudo ver con Uber en todos los países en que participa es un claro efecto de red, en el cual a lo largo del tiempo que ha funcionado la plataforma más conductores se han unido a ésta, aumentando la oferta de carros por lo que la oferta de servicios también ha crecido, creando uberX, uberPool, uberBici, entre otros. De esta manera, a mayor oferta la demanda también ha crecido notablemente, volviendo a Uber una de las plataformas más importantes y grandes de transporte sin ser dueña de carros.

Sin embargo, en el caso de Uber se puede evidenciar la manera en la que los efectos cruzados de red pueden repercutir en un mercado de dos lados negativamente. En Uber, se debe ver desde el punto de vista de los conductores y de los usuarios: por un lado, mientras más conductores se afilien a la plataforma, mayor competencia hay para ellos y menos trabajo consiguen en el día a día; por el otro, mientras más usuarios haya más caro será el precio que arroje la plataforma para un viaje, pues Uber utiliza un esquema dinámico de precios en el que a mayor demanda, mayor el

⁵³ M. Keith Chen & Michael Sheldon. *Dynamic Pricing in a Labor Market: Surge Pricing and Flexible Work on the Uber Platform*. In EC. 11 de diciembre de 2015, pág. 4.

precio, lo que probablemente lleva a que los usuarios se retracten de usarlo en esos momentos y a que los conductores pierdan oportunidades de trabajo. Por lo anterior es que se puede decir que las externalidades de red en este caso están actuando de manera casi adversa para la plataforma que, aunque actualmente es una de las más importantes del mundo en transporte, los usuarios no están conformes con esas externalidades que los afectan y han surgido nuevos competidores que tratan de llenar los vacíos de Uber.

Específicamente en el caso colombiano, Uber ha tenido bastantes problemas con las normas que regulan la prestación del servicio de transporte público. Como se podrá ver en el capítulo de Competencia Desleal, en Colombia se ha entendido a Uber como una empresa de transporte, siendo el primer error en una serie de éstos, pues el análisis de dicha empresa no tiene nada que ver con eso, sino que es una plataforma que une personas dispuestas a ofrecer un servicio (conductores) y otras dispuestas a pagar por él (pasajeros). Esto hace que la mentalidad pase automáticamente de considerar este tipo de mercados como tradicionales, a entender que son plataformas de dos lados con sus propias características y por ende con necesidad de que la regulación de competencia se les aplique de manera especial. Es precisamente lo que sucedió con el caso de Blablacar en España, en donde habían demandado a esta empresa por no seguir regulaciones de transporte. Sin embargo, el juez en la sentencia que desestimó la demanda dijo *“sin ninguna duda, Blablacar ha generado una plataforma, no para organizar el transporte, sino para poner en contacto a particulares que quieren realizar un viaje juntos y compartir determinados gastos”*.⁵⁴

⁵⁴ Sentencia no. 30/2017 del Juzgado Mercantil nº 2 de Madrid. M.P.: Andrés Sánchez Magro.

Sin embargo, en otras providencias europeas se ha sostenido específicamente frente al caso de Uber que sí es un servicio de transporte, por lo que su regulación debería ser acorde a esto. De esta manera, la Corte de Justicia de la Unión Europea excluyó a esta compañía de la libertad que cobija a quienes prestan servicios en general.⁵⁵ Aún así, se debe rescatar que en el comunicado de prensa en el que se expresa dicha decisión, la misma Corte Suprema reconoce a Uber como un “servicio de intermediación”, por lo que se puede deducir que se está en el ámbito de plataformas de dos lados. Es por esta razón que, aunque se quiera ver a Uber como una empresa común de transporte, las autoridades, voluntariamente o no, reconocen que es una empresa dedicada a la intermediación de dos lados del mercado, por lo que la aplicación de la regulación para ésta debería ser diferente a la de una empresa de transporte tradicional.

Ahora bien, por el otro lado está AirBnB, plataforma a la cual ciertos medios han llamado la red hotelera más grande sin un sólo bien raíz. Esta plataforma se dedica a unir personas con apartamentos, casas, inclusive cuartos que quieran arrendar y personas quienes necesiten arrendar estos espacios. Funciona como una reservación de hotel, en donde la persona que desea arrendar escoge las fechas de su estadía y el número de huéspedes, pero además se ofrece la opción de filtrar la búsqueda por ubicación, precio, servicios (internet, lavadora, aire acondicionado, etc), entre otros, lo cual hace que se vuelva más personalizado y atractivo para el cliente.

A medida que se ha vuelto popular este negocio y confiable, más personas están dispuestas a ofrecer sus bienes raíces para que otros los usen por cierto tiempo, y más personas prefieren utilizar

⁵⁵ Comunicado de prensa no. 137/17 de la Corte de Justicia de la Unión Europea. Luxemburgo, 20 de diciembre de 2017.

esta plataforma para encontrar hospedaje en sus destinos de viaje.⁵⁶ Este es un claro ejemplo de un efecto cruzado de red positivo, en donde la plataforma ha ganado más usuarios de los dos lados del mercado (oferentes de espacios y demandantes), creciendo bastante a nivel mundial.

Sin embargo, similar al caso de Uber, esta plataforma ha generado cierta controversia en cuanto al hecho de que sea o no una cadena hotelera y si debe seguir las regulaciones de esta industria. Se parte del hecho de que Airbnb no es dueña de ninguno de los espacios que se rentan por la plataforma, por lo que la idea de cadena hotelera se debilita. Sin embargo, el que la actividad de acercamiento tenga que ver con hospedaje genera problemas frente a su interpretación. Ciudades como Nueva York, París y San Francisco tienen regulaciones muy estrictas frente al alquiler o renta de espacios por tiempos muy cortos, para lo cual se requiere una licencia que precisamente ninguno (o la mayoría) de los arrendadores de Airbnb tienen, generando así evasión de impuestos atados a este negocio.⁵⁷ Airbnb se defiende como lo haría cualquier plataforma, argumentando que es simplemente un servicio de intermediación y que promueve el cumplimiento de la ley local en los arrendadores. Por su lado, en el caso LRX/142/2015⁵⁸ de Reino Unido se analizó como tal el arrendamiento, concluyendo que hay ciertos apartamentos o casas que están destinadas solamente a residencia privada, por lo que no pueden ser arrendados por períodos cortos de tiempo. Aunque la demanda no es directamente contra Airbnb, la decisión de la Corte afecta a todos aquellos quienes participan en esta plataforma, generando un efecto negativo indirecto en la empresa.

⁵⁶ Jeroen Oskam & Albert Boswijk. *Airbnb: the future of networked hospitality businesses*. Journal of Tourism Futures. 2016, pág 23.

⁵⁷ Daniel Guttentag. *Airbnb: disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector*. Current issues in Tourism. 2 de diciembre de 2015, pág. 1200-1203.

⁵⁸ Sentencia LRX/142/2015 del Tribunal Superior de Reino Unido. M.P.: Stuart Bridge. 6 de septiembre de 2016.

Con estos dos casos analizados, es pertinente analizar que son un perfecto ejemplo para demostrar como pueden ser superados los costos de cambio. La innovación que trajeron consigo Uber y Airbnb revolucionó tanto el mercado de transporte público como de hoteles, pues como se dijo antes, son un servicio que toma características de los servicios ofrecidos antes y los mejora a grandes escalas. Lo que generan estos avances tecnológicos es que tengan un mejor ofrecimiento del servicio, haciendo que los usuarios fieles de estos servicios (taxis y hoteles regulares) decidan cambiarse para poder obtener las ventajas ofrecidas, superando así los costos de cambio.

d) Plataformas de publicidad

Quizás las plataformas de publicidad son de los casos de mercados de los lados que más han tenido evolución en el tiempo. En este trabajo se analizarán específicamente tres de ellas: los periódicos o revistas, la televisión y el internet. La publicidad, por su misma naturaleza, necesita de espacios en los cuales pueda darse a conocer a los destinatarios de forma masiva para asegurar que el mensaje (generalmente de venta de un producto o servicio) llegue a la mayor cantidad de personas y efectivamente cumpla con su propósito.

Para la publicidad, los mercados de dos lados son una excelente plataforma para desarrollarse, por lo que los periódicos o revistas, la televisión y ahora el internet permiten que muchas personas tengan acceso gratuito a dicha información, asegurando un mayor alcance. El esquema de negocio que se usa en estos tres casos se basa en que la plataforma cobra al anunciante un monto de dinero por permitirle que su publicidad salga en su contenido, siendo una de las mejores formas de financiarse para estas plataformas. Por su parte, los usuarios pueden acceder a éstas ya sea de

manera gratuita u onerosa, pero la publicidad se les mostrará esperando de cierta forma que se conviertan en nuevos consumidores.

Para este tipo de medios, las externalidades pueden ser positivas o negativas, dependiendo del tipo específico de plataforma del que se hable. Por un lado, analizando el internet y la televisión, las externalidades suelen ser negativas y las termina soportando el medio en el cual se presenta la publicidad. Esto, porque se quiere que la mayor cantidad de personas utilicen la plataforma para que cada vez más anunciantes paguen por presentar allí su publicidad. Sin embargo, mientras más publicidad haya, a los usuarios les va a parecer bastante molesto no poder ver, por ejemplo, su programa de televisión seguido o que cada vez que ingresen a una página en internet se les abra un aviso (*pop-up ads*). En este caso, el efecto de red distintivo de los mercados de dos lados puede ser perjudicial para el medio y le juega en contra si se excede en publicidad para conseguir más dinero en el corto plazo, pues al largo plazo eso le significará pérdida de usuarios y de anunciantes.⁵⁹

Sin embargo, estas externalidades no siempre serán negativas si se tiene poder de mercado. Actualmente está en curso una investigación contra Facebook adelantada por la Oficina Federal de Carteles de Alemania, en donde dicha plataforma está siendo acusada de abusar de su poder de mercado.⁶⁰ Esto, porque puede condicionar la entrada (que es gratuita) de usuarios a la aceptación de ciertas condiciones para que den información sobre sus preferencias y así aumentar su base de datos para el servicio de publicidad que ofrecen (por el que sí cobran). Facebook se ha vuelto una

⁵⁹ Simon P. Anderson & Jean J. Gabszewicz. *The Media and Advertising: a tale of two-sided markets*. Handbook of Cultural Economics. Agosto de 2015, pág. 3-4

⁶⁰ Ben Knight. *Facebook Faces German Cartel Office Probe on Exploiting User Data*. DW.com. 2 de enero de 2018.

plataforma tan grande que tiene demasiada información sobre cada uno de sus usuarios, logrando especializar la publicidad que le muestra a cada uno en su propia página. De esta manera logra poner a su favor las externalidades de red pues, aunque la cantidad de publicidad en Facebook a veces puede ser bastante, el hecho de que sea personalizada para cada usuario reduce la molestia que podría causar y genera efectos positivos para la plataforma, como se ve generalmente en revistas y periódicos, explicado a continuación.

Por su lado, las externalidades en los periódicos o revistas se pueden ver de una manera generalmente positiva, en comparación con los medios anteriormente explicados, o por lo menos neutra. Esto, porque en este tipo de medio la publicidad no significa un obstáculo inmediato para continuar con la lectura del contenido, simplemente aparece en una página que fácilmente se puede pasar e ignorar y seguir leyendo tranquilamente. Esto sucede, sobretodo, con revistas especializadas en ciertos temas, pues se puede saber casi a ciencia cierta que los lectores afiliados a éstas van a estar interesados en un nicho específico de publicidad relacionado, claramente, con el tema de la revista. Por ende, si se habla de una revista de golf, de carros, de moda, los anunciantes sabrán en qué medio publicar para poder tener cierta seguridad sobre el interés de los lectores y la posibilidad de que se vuelvan futuros consumidores de lo que anuncian.

Para las plataformas de publicidad que son gratuitas, los costos de cambio son muy bajos. Esto sucede porque entre ellas no son excluyentes, por lo que el usuario puede utilizar varias al tiempo sin que le cueste más. Por ende, las plataformas no deben incurrir en altos costos para atraer usuarios, sino que se deben enfocar en su calidad de contenido para ser atractivas. Piénsese por ejemplo en alguien que lee El Tiempo por internet, ve noticias en televisión y recibe en la calle el

periódico ADN. Ninguno excluye al otro y, en cambio, le generan una mayor ganancia en información al usuario.

Ahora bien, las plataformas de publicidad se prestan para un análisis de posición dominante vista desde precios predatorios por el esquema ya presentado de precios en donde para uno de los usuarios de la plataforma el acceso podrá ser gratuito. Esta estructura de precios es característica de los mercados de dos lados, pues como ya se explicará mejor en el capítulo de Abuso de posición dominante, es perfectamente posible que uno de los productos o servicios que se ofrece en la plataforma sea gratuito o muy barato y que esto no signifique automáticamente una conducta anticompetitiva. Para explicarlo mejor se analizará el caso de los periódicos Aberdeen, estudiado por la Oficina de Comercio Justo (Office of Fair Trading) del Reino Unido, en donde se acusa a Aberdeen Journals Limited de desarrollar la conducta de precios predatorios por ofrecer espacios de publicidad muy baratos en su periódico gratuito llamado Herald & Post. Sin embargo, este mismo caso ayudará a explicar uno de los errores, y por ende retos, en que incurren las autoridades al analizar esta conducta anticompetitiva en mercados de dos lados al aplicar los mismos tests que se usan para mercados tradicionales.

POSIBLES PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

En el presente capítulo se estudiarán las posibles prácticas anticompetitivas que se pueden desarrollar en los mercados de dos lados, su regulación actual, el estudio de las mismas frente a los casos tanto colombianos como de derecho comparado mencionados en capítulos anteriores y, finalmente, si el análisis que aplican actualmente las autoridades, correspondiente a mercados tradicionales, es correcto o no para este tipo de plataformas innovadoras.

a) Competencia desleal

La competencia desleal en el ámbito regulatorio colombiano se encuentra en la Ley 256 de 1996. Principalmente la finalidad de esta norma es darle protección al mercado directamente dirigido al interés jurídico de los competidores. Así, se pretende garantizar la lealtad de los medios empleados para competir entre los agentes que participan en el mercado.⁶¹ Para aplicar la norma de competencia desleal es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos fundamentales, enumerados en la misma ley: a) ámbito objetivo, cuando el acto es idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado, b) ámbito subjetivo, la ley aplica para todos y no se condiciona la existencia de una relación de competencia directa entre el autor y la víctima del acto⁶², c) ámbito territorial, la ley aplica siempre que el efecto del acto de competencia desleal se produzca o esté llamado a producir efectos en Colombia.

⁶¹ *Cartilla preguntas frecuentes sobre competencia desleal*. Superintendencia de Industria y Comercio. Pág. 8. Disponible en:

http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Boletines/Cartilla_Preguntas_Frecuentes_Interactiva/files/cartilla%20preguntas%20frecuentes%20-%20titulos%20azulez%20final.pdf

⁶² *Observatorio de Derecho de la Competencia, Competencia Desleal*. ANDI. Disponible en: http://www.andi.com.co/cif/Documents/OBSERVATORIO_DE_COMPETENCIA_No.6_Gu%C3%ADa%20Competencia%20Desleal.pdf

Habiendo ya definido los criterios principales por los cuales se debe aplicar la ley de competencia desleal, es necesario mencionar que dicha ley no establece un concepto general para el entendimiento de lo que en realidad es una práctica de competencia desleal. Sin embargo, algo que sí se señala son parámetros básicos de comportamiento que deben estar presentes siempre que una empresa tenga actividad en el mercado. Esto son la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial y comercial.

Conforme a esto, lo que la ley hizo fue establecer ciertas conductas que se consideran como desleales en sus artículos 8 a 19, los cuales se enuncian como: actos de desviación de clientela, actos de desorganización, de confusión, de engaño, de descrédito, de comparación, de imitación, explotación de reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, violación de normas y pactos desleales de exclusividad.⁶³

En Colombia, esta práctica está prohibida en el artículo 18 de la ley, que consagra: *“Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.”*

Habiendo establecido cómo una práctica de un competidor se considera desleal, en Colombia se ha reaccionado en ciertos casos en contra de estas plataformas, al creer que pueden ser anticompetitivas y perjudiciales para el mercado, al analizarlas desde la perspectiva de un mercado tradicional.

⁶³ Ley 256 de 1996. “Por el cual se dictan normas de competencia desleal”. 19 de enero de 1996. Diario Oficial No. 42.692.

En los casos de mercados de dos lados, lo primero que se piensa es en la novedad que presentan. Como se ha reiterado en varios apartes del documento, éstos tienen un nivel innovador y tecnológico bastante alto, pues se desarrollan a través de plataformas electrónicas. Como se verá en el caso de Uber, dado el uso característico de la tecnología en estos mercados, es necesario realizar un análisis en el cual se estudie si realmente se está violando el fundamento de la norma, o por el contrario, se trata de mercados relevantes diferentes que no constituyen violación de las mismas.

El caso de Uber es uno de los más relevantes, puesto que ha sido un tema realmente discutido por la validez de sus actividades en el marco regulatorio colombiano. Al respecto, las Leyes 105 de 1993, 336 de 1996 y el Decreto 348 de 2015, en rasgos generales señalan que cualquier persona natural o jurídica, privada o pública que ofrezca servicios de transporte público de pasajeros en cualquier modalidad debe contar con autorización previa del Estado, y las tarifas deben ser determinadas por las autoridades de tránsito.

Específicamente, el párrafo del artículo 13 del Decreto 348 de 2015 señala lo siguiente: *“Párrafo. Bajo ninguna circunstancia se podrá contratar directamente el servicio entre el propietario, tenedor y conductor de un vehículo con los grupos de usuarios señalados en el presente artículo o con personas individualmente.”*⁶⁴ A su vez, el artículo 17 explica que siempre que se quiera prestar el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor, se debe contar con una habilitación del Estado.

⁶⁴ Decreto 348 de 2015. Ministerio de Transporte de Colombia. “Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor especial y se adoptan otras disposiciones”. 25 de febrero de 2015. Diario Oficial No. 49.436.

Como se puede observar, la normatividad es clara, cualquiera que preste servicios de transporte urbano debe contar con la debida autorización del Estado, y está completamente prohibida la contratación individual entre conductor y personas individuales. Por lo tanto, las actividades que Uber desempeña han sido criticadas pues no cuenta con una habilitación estatal que las autorice a prestar los servicios de transporte y no cumple con los cupos que han sido establecidos para los taxis -para hacer la analogía-.

Sin embargo, la defensa de Uber afirma, de manera sabia y acertada, que no es una empresa de servicios públicos de transporte pues no coincide con una desde el punto de vista ni económico ni jurídico, sino que es una plataforma electrónica que conecta personas que quieren ofrecer sus automóviles privados y personas que están dispuestas a tomar un servicio con estas características. Según esto, el mercado producto es completamente distinto y no es equiparable con el servicio convencional de taxis, por lo que la normativa aplicable a este gremio no es equitativamente aplicable a Uber.⁶⁵

En consecuencia con lo anterior, en el 2016, un superintendente ad hoc nombrado por el Ministerio de Transporte cambió el análisis, pues aclara que Uber no viola *per se* las normas de transporte público anteriormente citadas, sino que concluye que Uber Colombia S.A.S.⁶⁶, a través del uso de su plataforma tecnológica, facilita la violación de las normas de transporte, al permitir que se preste

⁶⁵ Victor Ayalde Lemos. *Uber: Competencia entre plataformas, Innovación y Política Económica en Colombia*. Derecho y política de la libre competencia en América Latina. 5 de febrero de 2015.

⁶⁶ Resolución 40313 de 2016. “Por la cual se imparte una orden a la sociedad Uber Colombia S.A.S.” Superintendencia de Puertos y Transporte. 19 de agosto de 2016.

el servicio de transporte público individual de pasajeros en vehículos de servicio especial y en vehículos particulares.⁶⁷

Adicionalmente, como se mencionó en el capítulo de Plataformas Electrónicas, Uber también fue objeto de decisiones de la Corte de Justicia de la Unión Europea⁶⁸, donde a pesar de ser declarada un servicio de transporte, en un comunicado de prensa, la misma Corte reconoció a Uber como un “servicio de intermediación”, dentro del ámbito de plataformas de dos lados. Por lo tanto, esto demuestra como el reconocimiento formal de la actividad que se realiza cambiaría completamente la aplicación de las normas de competencia desleal a estos escenarios específicos de mercados de dos lados.

Otro ejemplo pertinente para este análisis es el caso de Blablacar en España mencionado en capítulos anteriores, que, aunque el servicio que presta esta empresa y Uber no son exactamente iguales, son plataformas dedicadas a unir gente que ofrece y demanda el servicio de transporte. En la sentencia se dice que *“los conductores no están contratados por Blablacar, ni pertenecen a una empresa o a una industria dedicada a este fin. Son particulares que por su cuenta y riesgo se ofrecen a la plataforma buscando a personas que tengan interés en realizar ese mismo viaje y pagar, no en el sentido de pagar un canon o un servicio, sino de pagar el coste de un viaje”*⁶⁹. Se reconoce la diferencia entre una empresa de transporte y una plataforma, lo cual lleva a que el

⁶⁷ Sala de prensa de Superintendencia de Puertos y Transporte. *Supertransporte confirma millonaria sanción a Uber Colombia*. 3 de agosto de 2017.

⁶⁸ Comunicado de prensa no. 137/17 de la Corte de Justicia de la Unión Europea. Luxemburgo, 20 de diciembre de 2017.

⁶⁹ Juzgado Mercantil nº 2 de Madrid, España. Sentencia no. 30/2017.

análisis de competencia desleal cambie y se haya desestimado la demanda contra Blablacar por dicha diferencia de servicios que presta.

De lo planteado en este acápite se puede desprender que un análisis diferente del mercado relevante puede llevar a concluir que realmente no hay una violación a las normas actuales que regulan el transporte público. Esto, porque las plataformas estudiadas presentan características excepcionales que las alejan de la prestación de un servicio en la manera tradicional, lo cual las vuelve herramientas, no específicamente de prestación de servicios, sino de acercamiento de las partes. Por esta razón, el análisis de estos mercados no puede ser a la luz de las normas tradicionales, pues se incurrirá en el error de enmarcarlos en actividades que no son las ejercidas por éstos.

Para que sea un acto de competencia desleal, el acto debe estar violando las normas, cosa que ya se desvirtuó; pero además de esa violación, le debe estar dando una ventaja competitiva significativa por encima de los demás competidores.

Muchos de los que están en contra de Uber alegan que éste tiene al gremio de taxis en completo detrimento. Una de las críticas más fuertes, que demuestran la ventaja competitiva, es que la depreciación de un taxi fue de casi del 80%. El uso tan popular de Uber ocasionó un detrimento del costo de los automóviles, pues uno de los autos más comunes para prestar el servicio público de taxi era un Hyundai modelo Atos Price que en el 2009 tenía un valor de 110 millones de pesos, en el 2016 rebajó a 90 millones de pesos.⁷⁰

⁷⁰ Agencia de Noticias UN. *Uber y Airbnb violan leyes colombianas*. Unimedios. 4 de agosto de 2017.

Adicionalmente a esto, se critica en gran parte que los cupos de taxi se establecieron mediante estudios técnicos de acuerdo con normas del Ministerio de Transporte según el número de vehículos, y por lo tanto es completamente anticompetitivo e ilegal que una empresa privada como Uber pueda manipularlos y hasta determinarlos únicamente para su propio beneficio.⁷¹ Sin embargo, al establecerse que no hay violación de normas por estar Uber y las empresas que presentan servicios de transporte en ámbitos muy diferentes, las ventajas que pueda tener la primera frente a las segundas no son relevantes. Lo ya dicho del alza en los precios de los carros, por ejemplo, es una respuesta natural del mercado por la ley de la oferta y la demanda, por la que no puede responder Uber al no competir en el mismo mercado con las empresas de transporte público.

Atendiendo a lo anterior, se debe reconocer el conjunto de esfuerzos que buscan regular dicha actividad. En este sentido, se expidió el Decreto 2297 de 2015, por el cual se modifican y adicionan disposiciones con la prestación del servicio público de transporte individual de pasajeros para nivel básico y de lujo. Sin embargo, dicho decreto muestra un problema específico ante la situación de Uber, y es que no se ha hecho la claridad si en esta modalidad de transporte clasifica o no, pues como se ha dicho, siempre han argumentado que no prestan servicio de transporte, sino que su mercado relevante para la clasificación de sus actividades consiste en una plataforma electrónica que conecta personas dispuestas a compartir sus autos.

Se expidió también la Resolución 2163 de 2016 por la cual se reglamenta el Decreto 2297 de 2015, anteriormente citado. En esta resolución lo más importante es que incorpora reglas y características

⁷¹ Ibid.

generales y funcionalidades que deben cumplir las plataformas tecnológicas que participen de la satisfacción de la demanda de movilización cuando las mismas no utilicen equipos propios y pretendan hacer uso del servicio del transporte público en modalidad básica o de lujo. Estas plataformas deberán ser integradas al Sistema Inteligente Nacional para la Infraestructura, el Tránsito y el Transporte - SINITT y habilitadas por el Ministerio de Transporte.

Visto lo anterior, se puede comprender que las normas de competencia desleal vigentes y actuales no son del todo aplicables a estos casos de mercados de dos lados. Es cierto que la Ley en su artículo 7 consagra una cláusula general de prohibición que podría abarcar esta problemática, pero las conductas que son consideradas desleales a la luz de la Ley son deficientes a la hora de resolver dicha situación, puesto que las plataformas son un desarrollo tecnológico que ha avanzado de forma paralela con las exigencias de los consumidores y que no se puede acoplar con un análisis cotidiano de este tipo de prácticas. En la medida en que se sigan usando de la misma manera estas normas a los mercados que aquí se analizan, se seguirán enmarcando en escenarios normativos donde no corresponden, confundiendo su verdadero fin y se tratará de suprimir cualquier intento de innovación que surja, donde la aplicación tradicional de la regulación termina siendo un limitante al libre desarrollo del mercado. Sin embargo, y sin lugar a dudas, se presentarán más casos como estos pues la realidad que se está viviendo siempre está en miras de nuevos desarrollos que incrementen la productividad de los servicios que se han ofrecido.

b) Acuerdos e Integraciones

En este capítulo se analizarán dos grandes ramas del derecho de la competencia, como lo son los acuerdos y las integraciones, para así poder ver los posibles efectos que estos pueden tener en los mercados de dos lados.

En primer lugar, la definición de acuerdo se encuentra en el Decreto 2153 de 1992, artículo 45, en donde se dice que es “*Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.*”⁷² Conforme a esto, el artículo 46 del mismo Decreto establece una prohibición general a las conductas anticompetitivas, estando entre ellas cualquier tipo de acuerdo que pueda afectar la libre competencia en los mercados. En el artículo 47 se encuentra una lista no taxativa de acuerdos que son contrarios a la competencia, y en el artículo 49 se enumeran las excepciones, es decir conductas que no se entienden contrarias a la libre competencia.

Los acuerdos que son más comunes entre competidores son los de fijación de precios, repartición de mercado y establecimiento de condiciones de venta o comercialización discriminatorias. Se pueden dar de dos formas entre competidores: horizontal o verticalmente. Las restricciones horizontales se refieren a “*prácticas imputables a empresas que compiten en un mismo nivel de la cadena de producción y distribución de un producto o servicio*”⁷³, y su análisis se hace simplemente de la existencia de la conducta pues son anticompetitivas *per se*. Las restricciones

⁷² Decreto 2153 de 1992. Ministerio de Desarrollo Económico de Colombia. “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y comercio y se dictan otras disposiciones”. 31 de diciembre de 1992. Diario Oficial No. 40.704.

⁷³ Jaime Folguera Crespo. *La evolución del tratamiento de las restricciones horizontales y verticales en derecho comunitario: la nueva aproximación de la Comisión Europea*. Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional. Superintendencia de Industria y Comercio. 1988, pág. 79.

verticales son “*los acuerdos entre empresas situadas en diferentes niveles del proceso productivo (proveedor-distribuidor, proveedor-suministrador o licenciante-licenciario, según el caso)*”⁷⁴, en donde se debe demostrar no sólo la existencia de la conducta sino el efecto negativo que tuvo sobre la competencia y/o el mercado.

Se establece que será poco probable que el acuerdo sea anticompetitivo si quienes lo hacen tienen menos del 20% de mercado relevante; en cambio, será más probable que sea anticompetitivo si con el acuerdo se puede eliminar la competencia sobre parte sustancial de productos y servicios. Una vez la SIC ha hecho este análisis y ha encontrado que tiene efectos adversos a la competencia, les corresponde demostrar a los integrantes del acuerdo los efectos pro-competitivos del mismo, que pueden ser: a) el acuerdo produce mejoras en eficiencia, b) es de carácter indispensable para lograr dichas eficiencias y no hay otras alternativas, c) genera beneficios a los consumidores que compensan los efectos restrictivos del acuerdo.⁷⁵

Por otro lado, y como se anticipó el estudio de las integraciones en Colombia, las concentraciones empresariales están sujetas al control de la Superintendencia de Industria y Comercio como lo consagra la Ley 155 de 1959 modificada por la Ley 1340 de 2009, que consiste en el proceso de revisión de las transacciones por las cuales se aumenta la concentración económica de los mercados involucrados. En el caso en que la transacción supere los umbrales determinados por la

⁷⁴ Ibid, pág. 86.

⁷⁵ *Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores.* Superintendencia de Industria y Comercio. Pág. 6. Disponible en: http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

Superintendencia, se evaluará de manera previa los posibles efectos que dicha transacción pueda tener en el mercado.⁷⁶

Los objetivos primordiales del control de concentraciones para la jurisdicción colombiana recaen en determinar si la transacción sujeta a control puede restringir indebidamente la competencia del mercado objeto. Gracias a este control, la autoridad pretende verificar cuáles son las operaciones que pueden perjudicar el mercado, o por el contrario, hacerlo más competitivo, y aquellas que lo perjudiquen podrán ser condicionadas o negadas definitivamente. Para identificar cuál operación puede ser anticompetitiva, se deben sopesar los beneficios que puede tener en el mercado en contraposición con los efectos negativos que esta tenga.⁷⁷

Cuando efectivamente debe ser evaluada por la autoridad, se analizan ciertos elementos que son fundamentales para establecer qué tan competitiva es aquella transacción. Uno de esos elementos es el mercado relevante. La definición del mercado relevante es por cierto un intento de definir el grupo de productos que se pueden sustituir hasta el punto de que los entes que los producen pueden ser percibidos como competidores entre ellos, lo que dificulta su capacidad de subir los precios entre ellos. De esta forma, si la participación en el mercado es elevada, la autoridad analiza si dicha operación puede generar problemas anticompetitivos.⁷⁸

En cuanto al mercado relevante frente a las integraciones, se encuentra la dificultad de definirlo

⁷⁶ Alfonso Miranda, Juan David Gutiérrez & Natalia Barrera. *El control de las integraciones empresariales en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana. 2014, pág. 187.

⁷⁷ Ibid, pág. 33-36.

⁷⁸ Resolución No. 53937 de 2013. “Por la cual se aprueba una operación de integración.” Superintendencia de Industria y Comercio. 9 de septiembre de 2013.

para los mercados de dos lados, pues es una figura en la cual ambas partes del mercado venden dos productos o servicios diferentes a dos grupos de consumidores. Para esto surgen ciertas cuestiones que deben ser respondidas con base en la regulación actual: ¿Deben ser entonces definidos los dos mercados relevantes que participan en el mercado de dos lados? ¿Afecta la definición del mercado la presencia de otro lado en la transacción? Estas cuestiones cambian completamente el panorama de las integraciones en el tema del mercado de dos lados.⁷⁹

A lo largo del análisis de esta normatividad en Colombia, es fácil ver que una situación como la del mercado de dos lados puede implicar una aplicación diferente de las normas, como lo es para el mercado relevante que será analizado en retos para las autoridades. Pero más allá de eso, es difícil que un acuerdo pueda darse de una forma diferente a la que se presenta hoy en día, pues al fin y al cabo, son situaciones que se dan tanto en mercados de un lado como en mercados de dos lados.

Se hizo todo el análisis normativo y teórico de acuerdos e integraciones para poder ver si realmente necesitan de una actualización en la forma de aplicar la normatividad ante un caso como los que se ha analizado a lo largo del texto y así poder concluir qué soluciones se tienen a estos problemas. Es difícil exponer un caso de mercado de dos lados que sea completamente ajeno a la normatividad de la actualidad, que enfrente las disposiciones legales y que trate los elementos de acuerdos y de integraciones de una manera completamente anormal.

Para esto, los que ya se introdujeron en la explicación de tarjetas de crédito son una forma de

⁷⁹ OCDE. *Policy roundtables, Two-sided markets*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. 19 de diciembre de 2009, pág. 80-82

mostrar la razón por la que estas figuras son analizadas de una forma amigable con las normas actuales. El primer caso es el de Visa y MasterCard, que fueron acusadas por tener acuerdos de exclusividad con los bancos emisores y adquirentes para excluir del mercado de sistemas de pago a American Express y Discover Cards. El segundo caso es el caso colombiano, donde se le acusa a Asobancaria, Credibanco, Redeban y 15 bancos diferentes de acordar la tarifa interbancaria de intercambio, TII.

En el caso de Visa y MasterCard, para poder ver los efectos anticompetitivos de los acuerdos que estaban siendo realizados, la Corte pasa a analizar la prohibición que consagra la Ley Sherman, la cual rechaza cualquier acto, conspiración, contrato que restrinja el comercio. Es interesante ver cómo la Corte explica que no todos los acuerdos son anticompetitivos e ilegales *per se*, sino, que se tiene que ver la “regla de la razón” en la cual el efecto anticompetitivo sea superado por una justificación pro competitiva. Para esto, la Corte enumera los factores que deben ser analizados: i) el poder de mercado de los participantes; ii) si en el mercado relevante los actos de los participantes tuvieron efectos anticompetitivos y iii) estudiar las justificaciones por las cuales los participantes incurrieron en dichos actos.⁸⁰

Para esto, la Corte sigue el análisis tradicional para concluir si efectivamente el acuerdo es anticompetitivo o no: define dos mercados relevantes, tanto el mercado de tarjetas de propósito general y los servicios de sistema de pago que ofrecen estas tarjetas; analiza la sustituibilidad del producto, comparándolo con cheques o efectivo para concluir que la tarjeta de crédito no es sustituible por otro producto; y efectivamente subraya que tanto MasterCard como Visa tienen

⁸⁰ Corte de Apelación del Segundo Distrito, EEUU. DOJ, Docket No. 02-6074 / 02-6076 / 02-6078. United States of America, Plaintiff-Appellee, vs. VISA U.S.A., INC., Visa International Corp., and MasterCard International

poder de mercado pues tienen el poder de controlar los precios y/o excluir competidores puesto que aunque los intereses suban, los establecimientos de comercio no dejarán de ser afiliados a estas por las preferencias de los consumidores. Ante esto, la Corte afirma que el mayor efecto negativo para la competencia es haber excluido del mercado a dos competidores (Amex y Discover) puesto que redujo la competencia de 4 sistemas de pagos a 2. Finalmente, se estudian las justificaciones de los participantes para alegar los efectos pro competitivos del acuerdo. La decisión de la Corte fue condenar a Visa y MasterCard por celebrar acuerdos anticompetitivos.

En el caso de las Superintendencia de Industria y Comercio⁸¹, en el 2011 se investigó a Asobancaria, Credibanco, Redeban y otros bancos sobre la celebración de un acuerdo que buscaba fijar la TII. Para esta investigación, la SIC procedió en primer lugar a analizar las generalidades del mercado afectado, la explicación detallada de qué es, cómo funciona y cómo se determina la TII; en segundo lugar, expone las consideraciones sobre este acuerdo como conducta restrictiva de la competencia; posteriormente pasa a analizar las pruebas recaudadas para poder verificar si realmente hubo un acuerdo con este fin. Sin embargo, en el 2012 mediante Resolución 40478⁸², la misma autoridad aceptó ciertas garantías que ofrecieron los investigados para fijar la TII de una forma autónoma e independiente, que no afecte la libre competencia, por lo que se decretó el cierre de la investigación.

Con este caso se evidencia cómo la autoridad de competencia utiliza las mismas herramientas, hace el mismo estudio y realiza un análisis detallado de este caso que se presenta en un escenario

⁸¹ Resolución 26255 de 2011. “Por la cual se ordena la apertura de una investigación”. Superintendencia de Industria y Comercio. 20 de mayo de 2011.

⁸² Resolución 40478 de 2012. “Por la cual se aceptan unas garantías y se ordena el cierre de la investigación”. Superintendencia de Industria y Comercio. 28 de junio de 2012.

de mercado de dos lados como si fuera un mercado tradicional. Esto se da porque el desarrollo de los acuerdos restrictivos de la competencia no cambia ni normativamente ni fácticamente de un mercado de dos lados a los de un solo lado. Se evidencia lo mismo con las integraciones económicas, puesto que son elementos que se presentan de igual forma en los dos tipos de mercados y que deben ser analizados conforme a las normas existentes sin que se necesite una nueva regulación para estos nuevos fenómenos que se presentan.

c) **Abuso de posición dominante**

El concepto de abuso de posición dominante fue principalmente desarrollado por la Unión Europea y después adoptado por la mayoría de países con libre mercado. En Colombia, por su parte, la posición dominante está definida en el Decreto 2153 de 1992 en su artículo 45 #5 como “*la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*”⁸³. Esto, *per se*, no está prohibido ni es una condición sancionada pues es una situación que se presenta de forma natural en las economías capitalistas, en donde hay un competidor que va adquiriendo mayor fuerza y reconocimiento en el mercado y de cierta forma se posiciona en la cima de la cadena alimentaria del mundo empresarial⁸⁴.

Por el contrario, lo que sí se vuelve una práctica anticompetitiva es el abuso de dicha posición, es decir, cuando el competidor que está en una posición ventajosa se aprovecha de ésta para realizar ciertas conductas que afecten a otros competidores o en general al mercado. En el artículo 50 del

⁸³ Decreto 2153 de 1992. Ministerio de Desarrollo Económico de Colombia. “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y comercio y se dictan otras disposiciones.” 31 de diciembre de 1992. D.O No. 40.704.

⁸⁴ *Abuso de la posición dominante, Observatorio de Competencia*. ANDI Disponible en: <http://www.andi.com.co/cif/Documents/OBSERVATORIO%20DE%20COMPETENCIA%20No%203%20Abuso%20de%20la%20posici%C3%B3n%20dominante.pdf>

Decreto 2153 se establece una lista de los abusos de posición dominante que son prohibidos y sancionados en Colombia, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera: a) Precios predatorios, b) Discriminación en contra de competidores, c) Imposición de condiciones innecesarias al suministro de un producto, d) Obstaculizar la entrada o participación en el mercado, e) Discriminación regional, f) Vinculación de productos o productos atados.

Cuando se está frente a un escenario de un posible abuso de posición dominante, las autoridades deben hacer un examen para definir si efectivamente se está dando dicho abuso o no. Este test debe seguir los siguientes pasos, en donde, si no se logra establecer uno, no se puede seguir con el próximo: 1. Hechos, 2. Mercado relevante (producto y geográfico), 3. Dominancia, comportamiento independiente de las fuerzas normales de la actividad de los competidores y consumidores. Libertad de fijar precios y restringir la entrada (cuota de mercado, barreras de entrada y competencia potencial), 4. Abuso, uso o aprovechamiento excesivo o indebido de la posición de dominio que genera perjuicios a un competidor y/o al mercado.

Una vez se ha determinado cada paso del examen anteriormente expuesto, la autoridad llega al último escalón en donde debe definir si, existiendo todas las características previas, hubo o no un uso indebido de la posición dominante. Si definitivamente se encuentra que hubo una conducta anticompetitiva, se debe imponer la sanción de la Ley 1340 del 2009 en su artículo 25, la cual podrá ser para la persona jurídica y/o, la del artículo 26 para la persona natural a cargo de la empresa.

Específicamente en el ámbito de los mercados de dos lados se puede ver que hay dos tipos de conductas que se presentan (sin excluir las demás) y que pueden llegar a convertirse en anticompetitivas. Éstas son la venta de bienes atados y la imposición de precios que puede llevar a precios predatorios.

Aterrizándolo al caso de los videojuegos, por ejemplo, se sabe que de un lado se venden las consolas (*hardware*) y que del otro se venden los juegos (*software*), negocios que en ciertos casos pertenecen a la misma compañía o que tienen exclusividad de producción y uso. Lo anterior puede llegar a convertirse en una venta de bienes atados, es decir, venta de productos independientes que dependen el uno del otro para su funcionamiento. Esto ocurre cuando el juego que desarrolla una compañía sólo sirve en una consola específica, y en esa consola sólo funcionan específicos juegos, por lo que, si alguien decide comprar la consola y no los juegos, ese objeto no le servirá para nada y vice versa.

Otro ejemplo es el que se puede ver en *US v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), en donde se demandó a esta compañía por hacer uso de su posición dominante al restringir el mercado de navegadores web. En este caso, la plataforma de dos lados funciona igual que en los videojuegos, en donde se venden de un lado los computadores (*hardware*) y de otro los sistemas operativos (*software*). Microsoft, para esa época, tenía el 95% de cuota del mercado en cuanto a computadores personales (PC) y desarrolló su propio *software* llamado Windows al que le integró su propio navegador web, Internet Explorer. En este caso se vieron dos conductas anticompetitivas:

- a) exclusión de competidores por medio de productos atados, restringiendo el mercado de navegadores web al vender sus computadores con su propio *software* instalado y una copia de

Internet Explorer unidos de tal manera que era imposible eliminar el navegador, y b) acuerdos con los desarrolladores de *softwares* para que pusieran a Internet Explorer como navegador predeterminado.⁸⁵

El análisis se hizo con base en la Ley Sherman, expedida en 1890 en Estados Unidos para limitar los monopolios, no porque se entiendan prohibidos, sino por el abuso de poder de mercado que pueden desarrollar. En su sección 2 se establece que cualquier persona que monopolice o intente monopolizar, o combine o conspire con cualquier otra persona/s para monopolizar cualquier parte del comercio, se entenderá culpable de un delito.⁸⁶

En los casos de venta de bienes atados no se necesita tener posición dominante sobre los dos bienes, sino sobre el mercado del producto vinculante. Se entiende como una condición para forzar la demanda del otro bien o servicio. Este tipo de conductas son anticompetitivas *per se* en Colombia, es decir que no se necesita demostrar un efecto real en el mercado, sino simplemente que la conducta efectivamente se realizó y el juez no escuchará argumentos en contra ni justificaciones⁸⁷. Sin embargo, para el caso de *US v. Microsoft* se utilizó la regla de la razón, según la cual se debía demostrar un efecto anticompetitivo que afectara como tal a la competencia y no a un competidor específico. Se puede decir que se estableció un precedente para otros casos en los que se vea involucrada la conducta de productos atados para temas de plataformas de software en Estados Unidos. Además, se dice que es de carácter objetivo, pues la aplicación de la norma no depende

⁸⁵ Corte de Apelación, Circuito del Distrito de Columbia, EEUU. Nos. 00-5212 y 00-5213. *US v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

⁸⁶ Congreso de los Estados Unidos de América. Ley Sherman Antitrust. 2 de julio de 1890.

⁸⁷ Alfonso Miranda. *Origen y evolución del derecho a la competencia en Colombia: La Ley 155 de 1959 y su legado*. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 6 N° 6, 65-148. Enero-diciembre 2011, pág. 83.

de la demostración de que el autor de la conducta tuvo la intención de restringir la libre competencia.⁸⁸

Dado el caso de que se aplique la regla *per se*, el estudio específico para productos atados seguiría los siguientes componentes: a) que sean productos separados, b) que el agente tenga poder de mercado en el producto principal, c) que el agente tenga el privilegio de que el consumidor no tenga más opción que comprar los productos atados y d) que la conducta excluya un volumen sustancial de comercio. En cambio, si se aplica la regla de la razón se debe establecer que los beneficios obtenidos por la conducta, si los hay, fueron superados por los daños en el mercado de productos vinculados. En el caso de Microsoft se demostró que los efectos anticompetitivos superaron cualquier justificación procompetitiva que pudiesen dar, aunque no se les sancionó como tal, sino que se llegó a un acuerdo en el que se comprometieron a dejar de desarrollar ciertas conductas que pudieran afectar la competencia.⁸⁹

En los mercados de dos lados la venta de productos atados se puede ver como una especie de subsidio, en donde la plataforma necesita balancear la demanda de los dos lados (dado que a mayor demanda en A, mayor demanda en B), por lo que puede terminar favoreciendo a los consumidores al incrementar la demanda en el lado contrario.⁹⁰ A esta conclusión sólo se puede llegar si se hace un análisis individual de la plataforma, sin considerarla como una competidora dentro de un mercado con más empresas (monopolio).

⁸⁸ Alfonso Miranda. *Origen y evolución del derecho a la competencia en Colombia: La Ley 155 de 1959 y su legado*. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 6 N° 6, 65-148. Enero-diciembre 2011, pág. 83-87, 97-98

⁸⁹ Corte de Apelación, Circuito del Distrito de Columbia, EEUU. Nos. 00-5212 y 00-5213. *US v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

⁹⁰ Andrea Amelio & Bruno Jullien. *Tying and Freebies in Two-Sided Markets*. International Journal of Industrial Organization. 2012, pág. 436-446.

Sin embargo, cuando la plataforma se analiza como una competidora con otras empresas surge el problema de los bienes atados, el cual es que “*si un consumidor compra un bien vinculado que consiste en una unidad del bien primario del monopolista y una unidad de su bien complementario, entonces el consumidor no puede agregar al sistema una unidad del bien complementario del productor alternativo*”⁹¹, que es específicamente lo que genera que dicho comportamiento sea anticompetitivo. Esto quiere decir que el bienestar del consumidor se verá afectado precisamente por la reducción de opciones que va a tener a la hora de escoger los productos que desea adquirir.

En consecuencia, en el primer escenario es posible que haya beneficios para los consumidores por el incremento de demanda en los dos lados, generando el ya explicado efecto de “bola de nieve”. Pero en el segundo escenario, en donde hay competencia, aunque también se pueda presentar el efecto benéfico en el corto plazo, en el largo plazo los efectos serán negativos para el consumidor por tener menor poder de decisión sobre los productos que compra. Es aquí en donde se deben sopesar dichos efectos para definir si, aunque haya efectos procompetitivos, los anticompetitivos son de tal magnitud que superan los primeros, como se vio en el caso US v. Microsoft.

Por otro lado, está la conducta de establecer precios predatorios, que son “*ventas por debajo de costo que hace una empresa dominante por un largo periodo de tiempo con el propósito de sacar a los competidores del mercado*”⁹². Esto, en la teoría económica de los mercados tradicionales se entiende como una conducta abusiva, pues cuando se vende por debajo de los costos marginales

⁹¹ Dennis W. Carlton & Michael Waldman. *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*. Rand Journal of Economics. 2002, pág. 199.

⁹² Terry Calvani. *Predatory Pricing and State Below-cost Sales statutes in the United States: An Analysis*. Competition Bureau Canada. 2001.

de producción las empresas ni siquiera están ganando lo que les cuesta producir el bien o servicio y, en cambio, es posible que saquen competidores del mercado que no pueden permitirse vender a precios tan bajos.

Viéndolo desde el punto de vista de los mercados de dos lados, esta conducta no necesariamente constituye un abuso de posición dominante. Como se explicó en capítulos anteriores, en este tipo de mercados es posible que se cobre a los dos lados o sólo a uno, lo que resulta en gratuidad para el otro lado. Esta estructura de precios fue introducida por primera vez por Parker y van Alstyne⁹³, quienes explican la eficiencia que puede generar el dar un producto sin costo alguno en mercados de dos lados, en donde esto atrae más consumidores de un lado, lo que genera mayores ingresos del otro en el que sí se cobra, pues ese lado del mercado estará más interesado en invertir si hay mayor demanda. El mejor ejemplo para entender esta dinámica de precios es un periódico gratuito con publicidad: el periódico se ofrece al público sin costo alguno, lo cual hace que haya mayores lectores, y por su lado, se les cobra un precio alto a los anunciantes para poner su publicidad en dicho periódico dado que tendrán más posibles futuros compradores.

Como se anunció en el capítulo de Plataformas de Publicidad, se analizará el caso de los periódicos Aberdeen, en donde se le acusa a Aberdeen Journals de incurrir en precios predatorios por ofrecer espacios de publicidad muy baratos en su periódico gratuito Harold & Post. Aquí la OFT (Office of Fair Trading) estableció que dicho periódico tenía posición dominante en el mercado relevante de ofrecer espacios de publicidad en periódicos locales (pagando o gratis), así como que

⁹³ Geoffrey G. Parker & Marshall W. van Alstyne. *Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design*. Management Science, vol. 51(10). 2005, pág. 1497.

efectivamente incurrió en la conducta de precios predatorios al no poder cubrir sus costos promedio variables e incurrir en pérdidas.⁹⁴

Aunque en la teoría de mercados tradicionales esta conducta podría establecerse como abuso de posición dominante por precios predatorios, en la de mercado de dos lados no debería pasar lo mismo. Dada la estructura de estas plataformas, no se puede analizar de manera separada cada lado del mercado sino en conjunto, por lo que el análisis final de costos marginales (para saber si se está por debajo o no de los mismos) se debería hacer en conjunto de los lados, es decir, de la plataforma como un todo. El hecho de que en un lado haya costos menores a los marginales no significa automáticamente precios predatorios, y el hecho de que en el otro lado los costos sean mayores a los marginales no significa necesariamente que se tenga poder de mercado; por el contrario, pueden significar mayores beneficios para los consumidores por el incremento de participación en un lado.⁹⁵

Con respecto a esto, la Comisión Europea dice: *“Para aplicar estos puntos de referencia de costos también puede ser necesario considerar los ingresos y los costos de la empresa dominante y sus competidores en un contexto más amplio. Puede que no sea suficiente evaluar únicamente si el precio o los ingresos cubren los costos del producto en cuestión, pero puede ser necesario considerar los ingresos incrementales en caso de que la conducta dominante de la empresa en cuestión afecte negativamente sus ingresos en otros mercados o en otros productos. De manera similar, en el caso de mercados de dos lados, puede ser necesario considerar los ingresos y los*

⁹⁴ Office of Fair Trading, United Kingdom. Predation by Aberdeen Journals Ltd. CA98/14/2002. Septiembre 16 de 2002.

⁹⁵ OCDE. *Round Table on Two-Sided Markets - Note by the Delegation of the European Commission*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. 28 de mayo de 2009.

*costos de ambas partes al mismo tiempo.*⁹⁶ Esto significa que sería un error de las autoridades aplicar siempre la teoría del mercado tradicional para definir si hay o no abuso de posición dominante a los mercados de dos lados si se hace de manera separada en cada lado. Lo mejor sería estudiar ambos lados como un solo competidor o mercado relevante en donde “*si la suma total en ambas partes del mercado está por encima de AVC (average variable cost - costo variable promedio), el precio no debe considerarse predatorio.*”⁹⁷

Aunque en el caso del periódico Aberdeen se llegó a la conclusión correcta, el análisis que hizo la OFT fue equivocado, pues no aplicó lo que dijo la Comisión Europea sobre el análisis de ambos lados del mercado en una plataforma de dos lados. Es claro, como ya se estableció anteriormente, que los periódicos son este tipo de plataformas por unir a los anunciantes con los lectores. La OFT simplemente tomó en consideración el lado de los anunciantes, analizando su mercado relevante y sus costos, llegando a la conclusión de que los costos de publicidad efectivamente estaban por debajo de los costos variables marginales y que por ende había precios predatorios.⁹⁸ Para este tipo de plataformas nunca se puede dejar por fuera uno de los lados, en este caso el de los lectores, y así establecer el mercado relevante de la plataforma, no de cada lado.

Igualmente, se debe analizar si ante una fijación asimétrica de precios entre los dos lados del mercado es realmente posible que se evite que un competidor nuevo entre al mercado por ambos lados. Aquí la empresa con cierta posición en el mercado será viable si efectivamente el mantener los precios bajos de un lado le genera suficientes beneficios para obtener una gran magnitud de

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Martin Duch. *Predatory Pricing on Two-Sided Markets*. Advanced Competition Law and Economic Regulation course. 2013/14. ANR: 810321, pág. 9.

⁹⁸ Ibid, pág. 11.

ingresos del otro, lo cual simplemente será un incentivo para sus competidores. Pero, si el problema como tal no está en que la plataforma dominante disminuya sus precios de un lado del mercado, sino que las competidoras no tienen la capacidad de convertir los negocios adicionales de un lado en ingresos incrementales del otro, su falencia estaría en la poca competitividad que tienen en un mercado con una estructura de precios asimétrica y saldrían de éste.⁹⁹

Sin embargo, el hecho de que esta conducta se pueda permitir en este tipo de mercados no quiere decir que nunca podrá configurarse como anticompetitiva. Al contrario, hay ocasiones en que se abusa de la posición ventajosa que se tiene en el mercado y de esta estructura de precios. Por ejemplo, cuando un competidor establece en los dos lados un nivel de precios por debajo de lo necesario para cubrir los costos variables de la plataforma en su totalidad (como en el ya expuesto caso de los periódicos Aberdeen). Esta conducta, cuando se tiene posición dominante, mantenida por cierto periodo de tiempo puede llegar a sacar competidores menos rentables del mercado que no pueden luchar contra esos precios, y de esta manera la empresa con mayor poder tiene la capacidad de mejorar su participación o cuota e incrementar su dominio. Además, cuando queda esta empresa como único oferente, puede incrementar lo suficiente los precios como para recuperar las pérdidas que obtuvo en la maniobra anterior. En este caso es claro que las autoridades deberían entrar a regular y/o sancionar la conducta predatoria de la plataforma, que no por ser de dos lados puede gozar de inmunidad frente a esta conducta anticompetitiva.¹⁰⁰

⁹⁹ Amelia Fletcher. *Predatory Pricing in Two-sided platforms: A Brief Comment*. Competition Policy International. 23 de mayo de 2007, pág. 223.

¹⁰⁰ OCDE. *Policy roundtables, Two-sided markets*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. Note by the Delegation of the European Commission. 28 de mayo de 2009, pág. 17.

Otra de las maneras en las que se puede presentar un abuso de posición dominante se explica con el caso ya mencionado de Facebook en Alemania. Esta red social está siendo acusada de abusar de su posición dominante (la cual ya fue establecida en el mercado relevante de las redes sociales por parte de la Oficina Federal de Carteles de Alemania, al tener participación en más de la tercera parte del mercado) por condicionar la entrada de sus usuarios a aceptar ciertos términos para el uso de su información, para así utilizar estos datos en la personalización de la publicidad y cobrar muy altos precios a los anunciantes. Aunque en principio la Oficina sólo hizo una advertencia a Facebook para que dejara de intimidar a sus usuarios con dichas condiciones, actualmente la investigación sigue en curso para determinar si es necesario incurrir en multas y sanciones contra la plataforma.¹⁰¹ En este caso puntual se puede considerar el abuso de la posición dominante desde los dos lados, intimidando y condicionando la entrada de los usuarios y cobrando precios bastante altos para que los anunciantes publiquen en la plataforma, todo por la posición dominante que se obtiene al ser una plataforma de Big Data.

¹⁰¹ Bundeskartellamt, Alemania. *Preliminary Assessment in Facebook Proceeding: Facebook's Collection and use of Data from Third-Party Sources is Abusive*. 19 de diciembre de 2017.

RETOS PARA LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Como se ha dejado claro a lo largo del trabajo, los mercados de dos lados son un modelo empresarial muy diferente a los mercados tradicionales o de un solo lado. Su principal característica y la más distintiva es el fenómeno de los efectos cruzados de red, pues éstos únicamente son posibles cuando en una misma plataforma participan dos o más agentes. De la existencia de estos efectos se derivan otras características especiales de los mercados de dos lados como son su estructura de precios y la manera en la que se puede “jugar” con los mismos para lograr diferentes resultados, así como el tipo de participantes de la plataforma que deben tener una relación de interdependencia pero ofrecen productos diferenciables. Es por esto que la manera en la que se hace el análisis de la regulación actual de competencia, o por lo menos alguna parte, no puede ser aplicada a los mercados de dos lados porque su estructura es muy diferente y se puede estar incurriendo en análisis equivocados que llevan a violaciones anticompetitivas u omisiones de las mismas.

Algo muy importante para el estudio de las posibles conductas anticompetitivas es la definición de mercado relevante y, como se mencionó en capítulos anteriores, los tests que se usan actualmente no son aplicables a mercados de dos lados. Por un lado, está el test del “pequeño aumento significativo no transitorio en el precio” (o en inglés “small significant non-transitory increase in price test” - SSNIP test), en el cual se “(...) *define el mercado más restringido (grupo de productos más área geográfica) en el que una sola empresa podría aumentar los precios de manera sostenible o ejercer el poder de mercado.*”¹⁰² Aquí se eleva el precio del producto de la empresa en estudio y se analizan los efectos sobre la decisión del consumidor de seguir

¹⁰² Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt. *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. TILEC Discussion Paper; Tilburg Law School Research. 16 de marzo de 2013, pág. 4.

comprándolo o escoger otro sustituto. Los problemas que surgen con esta prueba para mercados de dos lados son: 1. como en este tipo de mercados se establecen dos precios, de qué manera se define cuál es el precio que se debe incrementar para poder hacer el test y 2. dado que se obtienen beneficios en los dos lados que interactúan, cuál debería ser el beneficio que se tiene en cuenta para hacer el análisis de mercado relevante.

Por el otro lado está el test del Análisis de la Pérdida Crítica (Critical Loss Analysis - CLA), el cual normalmente se hace junto con el anterior. Aquí se estudia la manera en que un incremento suficientemente alto en el precio del producto del monopolista hipotético puede llegar a afectar de tal manera sus ventas que tenga una pérdida crítica, es decir, una disminución significativa en sus ventas, por lo cual decida no imponer un precio de por lo menos esa cantidad. En los mercados de dos lados, por existir los efectos de red cruzados, este análisis no se puede enfocar simplemente en el incremento del precio en el lado A y los efectos que tiene en ese lado, sino que debe estudiar los efectos tanto en el lado A como en el lado B, pues necesariamente van a estar relacionados y habrá cierta dependencia del uno frente al otro.¹⁰³

Es por lo anterior que autores como Filistrucchi, Hüschelrath y Evans aseguran que la aplicación de estas pruebas a mercados de dos lados debe tener ciertas variaciones para que se acomode a sus características y arroje resultados reales. La mejor solución para el uso de estos test es estudiar la plataforma como un todo y no como dos mercados separados, pues es clave incluir en el análisis las elasticidades cruzadas de red que se generan entre cada lado ya que la relación íntima que existe entre los dos usuarios es imposible de ignorar y necesariamente una decisión en un lado va a afectar

¹⁰³ Kai Hüschelrath. *Critical Loss Analysis in Market Definition and Merger Control*. Centre of European Economic Research (ZEW), pág. 15.

al otro lado. Sería un error analizar cada lado como un mercado separado al otro, pues así se estaría tomando cada parte como un mercado tradicional independiente, lo cual es completamente opuesto a la realidad de los mercados de dos lados.

Por esta razón, lo que se recomienda es estudiar la plataforma como un sólo mercado, es decir, conjuntamente los dos lados que la componen y hacer la diferenciación entre los tipos de mercados de dos lados que existen: “a) en un mercado no transaccional, se debe verificar la rentabilidad de un aumento en el precio en cada lado del mercado; b) en un mercado transaccional, se debería verificar la rentabilidad de un aumento en el nivel de precios (es decir, la suma de los precios pagados por la transacción por las dos partes)”.¹⁰⁴ De esta manera, las pruebas tradicionales para definir el mercado relevante se pueden aplicar a los mercados de dos lados, logrando obtener resultados ajustados a la realidad de estos esquemas para que las autoridades puedan tomar decisiones acertadas frente a la posibilidad de conductas anticompetitivas.

Frente a este punto el reto de las autoridades, se podría decir, es menor, pues no tienen la necesidad de crear nuevas pruebas para determinar el mercado relevante de algún competidor que se esté estudiando. El reto está en entender la manera en la que esos tests se pueden ajustar a los mercados de dos lados, sin tener que hacer cambios en la teoría, solo en la aplicación al estudiar en conjunto los dos usuarios que participan en la plataforma, teniendo siempre en mente la relación de dependencia que existe entre éstos.

¹⁰⁴ Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt. *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. TILEC Discussion Paper; Tilburg Law School Research. 16 de marzo de 2013, pág. 37.

Otro de los factores que se analiza en una investigación sobre posibles prácticas anticompetitivas, o en general para regular la competencia, es la estructura de precios que existe en un mercado. Como se ha explicado anteriormente, en los mercados tradicionales este estudio se hace con base en un producto y la respuesta que tienen los consumidores frente al precio de sólo ese producto. Sin embargo, para los mercados de dos lados este análisis no puede quedarse en un sólo producto o en la respuesta de un sólo grupo de consumidores frente al cambio en los precios.

Por las ya explicadas externalidades cruzadas de red, cualquier variación en un lado afectará necesariamente lo que pasa en el otro lado. Es por esta razón que la estructura de precios que se maneja en mercados de dos lados cambia sustancialmente de la de un mercado tradicional, pues se pueden ofrecer bienes o servicios por precios considerablemente más bajos que los costos marginales de producción o inclusive gratis. Esto, porque, aunque por un lado no se esté recibiendo nada o casi nada, por el otro lado los precios serán lo suficientemente altos como para cubrir el total de costos marginales de la plataforma vista como un todo.

Es muy importante tener en cuenta en el análisis de precios de una plataforma de dos lados lo que dice Wright en uno de sus trabajos, resumido de la siguiente manera: “(...) *una estructura de precios eficiente puede no reflejar los costos relativos; un margen de costo con altos precios generalmente no es un indicador adecuado de poder de mercado; un precio por debajo del costo marginal puede no estar relacionado con precios predatorios y, lo que es más importante, un aumento de la competencia puede llevar a una estructura de precios menos eficiente o menos equilibrada, perjudicando a un lado de la plataforma más que al otro.*”¹⁰⁵

¹⁰⁵ Akshaya Katiyar. *Price Structure in a Two-Sided Platform*. International Journal of Management and Tourism. 2011, pág. 163.

Por ende, las autoridades de competencia enfrentan el reto de entender realmente la dinámica de precios que se usa en los mercados de dos lados, pues difiere bastante de la tradicional. Es muy importante “*observar con cuidado la estructura de precios para saber si realmente la plataforma está sacrificando ganancias para desarrollar una estrategia anticompetitiva y alcanzar posición de dominio.*”¹⁰⁶ Es decir, si se llegase a determinar que una empresa está desarrollando una práctica contraria a la competencia por tener precios bastante bajos en un lado, se estaría incurriendo en un error fatal al pensar que las ganancias totales de la compañía se pueden mirar por separado dependiendo del lado que se prefiera analizar. Específicamente en el caso de los periódicos Aberdeen, fue una suerte que el análisis arrojará el resultado correcto de conducta anticompetitiva por tener el otro lado también un precio gratuito, pero de todas formas se incurrió en el error de analizar solo un lado del mercado, pretendiendo que las plataformas se pueden separar para conveniencia del caso.

Igualmente, sería un gran error pensar que, precisamente por la dinámica especial de la estructura de precios de los mercados de dos lados, cualquier tipo de precio salido de lo normal no constituye una práctica abusiva. Al contrario, las autoridades también deben tener un mayor cuidado de no pasar por alto posibles abusos de posición dominante con precios predatorios por considerarlos normales en este tipo de plataformas.

Unido a lo anterior, se debe tener en cuenta el análisis general que se hace de la posición de dominio atado al poder o cuota de mercado que tiene cada competidor. Al estudiar ese punto se

¹⁰⁶ OCDE. *Policy roundtables, Two-sided markets*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. 19 de diciembre de 2009, pág. 226.

tiene que establecer que la plataforma tiene poder de mercado en los dos lados que la componen, pues afirmar que solo un lado es el que tiene poder no es suficiente.¹⁰⁷ Esto, porque necesariamente los dos lados van a tener una relación entre ellos, lo cual hace que el poder de mercado que tiene un lado se contrarreste con el que no tiene el otro lado. Ésta es la manera correcta de hacer el análisis, pues, como ya se ha reiterado, estas plataformas se deben estudiar como un todo, resultando entonces que, al revisar el poder de mercado en total de los dos lados unidos, no se encontrará algo que se salga de lo normal.¹⁰⁸

Lo anterior demuestra que el estudio de poder de mercado no puede hacerse de cada lado por separado, pues los resultados no serán correctos. Es cierto que esta estructura puede representar en sí una barrera de entrada natural al mercado, pues para que una plataforma se desarrolle correctamente deben existir consumidores en cada lado, lo cual representa uno de los mayores retos para ingresar al mercado de plataformas de múltiples lados. Sin embargo, esto no significa que la empresa que tenga una buena posición en el mercado, inclusive poder de mercado en un lado, tenga en sí posición de dominio y menos, que se pueda señalar del ejercicio de conductas abusivas. Las autoridades deberán, entonces, tener mucho cuidado con el análisis de cuota de mercado, pues no será suficiente determinar un solo lado, sino que deben detenerse a estudiar los dos lados y definir si efectivamente las ganancias que están obteniendo superan un nivel normal de competitividad.

¹⁰⁷ OECD. *Hearing on Rethinking the Use of Traditional Antitrust Enforcement Tools in Multi-sided Markets*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. 14 de febrero de 2018, pág. 10-11.

¹⁰⁸ Akshaya Katiyar. *Price Structure in a Two-Sided Platform*. International Journal of Management and Tourism. 2011, pág. 164-165.

CONCLUSIONES

El presente análisis sobre los mercados de dos lados se puede concluir en tres ideas principales. Primero, los avances tecnológicos han sido una de las palancas que ha ayudado a desarrollar este tipo de plataformas, porque permiten que el acercamiento de los dos lados del mercado sea más rápido y eficiente. Esto, en respuesta a las exigencias de los usuarios ante las deficiencias de los medios tradicionales por los que se ofrecen los productos y servicios, tales como los elevados costos, la asimetría de la información y asunción de mayores riesgos en cuanto a los factores de producción. Las innovaciones de estas plataformas se expusieron por medio de cuatro ejemplos puntuales que muestran la cotidianidad de los mercados de dos lados en la vida actual, junto con diferentes casos de la vida real tanto colombianos como de Derecho comparado, en los cuales se puede ver la predominancia del uso del internet y la tecnología. Su desarrollo ha sido y será bastante rápido y su acogida es masiva, porque desde el punto de vista del agente comercial significa una herramienta útil no sólo para llegar a un mayor número de usuarios sino para reducir costos, volviendo más eficiente su negocio.

Segundo, al entender las diferencias y similitudes de los mercados bilaterales con los mercados tradicionales, es posible identificar el punto que más los separa al uno del otro: los efectos de red indirectos o externalidades cruzadas de red. Estos efectos, claro está, se presentan por la característica más visible de estos mercados que es su bilateralidad. Si no existieran los dos lados (o inclusive más), no sería posible que las externalidades cruzadas se dieran, dejando estos mercados sin la ventaja que los vuelve tan atractivos, en donde el desempeño de un lado necesariamente va a afectar al otro lado. Sin embargo, estos efectos pueden ser tanto positivos como negativos, por lo que herramientas como la estructura de precios, los costos de cambio y la interdependencia de los bienes, entre otras, se deben usar correctamente para causar efectos

benéficos en ambos lados. Por esto es posible afirmar que son esas externalidades las que trazan la línea más gruesa entre los mercados tradicionales y los de dos lados, llevando a que el análisis de competencia que se hace en los segundos cambie casi en su totalidad.

Tercero, y en respuesta a la velocidad del desarrollo de estas plataformas y a su característica exclusiva, el análisis de la regulación actual de competencia aplicada a los mercados de dos lados no se está haciendo correctamente. A lo largo del trabajo se pudo observar que tanto en Colombia como en otras jurisdicciones la interpretación de conceptos como la estructura de precios, el mercado relevante y la participación de mercado, entre otros, se hace de la misma manera que para mercados tradicionales, ejercicio interpretativo que las autoridades deben cambiar. Lo que esto genera es que las autoridades tengan una gran discrecionalidad a la hora de aplicar esas normas a las nuevas plataformas, y se generen situaciones arbitrarias que lleven a resultados equivocados. En consecuencia, desde un punto de vista positivo, lo anterior podría llevar a las autoridades de regulación a un ejercicio legislativo a favor de estos mercados; pero, desde un punto de vista negativo, podría llevar a una regulación excesiva que limite los avances y beneficios que estos mercados traen a sus usuarios.

Así, ante las preguntas planteadas al inicio del presente trabajo, las respuestas son claras: *¿Diferencian las autoridades de competencia el tratamiento de casos que involucran mercados de un lado frente a casos de dos lados? ¿Cuál es el efecto de una respuesta afirmativa o negativa a la pregunta anterior?* No lo hacen. Se dejó claro que, ante un estudio de posibles prácticas anticompetitivas, el análisis tradicional, enfocado a los mercados de un solo lado, es el que se sigue aplicando sin importar las diferentes características entre ellos. Es por esto que, si las autoridades

analizan estos casos con la aplicación tradicional de las normas actuales va a haber tanto omisiones frente a posibles conductas anticompetitivas, como excesos en su aplicación por creer que conductas que en mercados tradicionales son anticompetitivas también lo son en estos mercados diferentes. Así, la falta de actualización del análisis de las normas, o una muy estrecha y restrictiva, hace que se obstruya el libre desarrollo del mercado, negando que hay nuevos tipos de mercados que ayudan al crecimiento de la economía. Es por esto que con el análisis hecho en el presente trabajo, a través del estudio de las características específicas que presentan los mercados de dos lados, de diferentes casos y su análisis desde la jurisdicción colombiana e internacional, de lo establecido por la doctrina y la comparación de todo lo anterior con los mercados tradicionales, se puede concluir de manera contundente que sí se necesita una labor más ardua de las autoridades para cambiar el análisis de las prácticas anticompetitivas y ajustarlo a mercados de dos lados, para no incurrir en los errores mencionados.

BIBLIOGRAFÍA

Abuso de la posición dominante, Observatorio de Competencia. ANDI Disponible en: <http://www.andi.com.co/cif/Documents/OBSERVATORIO%20DE%20COMPETENCIA%20No%203%20Abuso%20de%20la%20posici%C3%B3n%20dominante.pdf>

Agencia de Noticias UN. *Uber y Airbnb violan leyes colombianas.* Unimedios. 4 de agosto de 2017. Disponible en: <http://agenciadenoticias.unal.edu.co/detalle/articulo/uber-y-airbnbviolan-leyes-colombianas.html>

Akshaya Katiyar. *Price Structure in a Two-Sided Platform.* International Journal of Management and Tourism. 2011.

Alfonso Miranda, Juan David Gutiérrez & Natalia Barrera. *El control de las integraciones empresariales en Colombia.* Pontificia Universidad Javeriana. 2014.

Alfonso Miranda. *Origen y evolución del derecho a la competencia en Colombia: La Ley 155 de 1959 y su legado.* Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 6 N° 6, 65-148, enero-diciembre 2011.

Allison Jones & Brenda Sufirin. *EU Competition Law.* New York, Oxford. (2011)

Amelia Fletcher. *Predatory Pricing in Two-sided platforms: A Brief Comment.* Competition Policy International. 23 de mayo de 2007.

Anders Henten & Iwona Windekilde. *Transaction Costs and the Sharing Economy.* 26th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS), Madrid, Spain. Junio de 2015.

Andrea Amelio & Bruno Jullien. *Tying and Freebies in Two-Sided Markets.* International Journal of Industrial Organization. 2012.

Andrei Hagiu & Julian Wright. *Multi-Sided Platforms.* International Journal of Industrial Organization. 16 de marzo de 2015.

Ben Knight. *Facebook Faces German Cartel Office Probe on Exploiting User Data.* DW.com. 2 de enero de 2018.

Bernard Caillaud & Bruno Jullien. *Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers.* The RAND Journal of Economics. 2003.

Bundeskartellamt, Alemania. *Preliminary Assessment in Facebook Proceeding: Facebook's Collection and Use of Data from Third-Party Sources is Abusive.* 19 de diciembre de 2017.

Cartilla preguntas frecuentes sobre competencia desleal. Superintendencia de Industria y Comercio. Pág. 8. Disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Boletines/Cartilla_Preguntas_Frecuentes_Interactiva/files/cartilla%20preguntas%20frecuentes%20-%20titulos%20azulez%20final.pdf

Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores. Superintendencia de Industria y Comercio. Pág. 6. Disponible en: http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

C. Christian von Weizsäcker. *The Costs of Substitution.* The Econometric Society. Septiembre de 1984.

Cento Veljanovski. *Network Effects and Two-Sided Markets*. Case Associates. 29 de julio de 2007.

Chiara Caccinelli & Joëlle Toledano. *Assessing Anticompetitive Practices in Two-Sided Markets: A Comparative Analysis of four Antitrust Proceedings against Booking.com*. 28th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS): "Competition and Regulation in the Information Age", Passau, Germany. 20 de junio de 2017.

Comunicado de prensa no. 137/17 de la Corte de Justicia de la Unión Europea. Luxemburgo, 20 de diciembre de 2017.

Concepto de Abogacía de la Competencia No. 15-280358—1-0. Superintendencia de Industria y Comercio. 26 de noviembre de 2015.

Congreso de los Estados Unidos de América. Ley Sherman Antitrust. 2 de julio de 1890.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-032 de 2017. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos. 25 de enero de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228/10. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. 24 de marzo de 2010.

Corte de Apelación, Circuito del Distrito de Columbia, EEUU. Nos. 00–5212 y 00–5213. *US v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

Corte de Apelación del Segundo Distrito, EEUU. DOJ, Docket No. 02-6074 / 02-6076 / 02-6078. *United States of America, Plaintiff-Appellee, vs. VISA U.S.A., INC., Visa International Corp., and MasterCard International*

Daniel Guttentag. *Airbnb: Disruptive Innovation and the Rise of an Informal Tourism Accommodation Sector*. Current issues in Tourism. 2 de diciembre de 2015.

David A. Miller, Xiahua Wei & Timothy R. Keller. *A Steady State Approach to a Network Externality Market with Switching Costs*. NET Institute Working Paper. 20 de octubre de 2010.

David S. Evans. *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*. Joint Center, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. Septiembre de 2002.

David S. Evans. *The Web Economy, Two-Sided Markets and Competition Policy*. Global Economics Group. 5 de abril de 2010.

David S. Evans & Richard Schmalensee. *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*. Boston, Harvard. 2016.

David S. Evans, Richard Schmalensee, Michael D. Noel, Howard H. Chang & Daniel D. Garcia-Swartz. *Platform Economics: Essays on Multi-Sided Businesses*. Global Economics Group, Massachusetts Institute of Technology (MIT). 11 de diciembre de 2011.

Decreto 2153 de 1992. Ministerio de Desarrollo Económico de Colombia. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y comercio y se dictan otras disposiciones. 31 de diciembre de 1992. Diario Oficial No. 40.704.

Decreto 348 de 2015. Ministerio de Transporte de Colombia. “Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor especial y se adoptan otras disposiciones”. 25 de febrero de 2015. D.O No. 49.436.

Decreto 1079 de 2015. Ministerio de Transporte de Colombia. “Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte”. 26 de mayo de 2015. D.O. 49.523.

Dennis W. Carlton & Michael Waldman. *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*. Rand Journal of Economics. 2002.

Dennis W. Carlton & Michael Waldman. *Upgrades, Switching Costs and The Leverage Theory o Tying*. Junio de 2012.

Federico Muñoz Galvis. *Mercado de tarjetas de crédito en Colombia, un enfoque mediante la dinámica de sistemas*. Tesis de maestría. Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. 2014.

Feng Zhu & Marco Iansiti. *Entry into Platforms-Based Markets*. Strategic Management Journal. Enero de 2012.

Geoffrey G. Parker & Marshall W. van Alstyne. *Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design*. Management Science, vol. 51(10). 2005.

Giacomo Luchetta. *Is the Google Platform a Two-Sided Market?*. Journal of Competition Law & Economics. 1 de marzo de 2014.

J. Miguel Villas-Boas. *Short Survey on Switching Costs and Dynamic Competition*. University of California Berkeley. 9 de marzo de 2015.

Jaime Folguera Crespo. *La evolución del tratamiento de las restricciones horizontales y verticales en derecho comunitario: la nueva aproximación de la Comisión Europea*. Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional. Superintendencia de Industria y Comercio. 1988.

Jason Percy. *Bargains Followed by Bargains: When Switching Costs Make Markets More Competitive*. Journal of Economics and Management Strategy, Forthcoming. 13 de septiembre de 2015.

Jean-Charles Rochet & Jean Tirole. *Two-Sided Markets: A Progress Report*. The RAND Journal of Economics. 2006.

Jean-Charles Rochet & Julian Wright. *Credit Card Interchange Fees*. ECB Working Paper No. 1138. 30 de diciembre de 2009.

Jeroen Oskam & Albert Boswijk. *Airbnb: The Future of Networked Hospitality Businesses*. Journal of Tourism Futures. 2016.

Jose Luis Arroyo, Jose Ignacio López & Concepción Sánchez-Seco. *Efectos de red, economía y biología matemática*. Encuentros multidisciplinares. 2005.

Julian Wright. *One-Sided Logic in Two-Sided Markets*. AEI-Brookings Joint Center Working Paper. 21 de octubre de 2003.

Kai Hüschelrath. *Critical Loss Analysis in Market Definition and Merger Control*. Centre of European Economic Research (ZEW).

Keneth C. Wilbur. *A two-Sided, Empirical Model of Television Advertising and Viewing Markets*. University of California, San Diego. 27 de febrero de 2006.

Lapo Filistrucchi. *A SSNIP Test for Two-Sided Markets: The Case of Media*. NET Institute Working Paper. 29 de octubre de 2008.

Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt. *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. TILEC Discussion Paper; Tilburg Law School Research. 16 de marzo de 2013.

Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. 26 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47420.

Ley 256 de 1996. “Por el cual se dictan normas de competencia desleal”. 19 de enero de 1996. D.O No. 42.692.

M. Keith Chen & Michael Sheldon. *Dynamic Pricing in a Labor Market: Surge Pricing and Flexible Work on the Uber Platform*. In EC. 11 de diciembre de 2015.

Marc Rysman. *Empirics of Antitrust in Two-Sided Markets*. Competition Policy International. 2007.

Martin Duch. *Predatory Pricing on Two-Sided Markets*. Advanced Competition Law and Economic Regulation course. 2013/14. ANR: 810321.

Observatorio de Derecho de la Competencia, Competencia Desleal. ANDI. Disponible en: http://www.andi.com.co/cif/Documents/OBSERVATORIO_DE_COMPETENCIA_No._6_Gu%C3%ADa%20Competencia%20Desleal.pdf

OCDE. *Policy roundtables, Two-sided markets*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. 19 de diciembre de 2009.

OCDE. *Round Table on Two-Sided Markets - Note by the Delegation of the European Commission*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee. 28 de mayo de 2009.

OCDE. *Hearing on Rethinking the Use of Traditional Antitrust Enforcement Tools in Multi-sided Markets*. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. 14 de febrero de 2018.

Office of Fair Trading, United Kingdom. *Predation by Aberdeen Journals Ltd*. CA98/14/2002. Septiembre 16 de 2002.

Pedro Luis Escobar Ramírez. *Barreras a la entrada. Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional*. Superintendencia de Industria y Comercio. 1988.

Resolución 26255 de 2011. “Por la cual se ordena la apertura de una investigación”. Superintendencia de Industria y Comercio. 20 de mayo de 2011.

Resolución 40313 de 2016. “Por la cual se imparte una orden a la sociedad Uber Colombia S.A.S.” Superintendencia de Puertos y Transporte. 19 de agosto de 2016.

Resolución 40478 de 2012. “Por la cual se aceptan unas garantías y se ordena el cierre de la investigación”. Superintendencia de Industria y Comercio. 28 de junio de 2012.

Resolución No. 53937 de 2013. “Por la cual se aprueba una operación de integración.” Superintendencia de Industria y Comercio. 9 de septiembre de 2013.

Richard Schmalensee & David S. Evans. *Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*. Competition Policy International. 20 de mayo de 2007.

Robin S. Lee. *Home Videogame Platforms*. The Oxford Handbook of the Digital Economy, eds. Martin Peitz and Joel Waldfogel. Marzo de 2011.

Ronald D. Fischer, Nicolás Figueroa & Sebastian Infante. *Competition with Asymmetric Switching Costs*. Complex Engineering Systems Institute. 1 de noviembre de 2007.

Sala de prensa de Superintendencia de Puertos y Transporte. *Supertransporte confirma millonaria sanción a Uber Colombia*. 3 de agosto de 2017. Disponible en: http://www.supertransporte.gov.co/images/Sliders/2017/Agosto/CP101-03ago_Confirman_Sancion_Uber_Publicidad.pdf

Sebastian Wismer, Christian Bongard & Arno Rasek. *Multi-Sided Market Economics in Competition Law Enforcement*. Journal of European Competition Law & Practice. 15 de octubre de 2016.

Sentencia LRX/142/2015 del Tribunal Superior de Reino Unido. M.P.: Stuart Bridge. 6 de septiembre de 2016.

Sentencia no. 30/2017 del Juzgado Mercantil nº 2 de Madrid. M.P.: Andrés Sánchez Magro. Disponible en: <http://www.hoy.es/apoyos/documentos/sentencia-jzdo-mercantil-blablacar.pdf>

Silvia Barona Vilar. *Competencia Desleal. Tutela Jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajudicial*. Tirant Lo Blanch Tratados, Tomo I. 2008.

Simon P. Anderson & Jean J. Gabszewicz. *The Media and Advertising: A Tale of Two-Sided Markets*. Handbook of Cultural Economics. Agosto de 2015.

Simpson Tacher. *The Supreme Court Hears Oral Argument in American Express Case Raising Fundamental Questions Over Application of the Rule of Reason Test in Antitrust Cases*. Report from Washington. 27 de febrero de 2018.

Sugato Bhattacharyya & Vikram K. Nanda. *Client Discretion, Switching Costs and Financial Innovation*. University of Michigan. 3 de septiembre de 1997.

Superintendencia Financiera de Colombia. *Reporte mensual de tarjetas de crédito y débito*. Diciembre de 2017.

Terry Calvani. *Predatory Pricing and State Below-cost Sales statutes in the United States: An Analysis*. Competition Bureau Canada. 2001.

The Next Generation of Gaming Consoles. Disponible en: <http://www.cnbc.com/id/31331241>. 12 de junio de 2009. Disponible en: <http://www.cnbc.com/id/3133124> 1

Victor Ayalde Lemos. *Uber: Competencia entre plataformas, Innovación y Política Económica en Colombia*. Derecho y política de la libre competencia en América Latina. 5 de febrero de 2015.

Vinciane Zabban. *Re-examining Game Studies: Understanding and Moving Beyond Formal and Cultural Approaches to Video Games*. La Découverte. 2012.