

Derecho de competencia y economía digital en Ecuador: reflexiones sobre mercados relevantes y abusos de posición de dominio

Competition Law and Digital Economy on Relevant Markets and Abuses of Dominant Position

KEVIN DAMIAN ORTIZ ARIAS*

Recibido / Received: 21/01/2023

Aceptado / Accepted: 10/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2892>

Citación:

Ortiz Arias, K. “Derecho de competencia y economía digital en Ecuador: reflexiones sobre mercados relevantes y abusos de posición de dominio”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2892>

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ortizariaskevin6@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0002-3865-5550>

RESUMEN

En 2021 se publicó el examen inter-pares sobre el Derecho y Política de Competencia en Ecuador, realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) junto con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Una de las conclusiones a las que arriba el informe es que los mercados digitales presentan a la autoridad de competencia un nuevo conjunto de desafíos. El presente artículo brinda una aproximación hacia ellos. Para esto, revisita los conceptos de definición de mercado y abuso de posición dominante a la luz de la actual ley de competencia. Así mismo, ofrece recomendaciones sobre las particularidades que la agencia de competencia ecuatoriana debería considerar a la hora de efectuar la definición de mercados digitales. Finalmente, estudia los principales tipos de abuso que pueden tener lugar en esta clase de economías.

PALABRAS CLAVE

Derecho de competencia; economía; mercados digitales; mercados relevantes; dominancia; abusos de poder de mercado

ABSTRACT

In 2021, the peer review on Competition Law and Policy in Ecuador carried out by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) together with the Inter-American Development Bank (IDB) was published. One of the conclusions reached by the report is that digital markets present competition authorities with a new set of challenges. This article provides an approach to such challenges. To do this, it revisits the concepts of market definition and abuse of a dominant position in light of the current competition law. Likewise, it offers recommendations on the particularities that the Ecuadorian competition agency should consider when defining digital markets. Finally, it studies the main types of abuse that can take place in this kind of economies.

KEYWORDS

Competition law; economy; digital markets; relevant markets; dominance; abuse of market power

1. INTRODUCCIÓN

“Se nos ha reservado a nosotros el «privilegio» de participar de lleno en todo aquello que, por lo general, la historia asigna cada vez a un solo país y un solo siglo”.

Stefan Zweig a la humanidad, 1941.¹

Los mercados digitales poseen ciertas características que los diferencian por completo de los mercados tradicionales. En general, cuando se trata de un entorno digital, los operadores económicos no despliegan la dinámica competitiva en el mercado, sino por el mercado.² Visto así, los agentes que participan de este contexto tienen incentivos diferentes para operar. Verbigracia, los mercados digitales generalmente funcionan sobre la base de los efectos de red, pues el valor de los bienes o servicios ofertados aumenta en la medida en que más usuarios los adquieran. Por ello, a corto plazo, las compañías están incentivadas a direccionar sus esfuerzos hacia el crecimiento operativo, prefiriéndolo incluso por sobre la maximización de su utilidad individual.³

Además, los mercados digitales son altamente concentrados debido a que existen muchas barreras de entrada de índole tecnológico y financiero.⁴ Así mismo, cuentan con la particularidad de ser dinámicos ya que los operadores económicos no compiten solo por precios sino, sobre todo, por innovación.⁵ Observado lo anterior, no es extraño que el examen inter-pares sobre el derecho de competencia ecuatoriano haya concluido que la economía digital representa para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM), un nuevo conjunto de desafíos.⁶

Considerando la naturaleza de esta clase de mercados, definirlos, determinar si hay o no operadores que ostenten dominancia, y establecer el cometimiento de un abuso; son tareas especialmente complicadas.⁷ Por ello, en este trabajo se revisarán los enfoques tradicionales sobre definición de mercado pertinente, dominancia y abusos, en Ecuador, a fin de complementarlos con reflexiones sobre los mercados digitales. Además, se analizarán las particularidades a tomar en cuenta al momento de definir estos entornos, con énfasis

1 Stefan Zweig, *El mundo de ayer: Memorias de un europeo* (Barcelona: Acanalado, 2012), 3.

2 Alison Jones, Brenda Suffrin, y Niamh Dunne, *EU Competition Law. Text, cases, and materials* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 60.

3 Claudia C. Cantell, “Abuse of Dominance in the Digital Era”, *Stockholms Universitet* (2021): 9-10, <https://su.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1635272&dsid=-1421>.

4 Daria Kostecka-Jurczyk, “Abuse of Dominant Position on Digital Market: Is the European Commission Going back to the Old Paradigm?”, *European Research Studies Journal* 24, no. 1 (Febrero 2021): 121, 10.35808/ersj/2033.

5 Ibid.

6 OECD, *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Ecuador* (Ecuador: OECD, 2021), 148. <https://www.oecd.org/daf/competition/ecuador-examenes-inter-pares-sobre-el-derecho-y-politica-de-competencia-2021.pdf>.

7 Kostecka-Jurczyk, “Abuse of Dominant Position on Digital Market”, 121.

en las mutaciones que puede experimentar el ejercicio de delimitación por la naturaleza de los mismos. Finalmente, se examinarán los principales tipos de abusos que pueden ocurrir en ellos.

2. DESARROLLO

2.1. HACIA UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

En aras de explicar este acápite de forma apropiada, se debe partir de un presupuesto indispensable. A saber, que “previo a determinar un abuso de posición dominante, es necesario establecer la existencia de una posición dominante en un mercado determinado, lo que presupone que dicho mercado ya ha sido definido”.⁸ Como se puede advertir, los conceptos de mercado relevante, dominancia y abuso, se encuentran íntimamente relacionados entre sí. En caso de faltar el primer elemento, no podría concluirse que un operador ostenta poder de mercado sustancial y, consecuentemente, tampoco tendrían cabida las distintas hipótesis de abusos. A continuación, se analizará cada componente.

2.1.1. DEFINICIÓN DE MERCADOS RELEVANTES EN ECUADOR

La definición de mercado relevante es una herramienta que sirve para identificar qué productos o servicios son sustitutos, tan cercanos entre sí, que ejercen presiones competitivas sobre el comportamiento de los operadores económicos.⁹ De ello se desprende que la definición del mercado no es un fin en sí mismo. Más bien, es un medio para evaluar el grado de competencia efectiva.¹⁰ En Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM o, simplemente, la Ley) prescribe que, antes de determinar el cometimiento de cualquier infracción y aplicar su correlativa sanción, la SCPM debe necesariamente establecer el mercado relevante caso por caso.¹¹ Para ello, la Ley señala que se debe tomar en cuenta el mercado de producto o servicio y el geográfico.

Por un lado, el mercado producto comprende los bienes o servicios que se consideran como sustitutos por parte del consumidor. Al respecto, es preciso tomar en cuenta –entre otros factores– las preferencias del cliente, las características, usos y precios de los productos o servicios examinados, las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.¹² Al momen-

⁸ Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law. Text, cases, and materials* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 63.

⁹ *Ibid.*, 62.

¹⁰ Simon Bishop y Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), 119.

¹¹ Artículo 5, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM]. R.O. Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011.

¹² *Id.*

to de determinar si ciertos bienes o servicios integran el mismo mercado, la dimensión más importante es la sustitución de la demanda —aunque, por supuesto, también se debe tomar en cuenta la sustitución de la oferta—. La sustituibilidad desde el lado de la demanda sirve para establecer si el consumidor considera a dichos bienes o servicios como intercambiables. De ser este el caso, entonces se puede concluir que integran el mismo mercado relevante.¹³

Por otro lado, el mercado geográfico comprende la zona en la que se comercializan los productos o se prestan los servicios, y en donde las condiciones competitivas son tan homogéneas, que es posible diferenciarla de otras zonas geográficas.¹⁴ Para arribar a dicha conclusión, es menester considerar los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras existentes.¹⁵ En este punto es forzoso recalcar que, aun cuando no se menciona expresamente en la Ley, también es indispensable delimitar al mercado temporal, ya que “las condiciones competitivas pueden variar de una temporada a otra, por ejemplo, debido a cambios climáticos o a los hábitos de los consumidores. Visto así, un operador puede ostentar poder de mercado durante una parte del año, pero no en otras”.¹⁶

A la hora de efectuar definiciones de mercados digitales, la SCPM debe tomar en cuenta los tres mercados mencionados. Sin embargo, dado que esta clase de economías tienen una operatividad muy distinta, se deben considerar varios puntos que, en caso de pasar desapercibidos, pueden conllevar a una errónea delimitación del mercado pertinente.

A manera de ejemplo, y como se analizará en detalle posteriormente, una de las herramientas más empleadas al momento de realizar la definición de un mercado es el test *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* (en adelante SSNIP). Este consiste en aumentar hipotéticamente el precio de un bien o servicio, para evaluar si tal incremento provoca que el consumidor deje de adquirirlo y migre hacia otro.¹⁷ De por sí, dentro de un mercado tradicional, el test ya presenta una limitación importante: aun cuando un operador económico no pueda subir sus precios de forma rentable, eso no implica necesariamente que no sea dominante. Tal postulado se conoce como la falacia del celofán, cuyo antecedente histórico fue el caso *E.I du Pont* en 1956.¹⁸ Por un lado, el Departamento de Justicia acusaba a *du Pont* de ser dominante en el mercado del celofán. Por otro lado, la compañía demostró que, al aplicar el SSNIP y aumentar el precio de este material, el resultado era que sus clientes migrarían hacia otros productos supuestamente sustitutos. Con base en este razonamiento, la Corte Suprema de Estados Unidos falló a favor de la firma y declaró que no poseía dominancia.¹⁹

13 Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 63.

14 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (New York: Oxford University Press, 2012), 39.

15 Artículo 5, LOCRPM.

16 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 41.

17 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 31.

18 *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, Corte Suprema de Estados Unidos, 11 de junio de 1956.

19 Lawrence J. White, “The Dead Hand of Cellophane and the Federal Google and Facebook Antitrust Cases: Market Delinea-

Sin embargo, la Corte no consideró que si un operador económico ya ostenta dominancia, y cobra precios supra competitivos desde antes de la elaboración del SSNIP, por supuesto que el aumento hipotético del precio provocará que el usuario migre hacia otros bienes o servicios, pero no necesariamente porque sean sustitutos, sino porque el monopolista ya está cobrando el precio máximo que el cliente está dispuesto a pagar.²⁰ Ahora bien, la situación se agrava en un mercado digital donde el precio que se cobra por un bien o servicio generalmente es cero. En este caso, además de enfrentar la incuestionable complejidad que trae consigo la falacia del celofán, la SCPM debe franquear el obstáculo de que, al aplicar el SSNIP, es muy probable que no cuente con un precio que aumentar o reducir.

En Ecuador, la importancia jurídica de efectuar correctamente la definición de un mercado relevante es que, si esta presenta fallas, se puede declarar la nulidad del procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, resulta ilustrativo el caso Conecel S.A. en el que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones denunció al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones por haber incluido cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento de inmuebles donde tenía instalada su infraestructura. Esto, supuestamente, generaba barreras de entrada para los nuevos operadores económicos. Sin embargo, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM definió erróneamente el mercado pertinente y eso conllevó la anulación de la decisión por parte del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.²¹

Con base en todo lo expuesto, cuando la SCPM efectúe definiciones de mercados digitales, es obligatorio que posea sólidos conocimientos sobre las características de este tipo de economías, ya que tales cualidades obligarán a transformar el proceso de delimitación tradicional. Una definición defectuosa permanecerá susceptible de ser anulada.

2.1.2. DOMINANCIA A LA LUZ DE LA LORCPM

Desde una perspectiva jurídica, la Ley conceptualiza a la posición dominante como la capacidad que tienen los operadores económicos de “actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado”.²² Se trata de una definición esencialmente legal, que trae consigo más interrogantes que respuestas a la hora de establecer si un operador ostenta dominancia. Verbigracia, no se aclara si la independencia tiene que ser con respecto de uno solo o todos los actores mencionados.

tion Will Be Crucial”, *The Antitrust Bulletin*, no.1 (Marzo 2022): 114-115, <https://doi.org/10.1177/0003603X211067709>.

20 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 32.

21 OECD, *Exámenes inter-pares*, 100.

22 Artículo 7, LORCPM.

Así pues, en la práctica, se ha optado por concluir la posición de dominio desde una perspectiva más bien económica. En este sentido, existe un amplio espectro de posibilidades en cuanto a la posición de un operador en un mercado determinado. Por un lado, está un escenario de competencia perfecta en el que nadie ostenta dominancia. Por otro lado, está un contexto de monopolio donde una sola firma tiene el control. Ahora bien, ambos escenarios son extremos poco probables. En el medio existen varios grados de poder de mercado y toda empresa posee cierto poder.²³ Económicamente, la dominancia o poder de mercado sustancial es la capacidad que tienen los operadores de cobrar precios supra competitivos de manera rentable.²⁴ La jurisprudencia ha sostenido la tesis de que la rentabilidad es fundamental para determinar una posición dominante pues, si estas conductas no le significan una utilidad al operador, está claro que existen suficientes presiones competitivas como para que este no pueda actuar unilateralmente.²⁵

Al considerar el dinamismo de los mercados digitales, es necesario interpretar el concepto de precios en sentido amplio. Esto incluye cualquier forma en que la competencia pueda ser restringida, como las limitaciones en la producción, supresión de la innovación, reducción en la calidad de bienes o servicios, etc.²⁶

Visto así, igual se reputaría dominante al operador que tenga la aptitud de reducir la calidad de sus productos o servicios de manera rentable. Por último, la dominancia no puede “determinarse simplemente por referencia a la cuota de mercado de una empresa”,²⁷ sino que hace falta considerar otros factores en la estructura del mercado como la competencia actual o potencial, barreras de entrada, etc.²⁸

2.1.3. ABUSOS DE PODER DE MERCADO

Por sí solo, no es negativo que un operador económico sea dominante en un mercado determinado. Muchas veces, esto demuestra únicamente la eficiencia del operador respecto de los demás. Así también lo reconoce la LORCPM al prescribir que “la obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general”.²⁹ Según se infiere, lo que se considera pernicioso es abusar de esta

23 Olga Batura, Nicolai van Gorp y Pierre Larouche, “Online Platforms and the EU Digital Single Market”, *E-Economics*, (2015): 10, https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/nikolai_van_gorp_-_response_economics_to_the_uk_house_of_lords_call_for_evidence_14020.pdf.

24 OECD, “Practical approaches to assessing digital platform markets for competition law enforcement”, *OECD*, (2019): 21, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2019\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2019)4/en/pdf).

25 U.S. c. Microsoft Corp., Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia, 28 de junio de 2001.

26 Richard A. Posner y William M. Landes, “Market power in antitrust cases”, *Harvard Law Review* 94, no.5 (Marzo 1981): 953, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2551&context=journal_articles.

27 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 181.

28 Ibid.

29 Artículo 7, LORCPM.

posición, para excluir a los competidores por razones distintas a su eficiencia –abusos exclusorios– o para extraer el excedente del consumidor y afincarlo en el proveedor dominante –abusos explotativos–.³⁰ Además, los abusos pueden estar o no relacionados con precios.³¹ Esta categorización tan solo tiene una finalidad práctica, pero no tiene consecuencias jurídicas distintas. De hecho, un acto puede ser explotativo y exclusorio a la vez.

Existen ciertos abusos que pueden cometerse tanto en mercados tradicionales como en mercados digitales y no resultaría útil erigir diferencias en cuanto a su forma de configuración. A pesar de lo anterior, hay nuevas figuras de abusos que, por las características de las economías digitales, únicamente pueden ocurrir dentro de ellas. Estas figuras se analizarán en lo sucesivo.

2.2. MÁS ALLÁ DE LA LORCPM: PARTICULARIDADES EN LA DEFINICIÓN DE MERCADOS DIGITALES

En Ecuador, el desarrollo de economías digitales ha sido relativamente escaso con respecto a otros países de la región. Quizá esto puede explicar por qué el examen inter-pares no dedica recomendaciones exhaustivas al respecto.³² Sin embargo, es innegable que “con la llegada de la pandemia originada por el Covid-19, el mercado ecuatoriano ha vivido un incremento notorio en la comercialización de bienes y servicios a través de plataformas digitales”.³³ Visto así, aun cuando esta clase de economías no sean una realidad patente, su crecimiento *a posteriori* es inevitable. Por lo expuesto, este artículo se anticipa a las consideraciones que debería tomar en cuenta la SCPM a la hora de definir un mercado digital.

2.2.1. MERCADOS DE PRECIO CERO

Como ya se ha mencionado, en mercados digitales el precio no es la única dimensión competitiva, ni siquiera la más importante.³⁴ A pesar de que los productos tienen un precio cero en dinero, no por eso los usuarios los adquieren de forma gratuita, siempre dan algo a cambio.³⁵ Por un lado, teniendo en cuenta que “[l]a moneda de hoy son los datos”³⁶, “[l]os clientes

30 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 192.

31 Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 270.

32 OECD, *Exámenes inter-pares*, 148.

33 Diana Emilia Heredia Pincay y Freddy Lenin Villareal Satama, “El comercio electrónico y su perspectiva en el mercado ecuatoriano”, *ComHumanitas* 13, no. 1 (Junio 2022): 21, <https://doi.org/10.31207/rch.v13i1.333>.

34 OECD, “Abuse of dominance in digital markets”, *OECD*, (2019): 14, <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>.

35 David Adam Friedman, “Free Offers: A New Look”, *New Mexico Law Review* 38, (Agosto 2008): 52, <https://ssrn.com/abstract=1010238>.

36 Edward Wyatt, *Edith Ramirez Is Raising the FTC’s Voice* (New York: New York Times, 2014), <https://www.nytimes.com/2014/12/22/business/federal-trade-commission-raises-its-voice-under-its-soft-spoken-chairwoman.html>.

frecuentemente entregan información como pago a cambio de acceso a productos de precio cero como correos web, búsquedas, redes sociales y servicios de contenido creativo”.³⁷ Tan solo por citar un ejemplo, Google proporciona sus búsquedas de forma gratuita. Sin embargo, con cada una de ellas, el usuario le entrega al buscador información valiosa, por la que no se ve compensado.³⁸ Por otro lado, si bien no se trata de algo monetario sino intangible, los usuarios también pagan prestando su atención a los anuncios. Esto es así porque los servicios digitales gratuitos se sustentan con retribuciones por concepto de publicidad, efectuadas por otros operadores económicos que persiguen el apalancamiento de su reputación con la ayuda de estos mecanismos.

Existe un debate doctrinario respecto del alcance del derecho de competencia en esta clase de mercados. Algunos autores sostienen que si el consumidor no paga por el bien o servicio porque el precio es cero, entonces no podría afectarse su bienestar ni podría medirse la disminución de su excedente, por lo que los mercados digitales deberían escapar a la lógica de la competencia.³⁹ No obstante, hay otro sector de la doctrina que, al parecer, supera esta idea argumentando que, aun cuando el intercambio no es monetario, de todas maneras hay un canje. En este caso, la información y la atención del consumidor funcionan como una suerte de divisa.⁴⁰

Por lo expuesto, a la hora de efectuar la definición de mercados digitales, la SCPM no debe tomar en cuenta la dimensión del precio como algo principal, pues esta arista no siempre reflejará con fidelidad la dinámica competitiva. Lo recomendable en estos casos es realizar la definición con un enfoque cualitativo que se base en la competencia sin precios. Esto se logra a través de “una sólida comprensión de las preferencias, la elasticidad y la sustitución, sea mediante encuestas o documentos internos de la empresa sobre el comportamiento esperado del consumidor”.⁴¹

2.2.2. PLATAFORMAS

Al analizar los mercados digitales, se debe considerar la existencia de plataformas electrónicas que conectan a diferentes grupos de consumidores.⁴² Aunque por regla general estas son de dos lados, eso no excluye la posibilidad de que puedan ser de múltiples lados si es que incorporan a varias partes en una misma

37 John M. Newman, “Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations”, *University of Pennsylvania Law Review* 164, (Julio 2014): 167, https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9504&context=penn_law_review.

38 Para mayor información, ver Mark R. Patterson, “Google and Search-Engine Market Power”, *Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series*, (Julio 2013). <https://jolt.law.harvard.edu/assets/misc/Patterson.pdf>.

39 Miguel Sousa Ferro, “Ceci n’est pas un marché: Gratuity and competition law”, *Concurrences*, no.1 (Septiembre 2014): 11, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2493236>.

40 John Newman, “Antitrust in Zero-Price Markets”, 167.

41 OECD, “Abuse of dominance in digital markets,” 14.

42 *Ibid.*, 15.

transacción. Las plataformas han demostrado generar eficiencia al momento de conectar los lados de la oferta y la demanda, ya que han permitido reducir las asimetrías informacionales que generan incertidumbre en las operaciones.⁴³ Por ejemplo, Amazon enlaza a consumidores y comerciantes para reducir los costos transaccionales en los que ambos pudieren incurrir de no contar con este nexo.⁴⁴

Ahora bien, cuando las plataformas son de dos lados, existe un segmento subvencionado y otro con fines de lucro.⁴⁵ El primero sirve para atraer la mayor cantidad de usuarios posibles y crear un efecto de red. Cuando esto ha ocurrido, los usuarios del segundo lado de la plataforma —que sí es pagado— tienen mayores incentivos para formar parte de la operación.⁴⁶ Es decir, “[l]a plataforma no vende tanto productos, sino que funciona como un medio de conexión, y se le compensa, generalmente a través de alquileres o comisiones, por proporcionar esta conectividad”.⁴⁷ El reto para la SCPM al definir un mercado digital está en decidir si los diferentes lados de una plataforma son mercados distintos o son uno solo. La economía de las plataformas sugiere que no es posible ser dominante en un lado del mercado, pero enfrentar presiones competitivas en el otro.⁴⁸

2.2.3. SSNIP vs. SSNDQ

La prueba del monopolio hipotético o SSNIP, consiste en simular un aumento del 5 al 10 por ciento del precio de un determinado bien o servicio, para evaluar si ese incremento provoca que los consumidores dejen de adquirirlo y, en su lugar, persigan bienes sustitutos.⁴⁹ Si la respuesta es sí, entonces ambos forman parte del mismo mercado relevante.⁵⁰ Tradicionalmente el SSNIP ha sido una herramienta muy útil para determinar la sustituibilidad de los bienes. Al contrario, considerando la lógica de operación de las economías digitales, el test “[n]o funciona cuando el precio inicial es cero y no tiene en cuenta la interdependencia de los precios en diferentes lados de las plataformas”.⁵¹

Por esas razones se ha discutido sobre la posibilidad de transformar el SSNIP en *Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality* (en adelante

43 Geoffrey Parker, Georgios Petropoulos y Marshall Van Alstyne, “Digital Platforms and Antitrust”, *Bruegel Working Papers*, no.6 (Noviembre 2020): 2, <https://www.bruegel.org/sites/default/files/wp-content/uploads/2020/11/WP-2020-06-1.pdf>.

44 Stephane Ciriani y Marc Lebourges, “The Market Dominance of US Digital Platforms: Antitrust Implications for the European Union”, *SSRN Electronic Journal* (Abril 2018): 2, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2977933>.

45 Jean-Charles Rochet y Jean Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Market”, *European Economic Association* 1, no.4 (Junio 2003): 992, <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>.

46 Marc Rysman, “The economics of two-sided markets”, *Journal of Economic Perspectives* 23, no.3 (Julio 2009): 130, 10.1257/jep.23.3.125.

47 Bruce Hoffman y Garrett D. Shinn, “Self-Preferencing and Antitrust: Harmful Solutions for an Improbable Problem”, *CPI Antitrust Chronicle* (Junio 2021): 3, <https://www.clearygotlieb.com/-/media/files/cpi--hoffman--final-pdf.pdf>.

48 OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms”, *OECD*, (2018): 12, <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>.

49 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 192.

50 Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 67.

51 Olga Batura, Nicolai van Gorp y Pierre Larouche, “Online Platforms and the EU Digital Single Market”, 10.

SSNDQ). La diferencia estriba en que, lejos de simular un aumento en el precio del producto o servicio, se aparenta una disminución en su calidad para evaluar si el consumidor estaría dispuesto a migrar hacia un sustituto. Esto tiene sentido en mercados digitales pues, en ausencia de precios positivos, los consumidores deciden con base en sus consideraciones respecto de la calidad del bien o servicio.⁵² Aun así, el SSNDQ presenta varios problemas de aplicación práctica. Verbigracia, determinar qué nivel de degradación de calidad es equivalente a un aumento del 5 al 10 por ciento de los precios sería algo completamente subjetivo que podría llevar a la SCPM a establecer falsos sustitutos.⁵³ Debido a ello, se recomienda que el análisis de mercado pertinente continúe siendo integral y no aislado.

2.3. PRINCIPALES FORMAS DE ABUSOS EN MERCADOS DIGITALES

En Ecuador, la LORCPM prescribe un listado de conductas que constituyen infracciones por abuso de poder de mercado.⁵⁴ Al respecto, es acertado realizar algunos comentarios. En primer lugar, no se trata de un listado taxativo. La misma Ley reconoce que, más allá de los ejemplos comunes de abusos expresamente enumerados, es posible sancionar cualquier otra conducta mediante la cual uno o varios operadores económicos, valiéndose de su poder de mercado, “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general”.⁵⁵ Por lo expuesto, no hace falta añadir nuevas infracciones para los mercados digitales ya que estas pueden ser de todas formas castigadas. Lo que sí es necesario para establecer una sanción, es demostrar el nexo de causalidad entre una posición dominante dentro de un mercado específico y una afectación a la competencia.

En segundo lugar, si bien los mercados digitales se diferencian de los tradicionales por su dinamismo y concentración, esto no implica que ciertas conductas de la LORCPM no puedan efectuarse en ellos. Por consiguiente, acciones como la negativa injustificada a contratar o las ventas atadas, son actos que pueden suceder en el ámbito digital.⁵⁶ En tercer lugar, este artículo se enfocará en analizar nuevos tipos de abusos de posición de dominio que, por las características de los entornos digitales, únicamente pueden tener cabida en su interior.

52 Daniel Mandrescu, “The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms”, *European Competition and Regulatory Law Review* 2, no.4 (Diciembre 2018): 10, <https://ssrn.com/abstract=3337765>.

53 The World Bank, “Approach to market definition in a digital platform environment”, *The World Bank* (Agosto 2020): <https://digitalregulation.org/approach-to-market-definition-in-a-digital-platform-environment/>.

54 Artículo 9, LORCPM.

55 Id.

56 OECD, “Abuse of dominance in digital markets”, 53.

2.3.1. FORCED FREE RIDING

El *forced free riding* ocurre “cuando una plataforma se apropia de la innovación de otras empresas que dependen de ella para acceder a los consumidores”.⁵⁷ Este fenómeno tiene varias formas de manifestación en los mercados digitales. Una de ellas es el *content scraping*, un proceso automatizado que las plataformas “pueden usar para recopilar [...] grandes cantidades de datos específicos de diferentes sitios web”⁵⁸ pertenecientes a otras compañías. Pueden ofrecer esta información como si fuera propia, para excluir a sus competidores potenciales. Por ejemplo, en 2011 Google tuvo una acusación por *content scraping* tras haber presentado como suyo el contenido de Yelp en un cuadro especializado de resultados que, para efectos prácticos, eliminaba gran parte del tráfico de usuarios que Yelp podría haber tenido en su página.⁵⁹

De esta práctica, pueden resultar al menos dos efectos anticompetitivos que la SCPM debería evaluar. Primero, la afectación de la eficiencia dinámica, pues los competidores –aguas abajo– no tendrán incentivos para innovar a sabiendas de que, tarde o temprano, su esfuerzo será aprovechado por otro operador –aguas arriba–. Segundo, la generación de barreras de entrada estratégicas, mediante la imposición de condiciones desfavorables a los operadores entrantes, por ejemplo, obligándoles a entregar su información a cambio de poder ingresar en la plataforma.

2.3.2. SELF-PREFERENCING

Para sostener que en un mercado digital existe *self-preferencing*, se deben verificar tres circunstancias: (i) la existencia de una plataforma digital; (ii) su integración vertical y (iii) que se otorgue a los productos propios –aguas abajo– una ventaja de algún tipo.⁶⁰ Como se explicó anteriormente, las plataformas son un conducto para que los oferentes de bienes o servicios puedan conectar con los consumidores interesados en adquirirlos. Por lo tanto, una plataforma se integra verticalmente cuando, además de generar esta conexión, introduce sus propios productos como una nueva opción para el consumidor. Esto, por sí solo, no es algo pernicioso. De hecho, puede llegar a ser eficiente para el mercado en su conjunto, tal como se explicará a continuación.

57 Howard A. Shelanski, “Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet”, *University of Pennsylvania Law Review* 161, no.6 (Enero 2013): 1699, https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol161/iss6/6/.

58 Shepard Goldfein y James Keyte, “Big Data, Web ` Scraping` and Competition Law: The Debate Continues”, *New York Law Journal* 258, no.49 (Septiembre 2017): 1, <https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2017/09/bigdatawebscrapingandcompetitionlawthedebatecontin.pdf>.

59 Howard Shelanski, “Information, Innovation, and Competition”, 1699.

60 Bruce Hoffman y Garrett Shinn, “Self-Preferencing and Antitrust”, 3.

El incentivo del dueño de una plataforma digital es generar el mayor tráfico de usuarios posible dentro de ella. Es preciso suponer que, al introducir un bien o servicio propio que compita con los demás, lo que se busca es generar más presiones competitivas y que los usuarios tengan mayores incentivos de ingresar a la plataforma. Esto es así, incluso si se da preferencia al producto propio, pues de todas maneras se está incentivando al resto a competir. Los otros operadores optarán por mejorar la calidad de sus bienes y servicios, o se diferenciarán de alguna otra manera. Pero, al final del día, esto se traducirá en un incremento al excedente del consumidor.⁶¹ Además, si lo que se quisiera con la integración vertical fuera excluir a los competidores, se podrían utilizar mecanismos más idóneos y menos riesgosos para tal efecto como, por ejemplo, cobrarles más para otorgarles las facilidades de ingreso a la plataforma.⁶²

Ahora bien, cuando el *self-preferencing* se utiliza pura y simplemente para excluir a los competidores por razones distintas a su eficiencia, la SCPM podrá notar –cuando menos– dos tipos de afectaciones al mercado. Por un lado, los entrantes ya no tendrán incentivos para invertir en esa plataforma. Por otro lado, los usuarios perderán su excedente ya que se verá una disminución en la calidad de los bienes o servicios en general, y el operador dominante no necesariamente tendrá las presiones competitivas suficientes para ofertar algo de óptima calidad.

2.3.3. PRIVATE POLICY TYING

Antes de reflexionar acerca de esta figura, es conveniente hacer mención de que existen por lo menos tres categorías de datos. Primero, aquellos que se recolectan a nivel individual, en contraposición a los que se obtienen de forma grupal. Cuando los datos son individualizados, los operadores económicos pueden rastrear, de un modo más específico, los comportamientos de cada consumidor. En cambio, cuando los datos son grupales, tan solo cuentan con referencias contextuales de la conducta de la población en general, lo que otorga menos control al operador respecto del consumidor y, por ende, es menos gravoso.⁶³ Segundo, los datos que el consumidor intencionalmente cede a las plataformas, frente a los que se consiguen sin su consentimiento. Es claro que los segundos son más gravosos pues, generalmente, se tratará de información que el consumidor valora mucho más y por la que no está recibiendo nada a cambio. Al contrario, a través de ella, el proveedor está en la capacidad de extraer su excedente.⁶⁴ Tercero, los datos personales que permiten individualizar

61 Ibid., 6.

62 Ibid., 8.

63 Daniele Condorelli y Jorge Padilla, "Harnessing Platform Envelopment in the Digital World", *Journal of Competition Law & Economics* 16, no.2 (Junio 2020): 23, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa006>.

64 Ibid., 24.

a una persona –verbigracia, domicilio, edad, nombres, etc.–, comparados con aquellos que son anónimos.⁶⁵

Es cierto que la información de los usuarios puede ser utilizada para proveer bienes y servicios de mejor calidad, que se ajusten a las necesidades del consumidor y que, de este modo, se incremente su excedente. Sin embargo, no es menos cierto que esta tarea conlleva un riesgo alto pues, “[c]uanto más datos pueda combinar una empresa, mayores serán sus posibilidades de obtener conocimientos que puedan utilizarse para fortalecer su posición en el mercado”⁶⁶ y abusar de ella. De manera general, la información individual, que se rastrea sin el consentimiento del usuario, y que se refiere a sus datos personales, será mucho más sensible que la información agregada, recopilada con el permiso del consumidor, y que no lo individualiza.

En este sentido, se conoce como *private policy tying* a “la estrategia de vincular las políticas de privacidad de los mercados de origen y destino para extraer el consentimiento del usuario a la combinación de datos generados en ambos mercados con fines comerciales”.⁶⁷ De esta definición se desprende que, cuando existe *private policy tying*, el proveedor obtiene la autorización del consumidor para utilizar sus datos en un amplio espectro de circunstancias en las que no necesariamente habría obtenido la misma libertad en caso de haber realizado solicitudes de tratamiento de datos diferenciadas.⁶⁸

La SCPM debe tener presente que esta estrategia puede generar al menos dos efectos anticompetitivos. Primero, el operador que recopila los datos de ambos lados de la plataforma puede tener información agregada, que le permita conocer cuál es el precio de reserva del consumidor y extraer más excedente del que normalmente habría obtenido. Segundo, puede utilizar la información adquirida en el mercado de origen para ingresar al mercado de destino, sin las incertidumbres competitivas que naturalmente habría tenido que enfrentar de no haber contado con esos datos. Por ejemplo, “un motor de búsqueda podría predecir nuevas tendencias a partir de las búsquedas de los consumidores y por lo tanto enfrentar menos incertidumbre en el diseño de su nuevo producto”.⁶⁹

65 Ibid.

66 Nils-Peter Schepp y Achim Wambach, “On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment”, *Journal of European Competition Law & Practice* 7, no.2 (Febrero 2016): 120-121, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv091>.

67 Daniele Condorelli y Jorge Padilla, “Harnessing Platform Envelopment”, 22.

68 OECD, “Abuse of dominance in digital markets,” 55.

69 Daniele Condorelli y Jorge Padilla, “Harnessing Platform Envelopment”, 28.

3. CONCLUSIÓN

Como se ha expuesto, los mercados digitales se caracterizan por su alto grado de concentración y su dinamismo. Estos componentes hacen que la sola determinación de mercados relevantes sea ya una gran empresa, no se diga los diagnósticos de dominancia y los dictámenes de abusos. La autoridad de competencia ecuatoriana tiene un gran desafío por delante pues las herramientas utilizadas en los mercados tradicionales, no siempre resultarán suficientes. Será necesario expandir el análisis e implementar nuevas tácticas tomando en cuenta que, en el espectro digital, los precios no son la dimensión competitiva más importante sino la innovación. Así mismo, se deberán valorar los efectos de red y la existencia de plataformas digitales que, dependiendo de cada caso, pueden o no ser un solo mercado.

Además, aunque algunos tipos de abusos que se producen en los mercados tradicionales también pueden ocurrir en los mercados digitales, existen otros como *forced free riding*, *self-preferencing* o *private policy tying*, que únicamente suceden en el ámbito digital. Estas prácticas no siempre son perniciosas. En determinadas circunstancias pueden dar origen a nuevos niveles de eficiencia y beneficiar al consumidor. No obstante, cuando se implementan para extraer su excedente y afincarlo en el proveedor dominante, o para excluir a un operador económico por razones distintas a su eficiencia, claramente se convierten en un abuso de poder de mercado.