

## **CONTRIBUCIÓN AL FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA**

**INNOVACION DISRUPTIVA: Retos en la aplicación de la ley de competencia y oportunidades para la promoción de la competencia. 12-13 de abril 2016, ciudad de México.**

### **I. INTRODUCCIÓN**

1. Las innovaciones disruptivas son nuevos productos, procesos o modelos de negocio que alteran drásticamente los mercados de manera inesperada en partes del mercado no previstas o de menor valor inicial. La economía colaborativa constituye uno de los fenómenos de innovación disruptiva más importante de los últimos años, el cual está generando cambios estructurales significativos en el funcionamiento de los mercados de todo el mundo.
2. El desarrollo de este tipo de plataformas es fruto de una combinación de factores tecnológicos, socio-económicos y regulatorios, tales como internet y la expansión de la tecnología móvil, la crisis económica, el cambio en la cultura de consumo más enfocada al acceso a los servicios y las ineficiencias regulatorias en ciertos sectores económicos, como el del transporte y el alojamiento.
3. La amplitud del fenómeno hace compleja su definición. No obstante, se identifican una serie de particularidades comunes a las plataformas de economía colaborativa: (i) la economía colaborativa se caracteriza por el mejor aprovechamiento de los recursos infrautilizados, mediante la puesta a disposición de los usuarios de las plataformas de estos recursos, bienes o servicios, (ii) constituyen mercados de varios lados, en los cuales cada uno de los lados del mercado recibe valor por la existencia del otro o de los otros lados; (iii) las plataformas realizan la función de catalizador entre los distintos lados del mercado, permitiendo resolver el problema de coordinación entre la oferta y la demanda; y por último (iv) la utilización de sistemas de reputación *online* ha facilitado el acceso a información actualizada y creíble por parte de los usuarios.
4. La aparición de estos nuevos modelos de prestación de servicios por internet es una fuente de innovación que ha tenido y tiene efectos significativos en los mercados desde una óptica de competencia. Entre ellos destacan una serie de efectos pro competitivos derivados del incremento del número de operadores: la cantidad y mayor variedad de la oferta, la formación de precios más eficientes, mayor calidad y fomento de la innovación (nuevas formas de pago, nuevos servicios, etc.).

5. Además, entre otros efectos, sobresalen la reducción de costes de transacción, fundamentalmente costes de búsqueda; el acceso a una mayor información a un coste reducido o prácticamente nulo; la mejora de la eficiencia y competitividad de la economía por la mayor utilización media de los recursos existentes; y una mayor trazabilidad y transparencia de las transacciones económicas.

## II. RETOS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA

6. En términos de política de competencia, la mayoría de los modelos teóricos y enfoques analíticos tradicionales sobre los que se fundamenta la política de competencia plantean problemas al aplicarse al análisis de las plataformas colaborativas. En este sentido, uno de los principales retos a los que se enfrentan las autoridades de competencia es la consideración óptima de los efectos o externalidades de red presentes en este tipo de plataformas colaborativas.
7. Las plataformas colaborativas (por definición de múltiples lados) se diferencian de aquéllas de un solo lado en la actividad colaborativa entre los usuarios, una colaboración que se lleva a cabo de igual a igual (o *peer-to-peer*). Las externalidades indirectas de red son por tanto un aspecto clave de estas plataformas, siendo su principal desafío conseguir suficientes usuarios en cada uno de los lados para asegurar la suficiente masa crítica de consumidores que pueda potenciar los efectos de red. De este modo, la existencia de efectos de red no sólo puede aumentar las barreras de entrada al mercado de los nuevos operadores, sino que puede favorecer la aparición de operadores con poder de mercado.
8. A pesar de esta ventaja inicial otorgada por las externalidades de red, las plataformas establecidas pueden no obtener poder de mercado. Por un lado, las nuevas plataformas pueden ofrecer productos diferenciados, distinguiéndose así de sus rivales. Por otro lado, en algunos casos los consumidores, de forma agregada, pueden tener un poder significativo y disciplinador sobre la plataforma al poseer información, tener costes de cambio cero o insignificantes y la capacidad de registrarse en varias plataformas a la vez. Este fenómeno se denomina "*multi-homing*". El *multi-homing* tiene el potencial de mitigar los efectos *lock-in* o cierre de los mercados con efectos de red, facilitando la expugnabilidad de los mercados.
9. En ciertos casos, no obstante, la plataforma líder obtendrá un poder de mercado significativo pudiendo, con ello, influir sobre los precios de su oferta mediante recomendaciones o guías (bien a través de recomendaciones de precios o de cláusulas de referencia a rivales). Existen múltiples ejemplos de cláusulas de referencia a rivales, tales como los contratos en exclusiva (que impiden toda

relación con cualquier rival o competidor), cláusulas de descuento referenciadas a las ventas realizadas con otros operadores, etc. No obstante, y pese al potencial riesgo de cierre de mercado o reducción de la competencia efectiva, estas cláusulas no siempre resultan contrarias a la competencia (por ejemplo, cuando generan eficiencias).

10. En cualquier caso, tanto las cláusulas de referencia a rivales, como los efectos de la diferenciación y el multi-homing, deben someterse a un escrutinio y valoración caso a caso por parte de las autoridades de competencia. Asimismo, también existe el riesgo de llevar a cabo prácticas concertadas o conscientemente paralelas en el caso de las plataformas colaborativas. Cuando dos o más operadores tradicionales coordinan sus estrategias en mercados de una sola cara, el resultado es, en términos generales, un incremento de los precios y una reducción del bienestar del consumidor. La teoría económica de las plataformas de múltiples caras produce predicciones mucho menos claras, lo cual complica la labor de las autoridades de competencia. Asimismo, y debido a la existencia de demandas interdependientes, es necesario preguntarse si la colusión es más difícil o más fácil para las plataformas colaborativas que para los negocios tradicionales de un solo lado. En este sentido, parece la necesidad de llegar a acuerdos sobre precios en distintos lados de la demanda (o grupos de consumidores) hace más complejo un comportamiento colusorio.
11. No obstante lo anterior, cabe destacar que este tipo de plataformas colaborativas suele darse en mercados dinámicos, donde la innovación está generando nuevos y más profundos mercados. Este dinamismo puede dar lugar a que los efectos de red que favorecieron el crecimiento del incumbente en un primer momento también puedan facilitar la aparición de un nuevo entrante en el corto plazo. Así, las administraciones públicas no deben impedir el desarrollo tecnológico en estos mercados, sino que deben permitir y promover la disrupción de nuevas plataformas innovadoras. En particular, los poderes públicos deben velar por una normativa sin restricciones y las autoridades de competencia deben asegurar y promover la competencia efectiva entre los operadores del mercado.

### III. RETOS Y OPORTUNIDADES PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

12. Las características disruptivas de la economía colaborativa plantean a las Administraciones Públicas diversos retos. El principal reto es dar respuesta, mediante la adecuación de la regulación existente, a estos nuevos modelos económicos en los que la innovación y el *empoderamiento* del consumidor parecen una característica inherente.

13. La CNMC considera que la respuesta regulatoria de las autoridades competentes debe basarse en los principios de regulación económica eficiente. Es decir, la intervención pública sólo está justificada en caso de comprobarse la existencia de fallos de mercado y si dicha intervención tiene un nexo causal con el fallo de mercado que se quiere proteger (principio de necesidad), es proporcionada al objetivo que se persigue, es decir, introduce la mínima distorsión competitiva posible (principio de proporcionalidad) y se aplica de forma no discriminatoria. Desde un punto de vista teórico, estos fallos de mercado se pueden agrupar en cinco categorías: i) la existencia de poder de mercado; ii) externalidades, bien de carácter positivo o negativo, que no se encuentran recogidos por el mecanismo de precios del mercado; iii) la existencia de problemas de información; iv) bienes públicos y v) mercados incompletos.
14. Una actuación alejada de estos principios de regulación económica eficiente por parte de los poderes públicos, constituye un obstáculo para la entrada de nuevos agentes al mercado y el desarrollo de nuevos modelos de negocios, impidiendo que nuevos actores desarrollen y exploten las innovaciones y las ganancias de productividad de estos nuevos modelos. Todo ello generaría una pérdida de bienestar para los consumidores y para la sociedad. Es por ello que la principal labor, desde la óptica de la promoción de la competencia, es asegurar que la regulación existente (y futura) no impida el correcto funcionamiento de estos mercados al incluir restricciones a la competencia efectiva de los mercados y a la entrada de nuevos operadores.
15. Dentro de los numerosos sectores en los que la economía colaborativa ha suscitado mayor interés, y donde más retos regulatorios se han planteado en España, destacan el alojamiento y el transporte. En primer lugar, porque se trata de aquellos sectores que, a nivel mundial, reciben una mayor inversión. En segundo lugar, porque son dos sectores en los que existen plataformas en España que están haciendo frente a procesos judiciales. En el ámbito del transporte urbano, diciembre de 2014, un juzgado en España adoptó, entre otras medidas cautelares, la cesación y suspensión de la prestación y adjudicación del servicio de Uber, siendo España el primer país en el que Uber cerró su servicio de transporte urbano. Por otra parte, Blablacar, otra plataforma de transporte interurbano de pasajeros y Airbnb, plataforma de alojamiento de viviendas turísticas, hacen actualmente frente a procedimientos judiciales y administrativos respectivamente.
16. Por este motivo, el pasado 6 de noviembre de 2014 la CNMC lanzó una consulta pública sobre las nuevas formas de contratación y de intercambio a través de Internet, y el fenómeno conocido como “economía colaborativa”, centrándose de manera más concreta en los sectores de transporte de pasajeros y de alojamiento turístico. Con esta consulta la CNMC ha pretendido obtener la opinión de todos aquellos agentes interesados en proporcionar su punto de vista y, de esta manera, analizarlo de cara a la elaboración de un Estudio sobre los

*Nuevos Modelos de Prestación de Servicios y la Economía Colaborativa*, cuyo objetivo último es realizar una serie de recomendaciones que garanticen la aplicación de una regulación eficiente a la economía colaborativa, en beneficio de los consumidores y usuarios y, especialmente, de la competencia en los mercados.

17. Este estudio se enmarca en las funciones recogidas en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de *Creación de la CNMC*, la cual otorga a la CNMC la capacidad de promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre los distintos sectores económicos.
18. Durante la elaboración del citado estudio, se han analizado en profundidad las características propias de ambos mercados, así como las restricciones a la competencia existentes. Así, en el sector del alojamiento, coincidiendo con la delegación de la competencia de las viviendas de uso turístico al ámbito regional, se ha observado el surgimiento de una serie de plataformas colaborativas que, compitiendo entre sí, facilitan la puesta a disposición en el mercado de alojamiento de corta duración de viviendas completas o habitaciones. Esta nueva oferta de alojamiento beneficia, en términos generales, el nivel de competencia del mercado al introducir nuevas formas de alojamiento que complementan o/y compiten con la oferta tradicional de hoteles o apartamentos turísticos.
19. Durante la elaboración del estudio, la CNMC ha detectado numerosas normativas a nivel regional que imponen restricciones de acceso y ejercicio injustificadas al mercado de alojamiento turístico, con efectos negativos sobre la competencia y el bienestar, entre las que destacan el establecimiento *de facto* de un régimen de autorización para el inicio de la actividad, la limitación del tipo de viviendas y de su localización, la restricción del número de días de cesión de la vivienda e, incluso, la imposición de restricciones cuantitativas, económicamente ineficientes, como el establecimiento de moratorias. Las barreras a la competencia efectiva generadas por la normativa se oponen a la innovación y reducen el dinamismo del mercado.
20. Dada la gravedad de las restricciones incluidas en dos normativas en particular, CNMC decidió impugnar ante los tribunales españoles la normativa sobre las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid y de la Comunidad Canaria.
21. Ambas normas incluían obstáculos a la competencia efectiva en los mercados por cuanto restringían la capacidad de elección de los consumidores finales y elevaban los costes de los operadores, lo que se vería reflejado ulteriormente en mayores precios finales para los consumidores. En concreto, en la Comunidad de Madrid la norma impugnada impedía que las viviendas de uso turístico pudieran contratarse por un período menor a cinco días. En el caso Canario, en la norma (i) se excluían aquellas viviendas situadas en suelos, zonas y

- urbanizaciones turísticas, (ii) se prohibía el alquiler por estancias o habitaciones, (iii) el acceso a la actividad estaba sujeto a un régimen de declaración responsable, y (iv) se exigía la exhibición, en el exterior de la vivienda, de una placa distintiva de la actividad y, en el interior de la misma, de un cartel que recoja teléfonos de asistencia en caso de emergencia y las prohibiciones contempladas en el Reglamento.
22. La CNMC, al amparo del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el cual establece que la CNMC está legitimada para impugnar los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y las disposiciones de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, acordó interponer recurso contencioso-administrativo contra ambas normas.
23. En relación con el sector del transporte, en los últimos años también han aparecido nuevos modelos que ofrecen nuevas soluciones de transporte tanto interurbano como urbano a los usuarios. Estos nuevos modelos se basan en la puesta en contacto, a través de aplicaciones móviles, de vehículos disponibles y usuarios que demandan, en el acto, un transporte urbano de corta distancia dentro de la localidad. Estos nuevos servicios ofrecen una alternativa a las prestaciones que tradicionalmente ofrece el sector del taxi y el alquiler de vehículos turismo con conductor.
24. Durante la elaboración del estudio, se han detectado importantes restricciones no justificadas a la entrada y ejercicio de la actividad en el mercado español incluidas en normativas municipales. Entre estas restricciones destacan: el *numerus clausus* de licencias, el limitado ámbito geográfico de la licencia y, para el caso del taxi, los precios regulados en forma de tarifas públicas no flexibles. Estas restricciones dificultan o incluso impiden la entrada de nuevos operadores, generando rentas monopólicas para los incumbentes y un funcionamiento menos eficiente del mercado para la sociedad.
25. Como en el caso del alojamiento turístico, la CNMC decidió notificar a los ayuntamientos de Córdoba y Málaga sendos requerimientos de anulación contra diversos artículos de las ordenanzas municipales del servicio del taxi, al entenderse estos artículos como especialmente lesivos de la libre competencia. Estos requerimientos de anulación suponen un paso previo que busca evitar la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el caso de que ambos ayuntamientos no modifiquen o anulen las citadas restricciones introducidas en el sector del taxi. En concreto, la CNMC señaló cinco categorías distintas de impedimentos incluidas en las mencionadas ordenanzas: (i) el establecimiento de un *numerus clausus* de licencias de taxi, (ii) la limitación injustificada de las potestades de organización de los operadores, (iii) la existencia de requisitos mínimos de calidad y seguridad desproporcionados o innecesarios, tales como que el vehículo objeto de la licencia no tenga más de dos años de antigüedad, y

- (iv) las tarifas se califican como máximas en la norma pero se configuran en distintos preceptos como obligatorias, por ejemplo, en lo referido a la bajada de bandera. La norma estaría impidiendo la entrada en el mercado y la competencia en precios en la prestación de servicios de taxi, con el consiguiente perjuicio a los consumidores.
26. La economía colaborativa, como innovación disruptiva, está capacitada para generar una serie de ventajas y beneficios para los consumidores. La ausencia de respuesta por parte del sector público o el establecimiento de barreras innecesarias o desproporcionadas para el desarrollo de la actividad restan dinamismo en el mercado y concede mayores ventajas a aquellas Administraciones públicas capaces de revisar la normativa y eliminar barreras a la entrada y al ejercicio de la actividad.
27. Son diversas las Administraciones públicas que, a distintos niveles administrativos, han decidido revisar la normativa facilitando la tensión competitiva que se genera por la presencia de nuevos operadores, bajo la forma en este caso de: México, Ámsterdam, París, Londres, Estonia, etc.
28. Las autoridades de competencia, en este contexto de innovación y dinamismo, tienen una oportunidad, especialmente desde la promoción de la competencia y la regulación eficiente, para fomentar regulaciones menos restrictivas, que favorezcan mercados dinámicos y competitivos, redundando en mayores beneficios para la sociedad.