

Análisis de las conductas anticompetitivas en la era digital: relaciones –B2B y B2C–

ANALYSIS OF ANTI-COMPETITIVE BEHAVIORS
IN THE DIGITAL ERA: B2B AND B2C RELATIONS

KELLY JOHANA CÁRDENAS VERA¹

RESUMEN

El Estado colombiano como ente regulador de los cambios en el mercado no puede ignorar la realidad a la que se enfrenta la economía con la inclusión de las plataformas digitales, por ello, este artículo analiza la importancia del cambio en las dinámicas comerciales como consecuencia de la innovación en el derecho de consumo. Así mismo, examina cómo esta nueva era dinamiza las relaciones entre empresas y consumidores –B2B y B2C– generando novedosos escenarios de competencia que van de la mano de nuevas conductas anticompetitivas. En primer lugar, se hará un análisis de la política *antitrust* digital actual, desarrollada en gran parte en escenarios de la Unión Europea y Estados Unidos, los cuales serán tomados como referentes para posteriormente contrastar sus perspectivas contra las manejadas actualmente en el derecho de competencia colombiano. A continuación, se contextualizarán las conductas anticompetitivas reguladas por la legislación nacional y se proyectará dicho estudio en comparación con las situaciones extranjeras, revisando las similitudes que eventualmente podrían permear los mercados colombianos. Finalmente, se concluirá que las relaciones –B2B y B2C–, las cuales ahora responden mayormente a la recolección y uso de datos, están siendo transformadas a través de entornos comerciales acelerados. Estos, pretenden ser encajados en normativas estáticas a pesar de encontrarse en mercados dinámicos, situación que debe ser analizada

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n59.03>

1 Abogada de la Universidad Industrial de Santander. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, enfocada en asuntos comerciales, de comercio exterior y competencia. Adscrita a la Dirección Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Contacto: johanaca17@gmail.com

por el Estado colombiano para diferenciar las conductas en favor de la competencia de las anticompetitivas en beneficio de las empresas y los consumidores.

Palabras clave: Mercado digital, conductas anticompetitivas, libre competencia, protección del consumidor, nuevas regulaciones.

Fecha de recepción: 3 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 30 de junio de 2023.

ABSTRACT

The Colombian State as the regulator entity for market changes, cannot ignore the reality the economy is facing with the involvement of digital platforms. Hence, this article analyzes the importance in shifting the commercial dynamics as a consequence of the innovation in consumers' law. Furthermore, it reviews the way this new era stimulates the relationship business to business and business to consumers –B2B and B2C– creating brand new scenarios for competition that go hand in hand with the new anti-competitive behaviors. Primarily, an analysis of the current antitrust policy will be done, developed to a great extent in European and American scenarios, which will be taken as a reference and subsequently compare its perspectives against the policies currently implemented in the Colombian competition law. Afterward, it will be put into context the antitrust behaviors regulated by the national legislation, and said the analysis will be projected in comparison with the foreign situations, looking over the similarities that eventually could permeate the Colombian markets. Lastly, the relations –B2B and B2C–, principally affected by data collection and usage, have been transformed through accelerated commercial environments. These, pretend to be fitted in static laws despite being in dynamic markets, situations that need to be analyzed by the Colombian Government to differentiate competitive behaviors from anti-competitive ones for the benefit of the enterprises and consumers.

Keywords: Digital markets, antitrust, competition, consumer's protection, new regulations.

INTRODUCCIÓN

En la última década las dinámicas del mercado se han visto influenciadas por la evolución tecnológica y, a su vez, estas han sido aceleradas tras la contingencia generada por el COVID-19. Lo que muchos teóricos reconocen como la nueva revolución industrial ha permeado cada esfera de la realidad, no siendo ajeno a esto el sector empresarial y de consumo. Esta transformación que impacta la economía es un cambio irreversible al que se enfrentan todos los sectores a nivel mundial. Como resultado de este avance nacen nuevos escenarios comerciales que buscan romper el orden bajo el cual se adquieren bienes y servicios.

La diversificación de la economía de mercado no solo trajo nuevos modelos de negocio sino nuevos activos donde los datos, la conectividad y la popularidad virtual

pasan a jugar un papel esencial en el posicionamiento empresarial, trayendo consigo varias situaciones desconocidas para la regulación existente. El derecho como ciencia, que busca mantener el orden social y regular los comportamientos bajo el marco de lo dispuesto en la Constitución Política y, las leyes que de ella emanen, comenzó a resultar insuficiente ante un contexto tan cambiante.

Las normas convencionales que obedecen al principio constitucional de libre competencia contemplan derechos y responsabilidades en cabeza de los agentes de mercado bajo los principios de lealtad y buena fe; mientras que, las leyes que regulan los mercados tienen como objetivo la protección de toda forma competitiva que diversifique la economía en beneficio de los consumidores y el desarrollo nacional.

Teniendo en cuenta las formas disruptivas de mercado que nacen como resultado de la revolución digital no solo se logran encontrar beneficios, sino una serie de situaciones que podrían tornarse problemáticas como consecuencia del desconocimiento sobre la materia y el control insuficiente en las disposiciones legales que rigen el campo actualmente. Existe la preocupación latente de que la poca o nula regulación en materia digital permita la consolidación de conductas anticompetitivas tales como fusiones, abuso de la posición dominante y acuerdos restrictivos, en perjuicio de las empresas subyacentes y los consumidores tradicionales.

Así, el derecho de competencia se encuentra, aparentemente, en una encrucijada entre erigir un nuevo compendio normativo que se anticipe a la comisión de conductas anticompetitivas tecnológicas, a fin de evitar que se monopolicen los mercados y se afecte el crecimiento comercial a través de abusos de poder, o hacer uso de la regulación existente para manejar el contexto dinámico de los nuevos modelos de negocio.

MANEJO DE LA POLÍTICA ANTITRUST DIGITAL EN LA ACTUALIDAD

De acuerdo con los criterios estipulados a nivel global, el derecho de competencia se precisa como aquel que “busca la regulación del poder de mercado de los distintos agentes a fin de evitar abusos y arbitrariedades” (Ayalde, 2016).

Desde la primera década de los 2000, los países desarrollados tomaron la delantera en el análisis de los cambios sociales y económicos que implicaba la apertura al mercado tecnológico, este, invadiendo rápidamente el diario vivir de los ciudadanos del mundo, impactó inicialmente en el área de las telecomunicaciones, hasta llegar a ser parte de la cotidianidad en todos los entornos de la población global.

El acelerado avance trae consigo una preocupante percepción de descontrol producida por la falta de regulación, así las cosas, países como Estados Unidos y los pertenecientes a la Unión Europea –especialmente España, Francia y Alemania– pusieron especial atención en la transformación de los mercados y cómo las plataformas nacientes rompían todo paradigma en las relaciones de consumo. Se observa que cada nación, además de tener políticas económicas diferentes, posee variedad de enfoques, unas se encaminaron hacia el proteccionismo del *estatus quo* comercial y otras se abrieron a los cambios que trajo consigo la era digital.

Tomando en consideración los estudios sobre la materia en el ámbito internacional y cómo se ha abordado en la comunidad europea y estadounidense, cabe resaltar que a nivel global no hay un consenso sobre el tema, por ende, los diferentes argumentos presentados por las autoridades *antitrust* llevan a concluir que, en relación con los mercados digitales, hay que analizar a detalle cada característica de las actuaciones que surjan durante su desenvolvimiento.

Colombia, como país en desarrollo, suele trasplantar normas que se adapten lo mejor posible al contexto nacional; por ende, es importante analizar cómo se ha venido desarrollando el tema durante el paso de los años en el ámbito internacional para tener un referente a la hora de preguntar si es adecuada o no una nueva regulación nacional; esto a fin de controlar las conductas restrictivas de la competencia en los nuevos mercados.

Los comportamientos que han surgido tras la implementación de la tecnología en la economía se han enmarcado en tres posibles prácticas irregulares: acuerdos restrictivos de la competencia, integraciones empresariales y abusos de la posición de dominio. Sin embargo, "los nuevos modelos de negocio dan prioridad, a corto o medio plazo, al crecimiento sobre los beneficios, es decir, a conseguir el máximo número de usuarios" (Naciones Unidas, 2019) generando variaciones trascendentales en las conductas anticompetitivas. Las nuevas prácticas, con sus respectivas transformaciones que incluyen la acumulación de datos, el uso de algoritmos y los *rankings* de resultados; de configurarse, no solo representan una barrera para el ingreso de nuevas empresas –tradicionales o tecnológicas– sino que también logran afectar a los consumidores, parte esencial de la cadena comercial.

Manejo *antitrust* en la Unión Europea

En un primer escenario, la Comisión Europea ha tomado la postura de prestar menos atención al análisis del mercado y enfatizar más su estudio en las teorías del daño e identificación de estrategias anticompetitivas (European Commission, 2019, pp. 3-4). Así las cosas, ha tratado de encajar las prácticas restrictivas de la competencia pertenecientes a mercados dinámicos en las normas estáticas ya existentes.

Haciendo uso de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el conglomerado de países que se regulan bajo el marco del derecho comunitario ha venido sancionando conductas anticompetitivas novedosas desde el año 2004.

Un primer ejemplo es el caso Microsoft el cual, desde sus inicios en 1998, tras la demanda interpuesta por la empresa rival *Sun Microsystems* perfiló un comportamiento por abuso de la posición dominante en la era digital. Este caso tuvo como resultado una histórica multa por un valor de 497 millones de euros y determinó algunas características para considerar las conductas de monopolio en el mercado digital. En esta situación particular, la empresa tecnológica fue sancionada por aprovechar su postura

de dominio para eliminar a otros competidores del mercado, ligando el funcionamiento de sus productos únicamente a Windows con el objetivo de excluir a sus rivales.

Otro escenario donde se analizaron las nuevas prácticas restrictivas fue en el caso contra *Intel*, resuelto en el año 2009, en el cual la Comisión Europea acusó a esta compañía tecnológica de ejecutar actos restrictivos de la competencia –restricciones manifiestas– y descuentos condicionales, abusando de su posición de dominio comercial con el objetivo de sacar del mercado a *Advanced Micro Devices inc.* Tal situación, que llegó al Tribunal de Justicia Europeo, reveló que *Intel* concedía descuentos a grandes fabricantes informáticos como *Dell*, *Lenovo* y *Nec* a cambio de que adquirieran para la totalidad de sus equipos “*Unidades Centrales de Proceso (CPU) de arquitectura x86*” (European Commission, 2009).

En consecuencia, fueron muchos los países pertenecientes a la Unión Europea los que comenzaron a analizar este tipo de prácticas, entre ellos cabe destacar a Alemania, el cual, en el año 2017 revisó detenidamente su legislación en materia de competencia y dio importancia a otro detalle relevante: los costos de producción de bienes y prestación de servicios en los mercados digitales.

Es común encontrar como actividad restrictiva el hecho de que las compañías tengan costos marginales cercanos o iguales a cero. Dicha conducta quedaría obsoleta teniendo en cuenta que muchos servicios digitales son gratuitos o dejan de representar un costo significativo para la empresa una vez son desarrollados, ya que solo deben duplicarse o cambiar sus códigos de acceso. Por ende, el *Bundesgesetzblatt* (autoridad alemana que regula la competencia) adaptó su marco legal e instrumentos jurídicos a las nuevas características de la economía digital, e “introdujo una disposición por la que se reconocen como mercado los productos o servicios gratuitos que ofrecen las plataformas” a fin de regularlos adecuadamente evitando aplicaciones erróneas de las normas preexistentes (*Bundesgesetzblatt*, 2018).

En el mes de abril de 2019, la comisaria de competencia Margrethe Vestager expuso el informe titulado “*Competition Policy for the Digital era*”, el cual, definía lo concerniente a la regulación de los nuevos mercados digitales. En concreto, la propuesta general consistía en un “*endurecimiento*” en la aplicación de las normas del derecho de defensa de la competencia y propuso una mayor regulación sectorial cuando éstas fueran insuficientes (Díez, 2019).

A pesar de no querer mermar la innovación, rasgo esencial de la competencia, la Comisión ha dejado claro que la extensión del campo a regular hace complejo tomar una postura concreta. Sin embargo, también ha sido enfática en resaltar que la acumulación de datos y el trato que se les da a estos otorga a las plataformas una nueva forma de posición dominante y, el abuso de estos representa una gran barrera directa e indirecta que impide la entrada de nuevos competidores, tornando difícil el desplazamiento de las compañías ya posicionadas. Entonces, lo realmente preocupante es que esto tiene como consecuencia la disminución de la competencia en el mercado, transformándola en una competencia por el mercado.

En general, la Comisión Europea ha enfatizado en la dificultad de distinguir entre las conductas pro y anticompetitivas tras la introducción de la tecnología en las dinámicas de mercado, pero considera que sus bases legales en el campo *antitrust* son lo suficientemente flexibles para continuar protegiendo la competencia aún en la era digital.

Manejo *antitrust* en Estados Unidos

Estudios de Harvard indicaron desde 2011 un error común al tratar con plataformas digitales, determinando que uno de los principales fundamentos de las acusaciones de prácticas abusivas obedece a que si los reguladores *antitrust* no entienden las conductas que se llevan a cabo en un determinado sector, “presumen que la empresa dominante está, de alguna forma, infringiendo el Derecho de la Competencia” (Manne y Wright, 2011).

Los objetivos de la *antitrust law* estadounidense buscan un equilibrio entre cuatro finalidades, a saber: protección del derecho de consumo, redistribución del mercado, protección de los competidores y protección de los proveedores. Con estos pilares, como eje central de las políticas de mercado, se tienen en cuenta todos los agentes para que, de manera articulada con el Gobierno, en cabeza de la *Federal Trade Commission* y la *Antitrust Division of the Department of Justice*, se proteja la innovación por los beneficios que ofrece a la economía y su desarrollo.

Desde 2012, tras la compra de *PowerReviews Inc.* hecha por *Bazaarvoice*, una compañía que proporciona *software* de contenido a páginas *web* de comercio electrónico, el Departamento de Justicia, en su juicio por una fusión irregular, dictó sobre el mercado digital que “este sector está en una fase inicial de desarrollo, rápidamente cambiante, fragmentado, y sujeto a alteración radical por la innovación tecnológica [...]”, por lo que se concluyó que “la futura composición del sector en su conjunto es totalmente impredecible” (Hesse, 2014). Asimismo, agregó que en caso de fusiones o cooperaciones es necesario analizar el espectro legal, económico y técnico resultante de los acuerdos a fines de examinar desde todas las perspectivas –*B2B* y *B2C*– si los beneficios a mediano y largo plazo son mayores que los perjuicios, anticipándose así a las necesidades del mercado.

En este sentido, el gobierno estadounidense ha adoptado la posición de optar por políticas de estudio que involucren tecnologías disruptivas en las formas de competencia, llamándolas incluso a acercarse ante las autoridades competentes con el objeto de evitar sanciones sin fundamento o por desconocimiento del mercado². A su vez, esto permite que las instituciones estén actualizadas, distingan entre conductas pro y anticompetitivas y se apliquen las indulgencias en casos que generen barreras en las actividades comerciales.

2 Así se estableció en el documento marco elaborado por el Departamento de Justicia estadounidense para la conferencia de políticas de competencia y propiedad intelectual en las industrias de alta tecnología elaborado por Hesse (2014) Subprocuradora General Adjunta de Operaciones Civiles y Criminales, División Antimonopolio.

El constante aprendizaje, sumado a la articulación de economistas y abogados de la división *antitrust* que involucra también la participación de empresas y consumidores, propende por la protección de todos y cada uno de los agentes comerciales, fortalece cooperaciones, fusiones y permite reconocer las novedosas dinámicas económicas. Son nuevas las preocupaciones, pero estas requieren, más que restricción, un estudio de apertura de mercados a fin de abrir la competencia general. Cabe resaltar que lo anterior no es indicativo de que Estados Unidos, justificado en la libre competencia, permita la vulneración de los derechos y deberes que tienen los sujetos involucrados en la cadena comercial.

Un claro ejemplo de lo mencionado, es el caso *Cambridge Analytica*³, en el que la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos sancionó con \$5.000 millones de dólares a Facebook por malas prácticas en el manejo de datos que les brindaban sus usuarios. Además, obligó a la red social a manejar una política diferente en la recolección y tratamiento de la información con la cual se evite coaccionar a los usuarios requiriendo sus datos como condición para el funcionamiento de ciertos servicios.

Tomando las dos posturas, la de la Unión Europea y Estados Unidos, el análisis de algunos de los mercados más sólidos y avanzados en materia digital, se logra percibir que, además de distar en el abordaje del tema, la mayoría de las conductas irregulares percibidas giran en torno al control y uso de los datos, ya que de estos dependen comportamientos anticompetitivos como la posición dominante y son determinantes para las compañías digitales a la hora de pensar en fusiones o acuerdos. Igualmente, no se percibe una posición definitiva debido a la poca evidencia empírica existente para encajar las conductas en las normas de competencia ya promulgadas. Todo se basa en suposiciones que continúan siendo estudiadas debido al poco conocimiento y alto dinamismo del campo.

Sin duda, nos encontramos ante un mercado novedoso donde las barreras sólidas, que impiden la competencia en el mercado, están cimentadas en la recolección de datos y la dificultad evidente de desmontar a quienes los monopolizan.

Compañías como Google, Facebook, Apple, Microsoft y demás, son el ejemplo a gran escala de las dinámicas digitales y la diversificación de los mercados. Las decisiones de las autoridades *antitrust* en Europa y Estados Unidos contienen los aspectos a tener en cuenta cuando se voltee la mirada a las pequeñas compañías que, en Colombia, buscan incursionar y tomar una posición en el mercado a través de plataformas digitales.

3 “La FTC comenzó a investigar a Facebook en marzo de 2018 luego de que se revelara que a través de un test de personalidad se recolectaron datos de los usuarios que luego se vendieron a Cambridge Analytica. [...] Aunque solo 270.000 personas tomaron el test, un expleado de Cambridge Analytica afirmó que los datos de cerca de 50 millones de usuarios, mayormente en EE.UU., fueron recolectados sin su consentimiento explícito a través de sus redes de amigos. [...] otras compañías también tuvieron acceso a la información de los usuarios y los utilizaron sin su autorización” (BBC News, 2019).

EL DERECHO DE COMPETENCIA COLOMBIANO EN LA ERA DIGITAL

Nuevas relaciones en el mercado –B2B Y B2C–

Inicialmente, es pertinente definir las relaciones que atañen a este artículo. Las *B2B*, por sus siglas en inglés *Business to Business*, corresponden principalmente a las conexiones entre empresas, negocios y/o proveedores de bienes y servicios. Por otro lado, las relaciones *B2C*, por sus siglas en inglés *Business to Consumer*, hacen referencia a las existentes entre empresas –o proveedores– y los consumidores. Cabe resaltar que, como resultado de las dinámicas comerciales en la era digital, de estos relacionamientos principales encontramos otros derivados –como los *B2B2C*–; sin embargo, todas se derivan de las inicialmente mencionadas.

Ahora bien, la realidad colombiana muestra un mercado cambiante con nuevos agentes en los entornos digitales. Plataformas como Rappi, Merqueo, Uber, InDriver, Didi, OLX, entre otras, las cuales cumplen el papel de intermediarios en las dinámicas comerciales de dos puntos, así, conectan a proveedores y consumidores de manera rápida, eficiente e innovadora.

Los beneficios para las compañías y clientes tradicionales en la era digital son sumamente amplios, y sus figuras en sí han evolucionado junto con la tecnología, transformando todo tipo de relación comercial en conexiones digitales. En favor de los consumidores se crean múltiples opciones para suplir sus necesidades; además, tras el consentimiento otorgado para el manejo de sus datos, las plataformas logran conocer con mayor facilidad sus requerimientos y consiguen satisfacerlos de manera más específica. En ese mismo sentido, los mercados subyacentes –restaurantes, conductores y comerciantes–, debido al impulso tecnológico que las plataformas brindan a sus empresas, acceden con mayor eficacia a un consumidor que se ha transformado en “usuario” de los mercados digitales.

La Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad encargada de garantizar “la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica” (Ley 1340, 2009, art. 3), juega un papel tan esencial como las autoridades *antitrust* europeas y estadounidenses. Entonces, para esta entidad debe ser foco de análisis la ausencia de regulación en las innovaciones disruptivas, ya que los vacíos normativos hacen posible la consolidación de monopolios en el mercado, obteniendo como consecuencia que las *PYMES* –muy comunes en economías en vía de desarrollo– no puedan competir por falta de recursos tecnológicos, lanzándolas a un escenario donde indudablemente serán absorbidas por plataformas ya posicionadas que pretendan obtener mercados subyacentes para ampliar su espectro.

Este tipo de absorciones que obstaculizan la competencia, disfrazadas de fusiones, son comunes en las grandes plataformas como Apple, la cual, tras dedicarse en sus inicios únicamente al mercado de la telefonía, ha logrado posicionarse en otras dimensiones como motores de búsqueda, accesorios y música.

Vale tener en cuenta que el mercado de competencia en Colombia se define como:

Un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, que ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita (Corte Constitucional, C-228, 2010).

Por tanto, es menester resaltar ese campo ideal de libre competencia donde las instituciones nacionales deben garantizar la "igualdad de condiciones" que menciona la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, ya que, en sentido estricto, es por lo que deben propender las autoridades de competencia a nivel nacional. La Superintendencia de Industria y Comercio, en concordancia con lo dispuesto por la OCDE⁴ en materia económica, advierte el impacto negativo que puede tener la regulación excesiva en las ideas transformadoras de los mercados.

Entonces, más que una regulación, la autoridad en la materia debe hacer uso de sus facultades de abogacía de la competencia para "asesorar al Gobierno Nacional en la protección de la competencia para la elaboración de proyectos que estimulen la libre competencia en los mercados" (Superintendencia de Industria y Comercio, s.f.). Esto, con el fin de garantizar el acceso equitativo de todas las empresas a las dinámicas del comercio digital y establecer, más que normas, políticas de apertura con reglas uniformes que garanticen los principios constitucionales en materia económica a fin de beneficiar a las empresas y los consumidores de la nueva era.

Crecimiento en el uso de plataformas digitales en Colombia

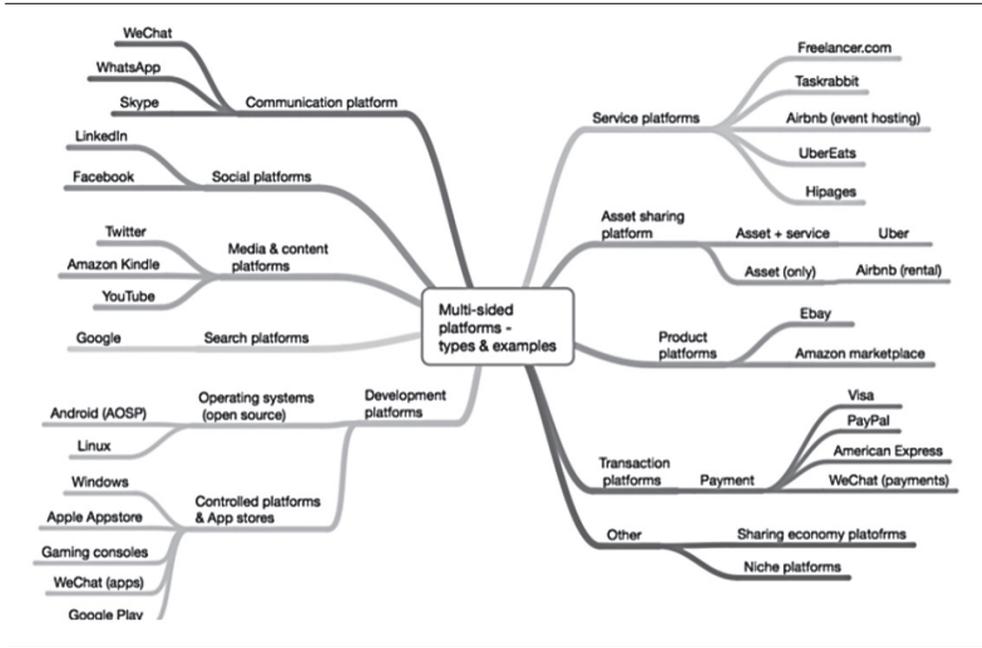
A nivel mundial existen múltiples plataformas digitales que se desarrollan según el mercado que buscan captar.

En Colombia muchas de las plataformas digitales se han posicionado y crecido a lo largo de los años, algunas como UBER o Rappi sirvieron de ejemplo generando un "efecto demostración" que motivó la creación de otras *start-ups* similares a nivel nacional. A pesar de ser un país en vía de desarrollo, los modelos de negocio digitales han tomado la suficiente fuerza como para que sea necesario analizar las consecuencias de ese desarrollo en las relaciones entre empresas y entre empresas y consumidores. Natalia Peláez, CEO de Blacksip, expertos en *e-commerce*, mencionó que, el comercio electrónico creció significativamente durante los tiempos de pandemia y, aunque

4 La OCDE estableció en el informe *Herramientas para la Evaluación de la Competencia* (2011) los instrumentos necesarios para comprender y ayudar a los gobiernos a responder a nuevos desarrollos y problemas en el marco económico y social, cuestiones a tener en cuenta en el ámbito comercial de todos los países así no sean miembros.

actualmente esté creciendo a un ritmo más lento, sigue ocupando una porción cada vez mayor de las ventas minoristas totales a nivel mundial. Ver la figura 1.

FIGURA 1. PLATAFORMAS: CLASIFICACIÓN POR FUNCIONES



Fuente: Fernández & Benavides (s. f.).

Según los datos expuestos en el "Reporte de industria e-commerce en Colombia 2022-2023", a nivel mundial, los ingresos percibidos por e-commerce superaron los \$5.7 trillones de dólares estadounidenses, mientras en Latinoamérica los ingresos por ventas digitales alcanzaron los 125 mil millones de dólares, cifra que se encuentra integrada por los 11 mil millones de dólares percibidos en ventas en Colombia.

"Los usuarios, entre 16 y 64 años de edad (sic), pasan en promedio 5 horas y 2 minutos al día accediendo a Internet desde dispositivos móviles" (Alvino, 2021), lo cual evidencia que cada vez más personas están inmersas en el mundo digital y, no solo eso, sino que estos usuarios conectados conocen de marcas y aplicaciones en mayor parte a través de las conexiones sociales digitales o buscadores en la web⁵.

5 Los usuarios de Internet entre 16 a 64 años suelen descubrir nuevas marcas a través de los siguientes canales: – Anuncios en redes sociales: 43,2%, – Sitios web de marca o productos: 39,1%, – Anuncios en la televisión: 38,5%, – Sitios web de minoristas en línea o retail online: 37,6, – Motores de búsqueda: 37,6%, – Anuncios en sitios web: 35,9%, – Recomendaciones o comentarios en redes sociales: 33,6%.

Ahora bien, existen dos escenarios importantes a la hora de hablar de mercados digitales: en primer lugar, el *E-Commerce* (*Mobile Commerce and Social Commerce*) y, en segundo, el uso de plataformas con el fin de adquirir servicios como transporte o domicilios, este último más popular en Colombia debido a que permite pagos en efectivo, lo cual es una característica positiva a la hora de hablar de la aún latente desconfianza hacia las transacciones electrónicas y las compras por Internet⁶.

A pesar de dicha división de panoramas, el dinero que los hogares colombianos destinan a las compras *online* o el uso de servicios que proveen plataformas digitales sigue creciendo de forma asombrosa y esa cifra sin duda sufrió un incremento tras la contingencia generada por el COVID-19, la cual, a pesar de generar un fuerte detrimento en el nivel económico nacional, significó una oportunidad para la era digital de mostrar su valía ante una sociedad en cuarentena.

Relación triangular en el derecho de consumo y la afectación –B2B y B2C–

En la era digital, si bien varían las formas de consumo y las relaciones entre los agentes del mercado, existen tres agentes principales que no desaparecen sino que mutan para indudablemente verse inmersos en el ámbito digital: el Estado, en su función de ente regulador y protector de los intereses nacionales; las empresas, tanto tradicionales como digitales, en su *rol* de distribuidoras de bienes y/o servicios y los consumidores, también tradicionales o digitales según sus preferencias y la exposición al entorno tecnológico.

La intervención de la tecnología en los escenarios de consumo cambia según cómo los agentes se comportan y, el reto está en incentivar escenarios de competencia que permitan la subsistencia pacífica de las diferentes modalidades de empresa (tradicional y digital-plataforma) en beneficio del consumidor y el Estado.

Comenzando por la parte superior de la relación, el Gobierno Nacional como garante de los principios constitucionales y legales a través de sus instituciones, entre estas la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), institución descentralizada con funciones preventivas y sancionatorias, busca el fortalecimiento y la materialización de conceptos como la libre competencia. Sin embargo, este pilar de la Constitución se ha visto obstaculizado por la inconformidad de los mercados tradicionales, los cuales al estar aferrados a sus formas comerciales se han rehusado a las transformaciones tecnológicas.

Pese a lo anterior, tras la contingencia generada durante el año 2020 y contra sus costumbres, variedad de empresas se vieron obligadas a llevar su negocio a entornos digitales con el fin de sobrevivir la cuarentena prolongada y, comenzaron a percibir beneficios dentro de dicho cambio. Allí se observó que los mercados tradicionales sí pueden hacer uso de los entornos digitales con el fin de desarrollar los aspectos de competitividad e innovación que defiende la SIC.

6 La cifra de fraude en pagos digitales en la región es 0,68% para PayU.

Esta institución, a través de la figura de "abogacía de la competencia" ha buscado proteger a los consumidores e impartir directrices que permitan identificar las características a favor y en contra de la competencia. Sin embargo, ante los avances disruptivos de los mercados digitales, la Delegatura para la Protección de la Competencia ha tomado una postura defensiva sancionando en un par de ocasiones conductas típicas en los nuevos escenarios competitivos, mostrando una inclinación favorable ante la innovación en mercados tradicionales, pero cerrándose a la apertura de nuevos mercados, los cuales pretenden regular con el uso de normas estáticas.

A través de la coordinación interinstitucional, el Estado ha realizado el análisis de proyectos regulatorios con gran incidencia en los agentes del mercado, olvidando que los mercados digitales requieren un estudio profundo de sus dinámicas si realmente se busca construir una regulación efectiva que no resulte en barrera para las tecnologías entrantes y nacientes e impida, a su vez, vulneraciones a las empresas que ya se encuentran en el mercado. Aunado a lo anterior, según Fedesarrollo (Fernández & Benavides, s.f), la incursión de los consumidores y empresas en el mundo tecnológico representa beneficios tributarios, ambientales y sociales que no deberían ser dejados de lado a la hora de hablar de asuntos legales relacionados con plataformas o mercados digitales (ocupación de personal humano, disminución de emisiones de CO₂, mayor captación de impuestos por pagos electrónicos, acceso a productos competitivos para los consumidores).

En segundo lugar, la relación más compleja y de mayor cuidado ha sido la resultante entre las empresas que compiten *B2B*, el uso de datos y la constante publicidad a la que se enfrenta el consumidor hoy en día ha generado un impacto significativo en los mercados tradicionales, los cuales, de no adaptarse a las nuevas dinámicas están, al parecer, condenados a fracasar. Ahora bien, teniendo en cuenta que el mundo está en camino a un cambio sin retorno ¿sería correcto mermar el acelerado crecimiento generando una regulación en favor de los mercados tradicionales?

Las conductas anticompetitivas en la era digital que surgen de la relación entre empresas se desprenden, en su mayoría, de usos del mercado completamente diferentes sumados a la negación por el avance. Mientras múltiples sectores perciben el crecimiento tecnológico como un obstáculo, otros han hallado en él una oportunidad para automatizar sus empresas y flexibilizar sus gastos. Así mismo, han logrado ser más accesibles al consumidor, aumentando sus ventas y desarrollando una competencia real en el mercado que ha permitido su crecimiento.

Cabe resaltar que la transformación no es la única opción para las empresas, sino que a través de alianzas con plataformas ya existentes pueden llegar a esa evolución necesaria para incursionar en el mercado digital. Esta situación es ejemplificada con facilidad a través de los restaurantes, farmacias, mercados y comercios que buscan expandir sus ventas a través de la plataforma Rappi, al igual que de DidiFood, Merqueo e incluso almacenes de cadena que, debido a sus grandes ingresos, han desarrollado de forma autónoma sus propias aplicaciones *móviles* de venta.

Por último, el consumidor. Como bien fue desarrollado en el acápite anterior, los consumidores han evolucionado hacia entornos digitales y ante esto no hay nada que

el Estado o las empresas puedan hacer. En caso de generarse una regulación restrictiva de las plataformas digitales no solo se habla de un retroceso o estancamiento en el ámbito tecnológico, sino que se trata de una afectación eventual de las formas en las que las personas adquieren bienes o servicios. Sumado a lo anterior, se disminuye la competencia, el bienestar y la accesibilidad que posee actualmente el ciudadano digital ante la falta de regulación. Sin embargo, esto no significa que lo mejor sea dejar ser el mercado de forma abierta y sin límites, ya que en caso de que este fijase sus propias reglas, ¿a qué o quién acudiría el consumidor ante la vulneración de sus derechos?

El desenvolvimiento de una normatividad digital es complejo en sí mismo, si bien no es momento de aplazarlo más, tampoco es prudente realizarlo de manera apresurada obviando las implicaciones que ello tiene en el mercado. Es importante recordar que, las dinámicas comerciales no solo obedecen a factores sociales y legales, sino también económicos.

CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN LOS MERCADOS DIGITALES COLOMBIANOS

Las prácticas anticompetitivas tradicionales en Colombia se encuentran clasificadas en: acuerdos o convenios que limiten el mercado, conforme al artículo 1 de la ley 155 de 1959; acuerdos que prevengan, restrinjan, o distorsionen la competencia según lo establecido en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; los actos unilaterales realizados por empresas, de acuerdo con el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 y, las conductas abusivas de posición de dominio, en conformidad con lo establecido en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

En consonancia con el planteamiento desarrollado, las conductas tipificadas a nivel nacional, como contrarias a la competencia, son en extremo similares a las fijadas por los gobiernos europeo y estadounidense. No obstante, es necesario diferenciar que el desarrollo obtenido por las plataformas digitales en estos países es sumamente avanzado en comparación con el caso colombiano.

Uno de los principales reclamos de quienes han liderado lo que se considera como la cuarta revolución industrial, es la falta de comunicación y entendimiento por parte del Estado sobre la naturaleza del fenómeno y las tecnologías que lo soportan (Ayalde, 2016, p. 132).

Sin embargo, no por ello debemos ocultar la necesidad urgente de promover políticas que impulsen la libre competencia. Así, cabe resaltar que evidentemente la apertura económica a los mercados digitales puede verse truncada con leyes inadecuadas que impidan el desarrollo de tecnologías disruptivas, pero es necesario tener en cuenta que, de afianzarse ciertos escenarios debido a la ausencia de control, se podría generar un caos económico falsamente fundamentado en la innovación.

Hasta el momento, son pocos los casos que han sido analizados por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de plataformas digitales y, la mayoría, llegan

ante la autoridad por vulneraciones a la Ley de *Habeas Data*, entre esos, cabe resaltar la sanción por 298 millones interpuesta a Rappi debido a la queja de un ciudadano quien alegaba que su información estaba siendo utilizada –sin su consentimiento– con fines comerciales y de *marketing*.

Un segundo caso muy popular fue resultado de la disputa entre taxistas –empresa tradicional– contra UBER –empresa digital–, los primeros han presionado por varios años para prohibir la operación de la segunda empresa en cuestión; o para que, al menos, esta se rija por la legislación pública que regula el transporte público⁷. Como resultado de la disputa se ordenó la salida de la plataforma tras la decisión tomada por un juez de la Superintendencia de Industria y Comercio donde se tildó de “competencia desleal” los servicios ofrecidos a través de la aplicación. Sin embargo, UBER logró regresar al mercado operando como un portal de contacto para dos partes que alquilan un carro con conductor usando un contrato de arrendamiento (El Tiempo, 2020).

En este orden de ideas, las prácticas irregulares de las plataformas digitales pueden encajarse en las conductas anticompetitivas ya reguladas, pero, entendiendo que durante los últimos años el activo más importante para las empresas es la obtención de datos y su uso con propósitos comerciales, a fin de alcanzar una posición relevante en el mercado, dichos comportamientos contenidos en la legislación nacional necesariamente sufrirán un cambio. Un ejemplo claro es la “mutación” de la posición dominante, esto debido a que la obtención y el uso de la información es lo que genera el posicionamiento empresarial. La situación en concreto fue analizada por las Naciones Unidas y permitió concluir que:

por una parte, una empresa con una amplia base de usuarios puede recopilar más datos con el fin de mejorar la calidad del servicio y, de esa manera, conseguir nuevos usuarios y, por otra parte, las empresas pueden explorar los datos de los usuarios para orientar mejor su publicidad en función de los destinatarios y monetizar sus servicios, obteniendo así fondos adicionales para invertir en la mejora de la calidad del servicio y atraer a más usuarios (Naciones Unidas, 2019, p. 4).

Sin duda estamos ante mercados intuitivos que manejan datos personales para hacer más fácil la vida del consumidor, pero no podemos ignorar las desventajas que pueden resultar de la falta de control por parte de las autoridades. A corto plazo, al parecer, solo se presentan beneficios; plataformas conectando y ofreciendo bienes o servicios, configurando nuevas relaciones de mercado y generando nuevas formas comerciales; sin embargo, es el análisis a mediano y largo plazo lo que verdaderamente debe llamar la atención.

7 “El principal motivo que tienen los taxistas para atacar e intervenir la operación de Uber es que este representa una competencia desigual e inclusive ilegal, manifestando que todas las condiciones, restricciones y regulaciones aplicadas al gremio de los taxistas no afectan en igual proporción a los vehículos de Uber” (Arias y Urbano, 2020).

Debido al cambio de las dinámicas comerciales, gran variedad de empresas subyacentes, están quedando fuera de competencia en la era digital y, no solo ellas, sino también las que desean incursionar en el mercado. Este fenómeno se debe precisamente a la sensación general desalentadora que genera la falta de políticas de apertura. Lo expuesto dado que ante una plataforma tan consolidada –nacional o internacional con ejecución en Colombia–, las empresas tradicionales y emergentes consideran que no pueden competir. Lo anterior, a mediano y largo plazo puede generar una monopolización del mercado como consecuencia de las posiciones dominantes afianzadas, ya que obliga a las empresas subyacentes a ceder ante la inminente evolución comercial de la que no se sienten parte, e intimida las pequeñas compañías que buscan posicionarse.

Igualmente, otra conducta a analizar es la publicidad, “[1]os usuarios de Internet activos en el país representan el 68% de la población total. De ese 68%, 76.4% es activo en diversas redes sociales, entre ellas: Facebook, Tik Tok, Instagram, YouTube” (Alvino, 2021), haciendo que los consumidores sean susceptibles a difusiones engañosas o conductas similares. Sin embargo, es evidente que dichos comportamientos irregulares, que atentan eventualmente contra la libre competencia, corresponden a su vez al manejo de datos y su uso por parte de plataformas sociales con el fin enviar mensajes enfocados en los gustos o búsquedas recientes de cada usuario digital.

De esta manera, de lo desarrollado a lo largo de este artículo, es evidente concluir que el factor que impera tanto en la posición dominante como en la configuración de barreras de entrada es: el control de datos. Esto, sumado a la falta de políticas de apertura que aseguren la libre competencia, favorece el hecho de que las plataformas consolidadas también realicen fusiones comerciales que absorban los mercados tradicionales y/o novedosos que deseen competir. Según este planteamiento, en caso de no actuar acorde a los requerimientos de la era digital en Colombia, no solo se generarían perjuicios en materia del libre mercado, debido a la falta de compañías dispuestas a entrar en las nuevas dinámicas comerciales, sino que también se afectarían los derechos del consumidor puesto que se reducirían considerablemente las opciones que tendría para suplir sus necesidades.

Finalmente, el asunto, a ciencia cierta, no se trata de restringir las innovaciones ni de reducir las regulaciones en los mercados tradicionales⁸, sino de generar oportunidades en la nueva forma dinámica de comercializar bienes y servicios, promover el estudio específico –en cabeza de las autoridades competentes con expertos sobre el tema– de la evolución digital en la economía colombiana, y darle tanto a empresas como consumidores la posibilidad de avanzar con tranquilidad en la revolución tecnológica.

8 Que, en sentido estricto, eso representa un trato inequitativo entre los mercados subyacentes y los nacientes.

CONCLUSIONES

– Las conductas anticompetitivas, que podrían desarrollarse, obedecen en forma mayoritaria al manejo de datos que poseen las empresas y plataformas digitales, las cuales eventualmente configurarían: abusos de posición dominante, monopolización del mercado por manejo de información, fusiones (en mercados verticales y horizontales) y captación de los consumidores a través de publicidad engañosa dirigida.

– No hay un consenso a nivel mundial sobre las conductas anticompetitivas en la era digital o cómo deben manejarse, pero hay dos posturas claras: la de utilizar la legislación existente (o flexibilizarla según el caso) e impedir las conductas anticompetitivas a toda costa en protección del mercado y los consumidores (europea), y la de estudiar los mercados disruptivos en alianza con expertos y las mismas empresas tecnológicas (estadounidense).

– Actualmente, nos encontramos aplicando normas estáticas a mercados dinámicos, así las cosas, es muy común que se puedan cometer errores sancionando conductas que aparentemente son anticompetitivas, pero que realmente no lo son. Es necesario tener especial cuidado con esas situaciones, ya que se puede obtener como resultado un desincentivo a la innovación junto con su obstaculización, generando un daño a las nuevas formas de mercado.

– Las autoridades que protegen la competencia poseen dificultad evidente para entender si una conducta es pro competitiva o no debido a las dinámicas aceleradas de los mercados tecnológicos y las plataformas digitales, por ende, es preferible –mientras se toma una postura concreta frente al tema– analizar cada caso de forma específica, protegiendo el principio constitucional de libre mercado y a los consumidores.

– Indiscutiblemente los mercados disruptivos y los avances tecnológicos han traído múltiples beneficios consigo, entre ellos, nuevas y más eficaces relaciones comerciales –B2C–, además, debido al tratamiento de datos, los consumidores pueden suplir sus necesidades de una forma más específica y personal.

– Existe una relación compleja entre los mercados digitales y los tradicionales –B2B– ya que, desde una perspectiva regulatoria, no hay claridad sobre las limitaciones o dinámicas de las nuevas tecnologías. Lo anterior, desincentiva la competencia ya que genera una alarma de “barrera comercial” de entrada y/o permanencia para los nacientes mercados digitales y los negocios de corte antiguo que buscan una cabida dentro del entorno tecnológico.

– La intervención por parte del Estado colombiano en temas de plataformas digitales requiere un proceso de estudio, análisis y consulta con los grupos de interés. Sin embargo, debido al prolongado proceso que esto conlleva y la rapidez con la que avanza la era digital junto con sus mercados, es preferible pensar en políticas de apertura que benefician el desarrollo económico nacional y a todos los agentes involucrados.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y REFERENCIADA

- Alvino, C. (12 de abril de 2021). "Estadísticas de la situación digital de Colombia en el 2020-2021". *Branch*. Disponible en: <https://branch.com.co/marketing-digital/estadisticas-de-la-situacion-digital-de-colombia-en-el-2020-2021/>
- Arias, G. y M. Urbano (16 de junio de 2020). "El futuro de Uber y las apps de transporte". *Supuestos*. Disponible en: <http://revistasupuestos.com/opinion/2020/6/16/el-futuro-de-uber-y-las-apps-de-transporte>
- Ayalde, V. (2016). "Economía digital: una perspectiva desde el derecho de la competencia". *Revista Derecho Competencia*, 12 (12), 131-160. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/5-economc3ada-digital.pdf>
- BBC News Mundo (24 de julio de 2019). "Cambridge Analytica: la multa récord que deberá pagar Facebook por la forma en que manejó los datos de 87 millones de usuarios". *BBC News Mundo*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093124>
- Bundesgesetzblatt (12 de julio de 2018). Act against Restraints of Competition in the version published on 26 June 2013 Federal Law Gazette I, 2013, 1750, 3245, as last amended by Article 10 of the Act of 12 July 2018 (Federal Law Gazette I, p. 1151). Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0024
- Comisión Europea (27 de junio de 2017). Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google (Shopping). Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN)
- Congreso de la República de Colombia. (24 de diciembre de 1959). Ley 155 de 1959: Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=38169>
- Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2009). Ley 1340 de 2009: Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html
- Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 333. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional. (24 de marzo de 2010). C-228/2010. M.P. L. Vargas. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-228-10.htm>
- Díez, F. (2014). "Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?" *CEF Legal – Revista Práctica de Derecho*, (163-164), 5-44.
- Díez, F. (2019) *La aplicación del derecho de competencia en la era digital (Casos Google, Facebook, Apple/ Shazaam, y el Informe de la Comisión Europea de abril 2019)*. Disponible en: [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/mercados_digitales_comp_\(2019\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/mercados_digitales_comp_(2019).pdf)
- El Tiempo (20 de febrero de 2020). "Contrato de arriendo, la sorpresa con la que Uber reta a Mintransporte". *Diario El Tiempo*. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/contrato-de-arriendo-la-sorpresa-con-la-uber-reto-al-gobierno-464232>
- European Commission. (2009). *Antitrust: Commission imposes fine of €1.06 bn on Intel for abuse of dominant position, orders Intel to cease illegal practices*. Brussels. Press Release. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_09_745

- European Commission. (2019). *Competition Policy for the Digital Era. Final Report*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>
- Fernández, C. & Benavides, J. (s. f.). "Las plataformas digitales, la productividad y el empleo en Colombia. Fedesarrollo". Disponible en: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3962/Repor_Fern%C3%A1ndez_y_Benavides_presentacion.pdf?sequence=4&isAllowed=y
- Hesse, R. (2014). "At the Intersection of Antitrust & High-Tech: Opportunities for Constructive Engagement, Remarks as Prepared for the Conference on Competition and IP Policy in High-Technology Industries. Stanford": *Department of Justice*. Disponible en: <https://www.justice.gov/d9/atr/speeches/attachments/2015/06/25/303152.pdf>
- Manne, G. y Wright, J. (2010). "Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google". *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 34(1), 171-244.
- Naciones Unidas (1 de mayo de 2019). "Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: Cuestiones de competencia en la economía digital". Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd54_es.pdf
- OCDE (2011). *Herramientas para la Evaluación de la Competencia. vol. II: Guía*. OCDE Publishing. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>
- Presidente de la República de Colombia. (30 de diciembre de 1992). Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones [Decreto 2153 de 1992].
- Superintendencia de Industria y Comercio (2016). Concepto de abogacía de la competencia (Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009). Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/16-137076.pdf>
- Superintendencia de Industria y Comercio (s. f.). *Protección de la Competencia*. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>