



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

Seminario de Estudios Jurídico-Económicos

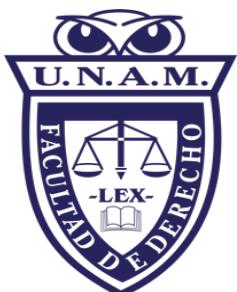
**LOS EFECTOS DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES
EN LOS MERCADOS Y SU REGULACIÓN JURÍDICA EN
MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN
MÉXICO**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
RAFAEL CARLOS GARCÍA SÁNCHEZ

Asesora de Tesis: **LIC. JUANA FERIA PASCUAL**



CIUDAD DE MÉXICO, 27 DE JULIO DE 2020

A mi padre, Rafael Carlos García Medina, quien me ha enseñado a nunca rendirme, a trabajar arduamente por mis sueños y a tener el valor y la sabiduría para afrontar cada reto que se presente.

A mi madre, Leticia Sánchez Bonilla, cuyo trabajo y cariño constante ha estado en todo momento dedicado a su familia y que siempre me ha acompañado y guiado para que logre salir adelante.

A ellos, porque siempre han sido mis pilares y me han dado todo su apoyo y cariño incondicional. Gracias por todo su esfuerzo, motivación y comprensión; siempre me han guiado para ser un hombre de bien que luche por conquistar lo que me haga feliz. Este trabajo es para ustedes, quienes nunca han perdido la fe en mi.

A mis hermanas, Aranza y Sophia, por las risas y peleas, porque desde que tengo memoria ellas han estado ahí para apoyarme y darme ánimos cuando lo he necesitado y por ello siempre tendrán un lugar muy especial en mi corazón. Este trabajo también es para ustedes. En todo momento, sin importar qué, siempre podrán contar conmigo, siempre serán mis hermanas.

A mi asesora, la Lic. Juana Feria Pascual, quien en todo momento cuidó detalladamente de mi investigación, y que sin importar el día o la hora, estuvo presente para ayudarme con todas las

dudas y dilemas que tuviese. Muchas gracias por su apoyo y amistad.

A mis amigos, Bryan López y Mario Rodriguez, con quienes reboté muchas ideas de la presente investigación, me apoyaron en el cuidado de la misma y constantemente fueron críticos conmigo para lograr la mejor tesis que en mis manos estuviese posible. Por ustedes he aprendido lo que es la amistad leal y sincera, gracias por todos los buenos momentos y aquellos de muchas lecciones. Sigamos triunfando juntos.

A la UNAM y la Facultad de Derecho, quienes me brindaron muchas experiencias y herramientas que atesoraré y siempre estarán presente en mi camino como profesionista. Gracias a ellas se formó en mi una visión más consiente, solidaria y empática con mi comunidad, visión que estará presente en cada día de mi vida. Espero algún día poder compensar lo mucho que la Universidad, mi segundo hogar, me ha dado.

“Indudablemente, cada generación se cree destinada a rehacer el mundo. La mía sabe, sin embargo, que no podrá hacerlo. Pero su tarea es quizás mayor. Consiste en impedir que el mundo se deshaga.”

-Albert Camus

Índice

Introducción.....	1
-------------------	---

Capítulo 1: Marco histórico y conceptual

1.1 Antecedentes Históricos.....	4
1.1.1 Competencia Económica en Estados Unidos.....	4
1.1.2 Competencia Económica en la Unión Europea.....	14
1.1.3 Competencia Económica en México.....	20
1.2 Competencia Económica.....	29
1.2.1 Definición y alcance del concepto la Competencia Económica..	29
1.2.2 Objetivos y fines de la Competencia Económica.....	32
1.2.2.1 Competencia perfecta y competencia imperfecta.....	34
1.2.3 Definición de libre competencia y libre concurrencia.....	37
1.3 Mercado.....	39
1.3.1 Definición y alcance del concepto de mercado.....	39
1.3.2 Características y tipos de mercado.....	40

Capítulo 2: Plataformas digitales

2.1 Plataforma digital.....	44
2.1.1 Definición y alcance del concepto de plataforma digital.....	45
2.2 Economía digital.....	55
2.2.1 Definición y alcance del concepto de economía digital.....	55
2.2.2 Funcionamiento de la economía digital.....	59

2.2.3 Regulación de la economía digital en términos del marco jurídico de la competencia económica.....	61
2.3 Mercado digital.....	67
2.3.1 Definición y alcance del concepto de mercado digital.....	67
2.3.2 Funcionamiento de un mercado digital.....	75
2.3.3 Regulación de los mercados digitales en términos del marco jurídico de la competencia económica.....	79

Capítulo 3:
Regulación jurídica de los mercados digitales en México

3.1 Marco jurídico mexicano.....	83
3.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	83
3.1.2 Ley Federal de Competencia Económica.....	85
3.1.2.1 Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica.....	88
3.1.3 Ley Federal de Telecomunicaciones.....	90
3.1.4 Ley Federal de Protección al Consumidor.....	93
3.2 Prácticas monopólicas absolutas.....	98
3.2.1 Definición y alcance del concepto de prácticas monopólicas absolutas.....	98
3.2.2 Regulación de las prácticas monopólicas absolutas por la Ley Federal de Competencia Económica.....	107
3.2.3 Los mercados y plataformas digitales y su relación con las prácticas monopólicas absolutas.....	116
3.3 Prácticas monopólicas relativas.....	131
3.3.1 Definición y alcance del concepto.....	131
3.3.2 Regulación de las prácticas monopólicas relativas por la Ley	

Federal de Competencia Económica.....	157
3.3.3 Los mercados y plataformas digitales y su relación con las prácticas monopólicas relativas.....	166
 3.4 Concentraciones.....	177
3.4.1 Definición y alcance del concepto de concentración.....	177
3.4.2 Regulación de concentración por la Ley Federal de Competencia Económica.....	194
3.4.3 Los mercados y plataformas digitales y su relación con las concentraciones.....	203
3.4.4 Cálculo de mercados digitales poco, medio y altamente concentrados.....	212

Capítulo 4:
Mercados digitales en el ámbito internacional y propuesta de regulación en México

4.1 Experiencia internacional en la regulación de mercados digitales....	218
4.1.1 Experiencia en Estados Unidos de América.....	219
4.1.2 Experiencia en la Unión Europea.....	224
 4.2 Elementos adicionales en materia de competencia económica para la regulación de mercados digitales dentro del marco jurídico mexicano..	247
 4.3 Objetivos en materia de regulación de mercados digitales en el marco de la competencia económica.....	257
 Conclusiones Generales.....	260
 Bibliografía.....	267

Índice de Abreviaturas

- Autoridad Investigadora (“AI”)
- Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“CPEUM”)
- Diario Oficial de la Federación (“DOF”)
- Dictamen de probable responsabilidad (“DPR”)
- Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (“Disposiciones Regulatorias”)
- Estados Unidos de América (“EUA”)
- Índice Herfindahl-Hirschman (“IHH”)
- Instituto Federal de Telecomunicaciones (“IFT”)
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (“INEGI”)
- Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”)
- Ley Federal de Protección al Consumidor (“LFPC”)
- Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (“LFTR”)
- Organismos constitucionales autónomos (“OCA”)
- Práctica monopólica absoluta (“PMA”)
- Práctica monopólica relativa (“PMR”)
- Software para solucionar la administración de relaciones con cliente (“CRM software”)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (“SCJN”)
- Unidad de medida y actualización (“UMA”)
- Unión Europea (“UE”)

Introducción

En la actualidad el uso de dispositivos electrónicos conectados a internet o que funcionan como medios de comunicación aparecen en cualquier ámbito de la vida de un individuo sin importar si es público o privado. El uso de dichos medios de comunicación permite que las formas en que la economía y el comercio se realizan vayan evolucionando, de tal forma que hoy es posible realizar transacciones desde plataformas digitales.

Estas plataformas digitales se convirtieron en espacios en los que se pueden realizar actos de comercio, lo cual implica que gran parte de los agentes económicos consideren el uso de dichas plataformas como un canal principal o adicional por medio del cual pueden realizar sus transacciones. El incremento en el uso de plataformas digitales por parte de distintos agentes económicos significa la creación y evolución de los mercados digitales.

Estos mercados se caracterizan por el alto intercambio de información que hay entre ellos, la posibilidad que tienen de romper barreras geográficas así como otras características inherentes a los mismos. Al igual que los mercados tradicionales, los mercados digitales tienen competidores y consumidores que se acercan para satisfacer sus necesidades. Sin embargo los mercados tradicionales hoy en día cuentan con una regulación en materia de competencia económica lo suficientemente sólida, lo que no sucede con los mercados digitales y sus principales actores, las plataformas digitales.

En este sentido, las plataformas digitales cuentan con características propias que no es frecuente verlas en mercados tradicionales, dadas dichas características el marco regulatorio vigente en materia de competencia económica en México no alcanza a cubrir todos los escenarios que puedan presentarse en un contexto digital, por lo que hay situaciones que se presentan en mercados digitales que al

no ser reguladas debidamente tienen efectos nocivos hacia la estructura de competencia y hacia los consumidores de dichos mercados.

Estas circunstancias que se presentan en los mercados digitales han tenido sus primeras apariciones en México en los últimos años, en otras jurisdicciones estos mercados han crecido rápidamente, por lo que las autoridades de competencia respectivas han tenido que idear nuevas formas para afrontar los dilemas que se observan dadas las prácticas ejecutadas por las plataformas digitales.

Si bien dichos problemas se han presentado en otras jurisdicciones, México no queda exento de ellos; lo que puede hacerse es estudiar y comprender cómo funcionan y cuáles son los elementos característicos de los mercados y plataformas digitales, de tal forma que se pueda comprender cómo se han afrontado los efectos, en algunos casos negativos, derivados de las plataformas digitales y cuáles fueron las medidas usadas para prevenirlos, y en su caso, detectarlos y sancionarlos.

En ese orden de ideas en el presente trabajo de investigación en el capítulo primero se estudiarán los orígenes del derecho de la competencia económica, la evolución de este en otras jurisdicciones y cómo fue evolucionando dicha materia en México; de forma paralela se observarán los conceptos jurídico-económicos que son la base sobre la cual se construye día a día la competencia económica. En el capítulo dos se estudiarán conceptos fundamentales como lo son las plataformas digitales, los mercados digitales y la economía digital. Adicionalmente se observará cómo es que funcionan dichos conceptos y cómo se encuentran regulados en términos del marco jurídico de la competencia económica.

Posteriormente, en el capítulo tres se analizarán con detenimiento cuáles son los efectos de las plataformas y mercados digitales y su relación con las prácticas más importantes reguladas por la Ley Federal de Competencia Económica (ej. prácticas monopólicas absolutas, prácticas monopólicas relativas y

concentraciones), esto implica observar cuáles son los retos que representan dichas prácticas en contextos digitales y cómo podría aplicarse el marco regulatorio actual en materia de competencia económica a mercados digitales.

Finalmente, en el capítulo cuatro se observará cuál es la experiencia en otras jurisdicciones al afrontar los retos que implican los mercados y plataformas digitales y cuáles son las técnicas y métodos usados para estudiar dichos casos. De forma paralela se intentará trazar un pequeño bosquejo sobre los retos que actualmente tienen las autoridades de competencia económica en México frente a los mercados digitales, así como se mencionarán algunos de los procedimientos, técnicas y métodos que podrían adoptarse para afrontarlos.

Los efectos de las plataformas digitales en los mercados y su regulación jurídica en materia de Competencia Económica en México

Capítulo 1: Marco histórico y conceptual

1.1 Antecedentes Históricos

1.1.1 Competencia económica en Estados Unidos.

En Estados Unidos de América (“EUA”), durante el siglo XIX los actos de comercio eran regulados por medio del derecho consuetudinario, es decir, no existía una amplia gama de normas específicas que acotara todas las posibilidades jurídicas que derivasen de dichos actos; de igual manera tampoco se habla de forma estricta de una regulación a los actos circunscritos a la competencia económica.

Con anterioridad a la *Sherman Act*, considerada como la primera ley escrita que se acerca a regular la materia de la competencia económica en EUA, los casos relativos a los monopolios, así como las restricciones al comercio eran resueltos por medio del derecho consuetudinario; sin embargo, el derecho consuetudinario no era suficiente para regular dichos actos, pues dicho régimen “no era regulatorio ni punitivo, sino que solo establecía la consecuencia civil de la conducta, que era la nulidad del acto”¹.

Paulatinamente, durante el siglo XIX grandes empresas en diversas industrias fueron creciendo a tal grado de hacer necesario el contar con una ley en materia de competencia económica, pues la mera regulación consuetudinaria de los actos de comercio ya no era suficiente para limitar las grandes empresas, que derivado de los efectos que tuvieron en el mercado, se comenzó a generar un rechazo social hacia ellas. Como ejemplo de lo anterior se encuentran las empresas

¹ Ginebra Serrabou, Xavier, *Teoría general del derecho de la competencia*, México, Editorial Porrúa, 2012, p. 49.

ferrocarrileras las cuales “limitaron la competencia y afectaron la misma a través de diferentes prácticas como la elevación de las tarifas por encima del costo competitivo, la discriminación de precios, los subsidios, etc.”². En paralelo a las empresas ferrocarrileras, otro símbolo de rechazo fue “el *Standard Oil Trust*, de John D. Rockefeller, quien era generalmente percibido (y caricaturizado) como un pulpo gigante y amenazante cuyos tentáculos se extendían a todos los extremos del país”³.

Junto a las grandes empresas están los *trust*, entendidos como la unión o asociación de diversas empresas que producen el mismo producto o entre empresas que participan en la cadena de valor de algún producto o servicio, que tiende a generar efectos monopólicos en un mercado y que surge cuando “los accionistas de varias empresas transferían sus títulos de acciones a un cierto número de personas encargadas de la administración del *trust*, a cambio de un título que les daba derecho a participar en las ganancias obtenidas por todas las empresas participantes en el fondo común”⁴. El actuar de las empresas y *trusts* generó descontento social en la comunidad estadounidense, por lo que fueron objeto de múltiples demandas, pero ellas no fueron las suficientes como para frenar su desarrollo.

El principal problema de los *trusts* es que generaban diversas prácticas que impedían el desarrollo de la competencia, entre dichas prácticas esencialmente se encuentran la administración de los *trust* que era realizada por unas cuantas personas, la adopción de prácticas predadoras con el fin de desplazar a competidores, la dilución paulatina de los inversionistas en los *trust* debido al monopolio que estos tenían en diversas industrias y el despido masivo de trabajadores de las plantas industriales en las que laboraban⁵.

2 Peredo Rivera, Amílcar, *Derecho de la competencia económica*, 2^a ed., México, Editorial Porrúa, 2014, México, p. 11.

3 Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, p. 51.

4 Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 11.

5 Cfr. Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 12.

El descontento social que las grandes empresas y *trusts* generaban fue tal que la ola se extendía desde aquellos trabajadores que fueron desplazados de sus puestos de trabajo en las plantas, hasta llegar a los accionistas o inversionistas que de alguna forma buscaban participar en la industria. Este fervor social fue escuchado en el Congreso de los EUA, primordialmente fue el Senador John Sherman quien entendió la necesidad de comenzar a regular los actos de las empresas en torno a la competencia, por ello en 1888 se vio motivado para presentar una iniciativa que posteriormente llevaría su nombre.

En este sentido, los debates que surgieron en el Congreso de los EUA en torno a la iniciativa del Senador John Sherman fueron arduos, y mostraron diversas visiones que enfrentaban problemas sociales y económicos de la época. Por un lado se hablaba de la total y libre competencia, y por el otro, se alegaba sobre los daños que podría ocasionar una competencia tan intensa. De igual forma, había Senadores, como lo fue Orville Platt, quienes defendían las combinaciones o acuerdos entre empresas derivados de la intensa competencia que impedía una situación remunerativa, siempre y cuando el fin de dichos acuerdos consistiera en incrementar los precios hasta que fuesen justos y remunerativos, siendo esta la única solución cuando las personas dedicadas a la producción (empresarios) no obtenían una “ganancia justa”.⁶

El Senador John Sherman resaltaba que “el único propósito de un monopolio es hacer que la competencia sea imposible. Puede controlar un mercado, incrementar o reducir precios para promover su interés egoísta, reducir precios en una localidad particular y quebrar la competencia persiguiendo los precios que sean su voluntad donde no exista la competencia (...) La ley del egoísmo, no controlada por la competencia, le obliga a hacer caso omiso del interés del consumidor”.⁷ En la declaración del Senador John Sherman se aprecia el vigor

6 Cfr. Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, p.50.

7 *Ídem.*

con el que sentencia la existencia de los monopolios cuando estos son dirigidos con miras hacia sus propios intereses.

Con respecto al debate suscitado en torno a la iniciativa mencionada, existían múltiples posturas al respecto, mencionando en el presente aquellas que considero relevantes y que tuvieron más impacto en el debate, sin embargo, ya sea que se hablara de acuerdos entre empresas derivados de una competencia intensa con la finalidad de alcanzar una “ganancia justa” para los empresarios, o bien, el frenar los monopolios debido a que estos limitaban la competencia; ambos bandos coincidieron en la necesidad de regular, a través del derecho positivo, la competencia.

Como consecuencia de los dos años en que hubo arduos debates, el 2 de julio de 1890 se publicó la Ley Sherman (*Sherman Act*), cuyo objetivo fue “prohibir y sancionar las restricciones al comercio y las actividades tendientes al monopolio”⁸. La Ley Sherman consistía en una recopilación de los conceptos creados a la luz del *common law* (derecho consuetudinario) que se establecían en siete secciones distintas. De las siete secciones que originalmente conforman la Ley Sherman, solo dos de ellas refieren de forma genérica a las actividades relacionadas al monopolio y a los *trusts*. Dichas secciones son las siguientes:

“Sección 1: *Trusts* etc., para restringir el comercio ilegal; sanción.

Todo contrato, combinación en forma de *trust* o cualquier otra, o conspiración, que restrinja el comercio entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, se declara ilegal. Toda persona que celebre un contrato o participe en una combinación o conspiración declarada ilegal por la presente se considerará culpable de un delito grave (...)"⁹

8 Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 12.

9 Wayland, Joseph, *Antitrust division manual*, División Antimonopolio del Departamento de Justicia de EUA, 5º ed., <https://www.justice.gov/atr/file/761166/download>, consultado el 02 de octubre de 2019, (traducción propia).

Como se puede apreciar de la sección primera de la Ley Sherman, los debates en el Congreso de EUA de los años anteriores, culminaron en un golpe rotundo a los *trusts* que tuviesen como objeto restringir el comercio, los cuales fueron declarados ilegales. Tomando a consideración el contexto empresarial y de mercado que se vivía a finales del siglo XIX en EUA, era fácil entender que cualquier *trust* era considerado como una amenaza al comercio y declarado ilegal.

La sección segunda de la Ley Sherman se avoca a los actos tendientes al monopolio como se muestra a continuación:

“Sección 2: Monopolizar el comercio es un delito grave; sanción.

Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o combine o conspire con otra u otras personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre los distintos Estados, o con naciones extranjeras, será considerada culpable de un delito grave (...)”¹⁰

En esta sección se observa que por primera vez en EUA se prohibía y sancionaba de forma expresa, es decir, a través de derecho positivo, la existencia de actos tendientes a formar monopolios sin distinguir en el ámbito de la industria, lo que indica que los actos monopólicos eran ilegales y sancionables de facto.

Las dos décadas posteriores a la entrada en vigor de la Ley Sherman pondrían a prueba la administración estadounidense, pues a pesar de que las instituciones gubernamentales norteamericanas de aquel entonces tenían mayores facultades tratándose de la regulación de actos de comercio y la Suprema Corte de los Estados Unidos seguía resolviendo casos de alta trascendencia en materia antimonopolio¹¹, las empresas siguieron creciendo de tal forma que si bien no se

10 *Ídem.*

11 Phillips Sawyer, Laura señala que, en 1911 la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvería dos casos de alta importancia en materia de competencia económica, el primero de ellos sería el de *Standard Oil Co. of N.J. v. United States* en el cual la Corte determinó

dio el intercambio accionario para crear *trusts*, ni mucho menos el acaparar sectores industriales o de mercado a tal grado de crear monopolios, si desplegaron conductas que nuevamente representaron una amenaza al mercado y a la competencia.

Dentro de las conductas que las empresas realizaban durante la primera década del siglo XX se encuentran la aplicación de precios predatores, acuerdos exclusivos y concentraciones ilícitas cuya finalidad era desplazar a competidores locales. Lo anterior nuevamente generó bullicio social el cual fue escuchado en el Congreso de EUA. En este sentido, el año 1912 representó un movimiento riguroso en cuanto a la política en materia de competencia se trataba, pues ese mismo año fueron las elecciones presidenciales de EUA en las que Woodrow Wilson quedaría electo. El presidente Woodrow Wilson ganó la elección en alguna medida como “resultado de su promesa de regular la competencia persiguiendo a los monopolios; contrario a lo que en su momento prometió Theodore Roosevelt, quien buscaba regular los monopolios al ponerlos bajo la supervisión administrativa”¹².

Del gobierno de Woodrow Wilson, se puede hablar de dos enmiendas a la Ley Sherman que tuvieron una fuerte repercusión en los temas relativos a la competencia, la primera de ellas conocida como la Ley de la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission Act*) mediante la cual se creó la actual Comisión Federal de Comercio; y una segunda enmienda conocida como la Ley Clayton (*Clayton Antitrust Act*) la cual fue promulgada el 15 de octubre de 1914, mediante la cual el resultado de los debates del Congreso de EUA en torno a los

que la empresa *Standard Oil Co. of N.J.* afectaba el comercio al mantener: *i*) contratos ferroviarios preferenciales, *ii*) control sobre los ductos de distribución y *iii*) estrategias de reducción de precios en contra de refinerías independientes. Como consecuencia de ello la Corte decidió dividir la empresa en treinta y cuatro partes. De forma similar se decidió en *United States v. American Tobacco Co.* en donde la Corte decidió separar la empresa American Tobacco Co. en cuatro firmas distintas competidoras entre sí; en *US antitrust law and policy in historical perspective*, EUA, Harvard Business School, 2019, p. 9. (traducción propia).

12 *Ibíd*, p. 10. (Traducción propia).

actos desplegados por las empresas americanas que afectaban la competencia, quedaba plasmado y sancionado¹³.

La Ley Clayton sirvió como un refuerzo a la ya existente Ley Sherman, pues mientras que la segunda atacaba de forma contundente declarando como ilícitos los *trusts* y los actos tendientes al monopolio, la primera se enfoca a la regulación en materia de competencia económica. Particularmente, la Ley Clayton regula las conductas que en la época se consideraron una amenaza a la competencia y que eran conductas desplegadas por las empresas, a saber se reguló y sancionó “la discriminación de precios, las ventas atadas, los contratos de exclusividad, las fusiones entre compañías competidoras y que el consejo de administración de empresas competidoras tuviera consejeros comunes”¹⁴, en paralelo, la Ley Clayton comenzó a regular las concentraciones entre empresas. Es importante destacar que las conductas mencionadas no eran consideradas ilícitas *per se*, sino que debía demostrarse que las mismas tenían como objeto el reducir la competencia o bien el crear un monopolio, para que pudiesen ser declaradas como ilegales.

Como se puede observar, el gobierno de EUA se involucró de forma gradual y significativa en el sector privado desde finales del siglo XIX cuando la sociedad estadounidense demandó su intervención para regular el comercio y con ello los mercados, lo cual derivó, entre muchas otras cosas, en la regulación jurídica de la competencia y la creación de diversas normas, como las ya mencionadas, para alcanzar tal fin.

El siglo XX también representaría grandes repercusiones en el ámbito de la competencia económica dado los cambios que se dieron en la sociedad estadounidense. Después de la Primer Guerra Mundial, surgió en 1929 un fenómeno económico disruptivo conocido como la Gran Depresión, el cual puso a

13 Cfr. *Ibídem*, p. 11.

14 Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 12.

la opinión pública en contra del modelo competitivo de organización económica y estimuló “la demanda de un nuevo liderazgo político para abordar el creciente desempleo, los cierres generalizados de empresas y la continua incertidumbre económica”¹⁵. Como consecuencia de dicho fenómeno, el presidente Franklin D. Roosevelt lanzó un plan político-económico conocido como “*New Deal*” con el fin de aliviar una situación social de emergencia provocada por la Gran Depresión.

Se puede decir, de forma general, que el objetivo del *New Deal* era involucrar al gobierno federal (a través de sus respectivas autoridades), en diferentes sectores tales como el bancario, el agricultor y en general el bienestar público. En materia de competencia económica el *New Deal* “abandonó los procesos en contra de los monopolios para estar a favor de los esfuerzos de reestructuración de precios liderados por los carteles, ello a través de la Ley Nacional de la Recuperación Industrial (*National Industrial Recovery Act*) de 1933”¹⁶. Dos años después, la Suprema Corte de Estados Unidos abrogó dicha Ley de Recuperación Industrial.

Para 1938 el presidente Roosevelt revivió la política de competencia, incrementando el presupuesto y personal de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia. Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial, los objetivos planteados por el *New Deal* no fueron alcanzados y una vez más la sociedad estadounidense temía repetir una situación tan asoladora como lo fue la Gran Depresión. Contrario a ello, la época de la posguerra y en particular, la década de los 50, se vio marcada por un buen desarrollo económico, como lo fue el crecimiento de la industria automotriz.

Los años siguientes a 1960 representan para el *New Deal* su auge en cuanto al reforzamiento de políticas de competencia. En esa misma década, surge un activismo crítico en contra de dicho reforzamiento, conocido como la escuela de Chicago, la cual sostenía que “los mercados eran más robustos y se corregían a sí

15 Phillips Sawyer, Laura, *op. cit.*, p.12, (traducción propia).

16 Cfr. Phillips Sawyer, Laura, *op. cit.*, p. 13, (traducción propia).

mismos de lo que permitía la política antimonopolio existente, además, de que las intervenciones del gobierno a menudo exacerbaban las ineficiencias del mercado en lugar de hacerlos más competitivos”¹⁷. A mediados de la década de los 70’s, las ideas de la escuela de Chicago permearon en la Suprema Corte de Estados Unidos, lo cual se reflejó en las decisiones tomadas en múltiples casos¹⁸.

En respuesta a las decisiones de la Corte, el Congreso de Estados Unidos promulgó en 1976 la Ley de Mejoras Antimonopolio Hart-Scott-Rodino (*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Acts*) la cual implicó una reforma sustancial a las ya existentes leyes antimonopolio y de competencia. Dicha Ley puso particular atención a las concentraciones y adquisiciones, pues se estableció que dichos actos tendrían que ser notificados a las autoridades en materia de competencia (Comisión Federal de Comercio y la División Antimonopolio del Departamento de Justicia) cuando el total de activos o valores rebasara los umbrales que la Ley estableciera, ello con la finalidad de detectar posibles violaciones a la ley antimonopolio, creando un proceso que, si bien ralentizaba la conclusión de las concentraciones llevadas a cabo, aumentaba el escrutinio normativo¹⁹.

A partir de las siguientes dos décadas, y en particular la década de los 90’s, la Corte reconoció que las ideas de la escuela de Chicago tenían limitaciones, por lo que las decisiones de la Corte fueron paulatinamente haciendo a un lado la teoría de dicha escuela para hacer que sus sentencias se basaran en “el conductismo, la teoría de juegos y el modelo económico para descubrir las imperfecciones del mercado que los modelos anteriores ignoraban”²⁰. En la actualidad en EUA ha

17 Cfr. Phillips Sawyer, Laura, *op. cit.*, p. 18, (traducción propia).

18 Cfr. Phillips Sawyer, Laura, *op. cit.*, p. 21. Uno de los casos más importantes de la época surge cuando la División Antimonopolio del Departamento de Justicia alegó la adquisición por parte de *General Dynamics Corporation de United Electric*, pues consideraba que la misma causaba una violación a la Sección 2 de la Ley Sherman ya que dicha concentración formaba un conglomerado que controlaba una quinta parte de la producción de carbón en EUA, para lo cual la Suprema Corte de EUA decidió a favor de la concentración considerando que las reservas de carbón en EUA estaban vinculadas a contratos a largo plazo. (Traducción propia).

19 *ídem*, (traducción propia).

20 Cfr. *Ibídem*, p. 22, (traducción propia).

surgido un grupo que pugna por retomar las medidas antimonopolio en contra de las empresas más grandes que dominan mercados, poniendo particular atención a aquellas que se manejan en la economía digital.

Dicho grupo se hace llamar los Nuevos Brandesianos (*New Brandeisian*)²¹ quienes argumentan que las plataformas de internet, como lo es *Amazon*, *Facebook*, entre otras, son empresas que emplean estrategias de fijación de precios y precios predatorios con la finalidad de incrementar su participación de mercado, expandirse a nuevas industrias y lograr un mayor control del mercado. Junto a esa idea, los Nuevos Brandesianos consideran que debido al dominio que ciertas plataformas digitales puedan tener, estas proporcionan ciertos servicios o instalaciones escénicas a sus competidores, por lo que las autoridades en materia de competencia deben examinar las prácticas competitivas de dichas empresas viéndolas como si prestasen servicios públicos.²² Por ello, este movimiento busca que se retomen las bases más intrínsecas de la regulación en materia de competencia y se aplique a las empresas contemporáneas.

Actualmente los criterios usados en materia de competencia económica por EUA derivan de la interpretación que su poder judicial ha dado a las legislaciones previamente mencionadas, en el entendido de que dichas leyes son las más importantes en cuanto a regulación de la competencia económica se refiere, sin que ello disminuya el actuar de la Comisión Federal del Comercio y la División Antimonopolio del Departamento de Justicia, autoridades de dicha jurisdicción encargadas de regular la materia en cuestión.

Como se puede observar a lo largo de este inciso, el derecho de la competencia económica encuentra su cuna en Estados Unidos hace ya más de un siglo. Los albores y movimientos sociales fueron poco a poco moldeando las normas de

21 Cfr. Crane, Daniel, “Four questions for the neo-brandeisians”, *CPI Antitrust Chronicle*, 17 de abril de 2018, <https://www.competitionpolicyinternational.com/four-questions-for-the-neo-brandeisians/>, consultado el 11 de octubre de 2019, (traducción propia).

22 Cfr. Phillips Sawyer, Laura, *op. cit.*, p. 24, (traducción propia).

competencia con el fin de adaptarse y regular las exigencias del mercado y la sociedad. Dado que Estados Unidos fue el primer lugar en el que se crean normas en esta materia, se considera la cuna de la regulación en materia de competencia económica, no obstante, como se verá a continuación, en otras latitudes regular la competencia para cuidar el mercado y a los consumidores se convertía en una cuestión cada vez más relevante.

1.1.2 Competencia económica en la Unión Europea.

El siglo XIX representó para EUA un movimiento significativo que repercutió en el derecho de la competencia económica, ese mismo siglo tuvo repercusiones íntimamente relacionadas a la competencia en Europa, pero que a diferencia de lo sucedido en EUA a lo largo de dicho siglo, en Europa no se buscó la regulación de las empresas relacionadas a dicho movimiento.

Como es bien sabido, el siglo XIX se caracterizó como una época en la que la industrialización en el mundo occidental (en particular, EUA y Europa) avanzó a grandes pasos, lo anterior condujo a un importante crecimiento económico en el que se daba una competencia en la cual las empresas de las distintas naciones de Europa competían entre sí. En este sentido, a partir de 1870 se dio una fuerte competencia entre las principales naciones industrializadas (*i.e.* Francia, Gran Bretaña y Alemania²³) que fue disminuyendo de forma paulatina hasta 1915.

Debido al desarrollo económico que se vivió en Europa en la segunda mitad del siglo XIX, las industrias nacionales fueron creciendo a tal grado de buscar nuevos mercados (otros países) donde vender sus productos. Como consecuencia de este crecimiento de las industrias nacionales, y con apoyo de las políticas proteccionistas que fueron aplicadas en aquella época en diversas naciones europeas, en la década de los 70's y 80's surge la creación de cárteles

23 Cfr. Federico Pace, Lorenzo, *Derecho europeo de la competencia, prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de ampliación*, Barcelona, España, Marcial Pons, 2007, p. 25.

industriales, es decir, “acuerdos entre empresas que competían entre sí que tenían como finalidad principal, pero no exclusiva, fijar los precios de los bienes y distribuir la cuota de producción”²⁴; pese a que existía un reproche social por la creación de estos acuerdos, la situación no fue solventada y regulada sino hasta décadas después.

Uno de los principales países en el que los cárteles aparecieron fue Alemania, ello se debió principalmente al gran desarrollo industrial del que gozaba, así como al deseo de hacer perdurar una economía estable. Se considera que en la década de los 80's del siglo XIX llegaron a existir alrededor de 345 cárteles²⁵, pero Alemania no los vio como una amenaza, sino por el contrario, consideraba que la existencia de ellos era necesaria para que dicha nación pudiese expandir su poder económico. De la misma manera, se consideró que la existencia de los cárteles era un escudo más que servía de defensa contra las grandes empresas internacionales, como lo eran los *trusts* americanos.

Tiempo después, la situación en Alemania cambió, pues en 1902 se dan las primeras protestas contra los cárteles debido a los efectos nocivos que generaba hacia los consumidores. Derivado de las protestas, se inició una investigación contra los cárteles, dicha acción puede ser considerada como la primera investigación en materia de competencia, pero desafortunadamente esta “no derivó en una normativa del derecho de la competencia, ni en un sistema de control de los cárteles industriales”²⁶, con el tiempo, el gobierno alemán entendería la necesidad de regular las empresas y los daños que dichos acuerdos conllevan, lo que derivaría en una regulación normativa de dicho fenómeno.

Esta situación fue similar en diversos países de Europa, la cual obedecía en mayor o menor medida a las circunstancias económicas de cada Estado. Después de Alemania, los principales países en los que surgieron ese tipo de

24 Federico Pace, Lorenzo, *op. cit.*, p. 26.

25 *Cfr. Ibídem*, p. 27.

26 Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, p. 71.

organizaciones industriales derivadas de acuerdos de cártel y su posterior regulación fueron Francia, Austria-Hungría, Inglaterra, Bélgica, Italia y España²⁷.

Así como se crearon los cárteles en diversos Estados europeos a nivel nacional, esta tendencia también se dio a nivel internacional, pues el proceso de acuerdos de cártel a nivel internacional derivó en que “en 1914 unos cien cárteles actuaran entre industrias similares de diferentes países con el fin de moderar voluntariamente la competencia en los mercados externos”²⁸. Durante la Primera Guerra Mundial, los acuerdos de cártel disminuyeron dado el contexto en el que se encontraba Europa, no obstante, tras dicha guerra los cárteles nacionales e internacionales que habían quedado disueltos volvieron a unirse, los principales de ellos se avocaron a los sectores de la química, la electricidad, textiles, hierro, acero y metales, entre otros.

De los sectores anteriormente mencionados, el sector del acero, en paralelo con el del carbón, fueron los que resultaron más afectados tras la guerra. Alemania, junto con Francia, fueron las naciones que recibieron un duro golpe en sus economías al encontrar afectados dichos sectores. Los empresarios alemanes consideraron si era necesario conseguir el acero de otras naciones, y por su parte los empresarios franceses consideraron la posibilidad de obtener carbón de su semejante, como resultado, los empresarios de ambas naciones consideraron que un acuerdo sería lo más beneficioso para ambos.

Como consecuencia del acuerdo que buscaban formar, en 1926, ambas naciones (en conjunto con Bélgica, Sarre y Luxemburgo, países invitados a formar parte del acuerdo al compartir frontera ya sea con Alemania o Francia), constituyeron el cártel del acero que sería comúnmente conocido como la “Comunidad del acero”. Posteriormente, en 1927, al acuerdo se anexarían las empresas de Checoslovaquia, Austria y Hungría.²⁹

27 Cfr. Federico Pace, Lorenzo, *op. cit.*, p. 28.

28 *Ibídem*, p. 29.

29 Cfr. *Ibídem*, p. 34.

Dada la importancia del cártel, los Estados que tenían una alta producción de acero fueron paulatinamente formando parte del mismo, además no solo fueron aquellos Estados de Europa los que formaron parte del acuerdo, sino también de otras latitudes, como lo fue EUA. Se estima que en su momento dicho cártel llegó a comprender el 90% de la exportación mundial del producto³⁰; el cártel desapareció en 1939 al iniciarse la Segunda Guerra Mundial.

A pesar de que desde la década de los 20's hubo un impulso por regular el fenómeno de los cárteles a nivel internacional, finalmente los Estados europeos prefirieron no regular a nivel internacional este fenómeno y optaron por dejar la regulación a nivel nacional. Al respecto, diversos Estados buscaban regular los cárteles sin necesariamente prohibir la existencia de ellos. Como se puede apreciar, aún no se consideraba que existiese un interés económico en común con el resto de los Estados europeos, lo cual si lograría verse años más adelante.

Alemania al ser la nación europea donde los cárteles tenían mayor apogeo, también fue la primera en regular la existencia de ellos. Por tal razón en 1923 crea la primera ley con la finalidad de declarar nulas las cláusulas de un acuerdo de cártel cuando estas servían como base para que los miembros del cártel abusaran de su poder económico. Posteriormente en 1930, se promulgó una ley con la que se buscó que el gobierno regulara los precios, quitando este poder de las empresas y en concreto de los cárteles, ello como una medida para controlar la inflación que se vivió en dicha época. Finalmente, en 1933 se promulgó una ley conocida como Ley de creación de cárteles a través de la cual el Ministro de Economía tenía la facultad de crear cárteles obligatorios para regular la producción e inversiones que afectaban la economía nacional³¹. Como se puede apreciar, el esfuerzo alemán se acotó a regular, y en cierta medida a controlar, la existencia de los cárteles, nunca se optó por prohibir su existencia.

30 Cfr. *Ibídem*, p. 35.

31 Cfr. Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, p. 75.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados europeos quedaron en su mayoría altamente afectados, por ello se buscó crear nuevamente el cártel del acero; en 1950 se buscó la creación de una organización con el fin de gestionar la producción del acero y del carbón lo cual quedó grabado en la Declaración Schuman. Dicha organización fue nombrada la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, la cual si bien no era reconocida como un cártel, en los objetivos de la declaración se aclaró que uno de los fines de la organización era el suprimir los acuerdos entre competidores (prácticas de cártel).³²

A mediados de la década de los 50's nuevamente se buscó la colaboración de los Estados europeos, por ello los Estados que originalmente formaron parte de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero firmaron en 1957 el Tratado de la Comunidad Económica Europea que entre sus objetivos se encontraba el crear un mercado común en el que las empresas de las distintas naciones europeas pudiesen realizar su actividad y competir sin verse discriminadas por cuestiones de nacionalidad. En este sentido, dicho tratado "para tutelar el mercado común frente a los comportamientos de los particulares, prohibía a las empresas restringir la competencia"³³. En dicho tratado ya se refleja el interés de los Estados europeos de formar y proteger un mercado común, frente a otros mercados comunes que se formaban en aquel entonces (i.e. EUA, India y China), de tal forma que dicha protección deriva en lo que se conoce como el derecho comunitario de defensa de la competencia.

El derecho comunitario de defensa de la competencia se encuentra previsto en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Económica Europea y fue evolucionando conforme el paso del tiempo. En un primer momento este derecho buscaba salvaguardar exclusivamente el mercado europeo y la cohesión que en el

32 Cfr. Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, p.78. El Tratado de París entró en vigor en 1952, y en sus artículos 65 y 66 se estableció la prohibición de acuerdos entre competidores, la regulación de las concentraciones y el uso de una posición dominante para fines contrarios a lo que se establecía en el tratado. El tratado estuvo vigente hasta el año 2002.

33 Cfr. *Ibídem*, p.79.

mismo existía, teniendo como medida principal el eliminar las barreras entre Estados creadas por los mismos competidores.

Un segundo momento surge entre las décadas de los 70's y 90's cuando se da un enfoque distinto a la finalidad que el derecho comunitario de defensa de la competencia tenía. En este momento se deja de buscar la sola protección de la unidad del mercado europeo y se busca la existencia de la competencia efectiva, es decir, en ese periodo se buscó la protección de la estructura de la competencia, protegiéndola contra el abuso de aquellos competidores que tenían una posición dominante en el mercado. En forma dual a la finalidad mencionada, este derecho tenía otra finalidad imprescindible, y es que se buscaba proteger al consumidor quien frecuentemente resultaba afectado tras la realización de las prácticas prohibidas por las normas europeas en materia de competencia.

Por último, la finalidad que persigue el derecho comunitario de defensa de la competencia nuevamente evolucionó y llegó a un tercer momento a partir de la década de los 90's hasta el día de hoy. En este sentido, se consideró que la finalidad de este derecho ya no debía ser la protección de la estructura de la competencia, sino darle protección al proceso de competencia entendido como "aquel proceso dirigido a obtener clientes mediante la oferta de mejores productos o mejores precios que los ofrecidos por los competidores"³⁴, esto después de que la Comisión Europea considerase que la visión anterior limitaba la competencia, pues al darle solo protección al competidor más pequeño frente aquel competidor internacional, resultaría en la desaparición de los pequeños competidores. De igual forma se continuó buscando la protección de la competencia efectiva la cual era una garantía del bienestar de los consumidores.

Como se puede observar a lo largo de este apartado, desde que surgieron los primeros acuerdos de cártel en Europa, la visión que se tuvo de ellos fue distinta a la forma en que se regularon en diversas latitudes (particularmente EUA). La

34 Cfr. *Ibídem*, p. 87.

regulación en materia de competencia fue un pilar fundamental para que se pueda crear la comunidad europea, por ello, aún cuando hace más de un siglo se permitió la existencia de cárteles, incluso llegando a tener cárteles de dimensiones internacionales, Europa llegó a definir un mercado común y sobre este, un interés que todos los Estados de la comunidad europea tenían y actualmente tienen, buscando, de forma paulatina pero concreta, la mejor manera para cuidar el mercado común, regulando conductas que afectan la competencia, buscando establecer salvaguardas para el proceso de competencia y logrando que el consumidor, partícipe de todo mercado, resulte beneficiado como consecuencia de una sana competencia, todo ello para alcanzar un bienestar económico que resultase benéfico para los Estados miembro de la comunidad europea.

1.1.3 Competencia Económica en México.

En las primeras constituciones del México independiente, desde la del año de 1824 y hasta la del año 1847, no se establecía disposición alguna por medio de la cual se regulará la materia de la competencia económica. Fue hasta la constitución de 1857 que se previó una regulación (a manera de prohibición) en materia de monopolios, si bien no se trataba de competencia económica como tal, si eran las raíces, en México, de lo que ahora sería una regulación más completa en la materia.

En este sentido, la Constitución de 1857, en su artículo 28, contemplaba de forma muy limitada la prohibición de los monopolios y los estancos³⁵:

“Art. 28 No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, y a los

35 Se puede entender por estanco “(...) el monopolio en favor del Estado ya fuera para elaborar o vender, en forma exclusiva, ciertos artículos como el tabaco y la sal, o bien, para explotar con igual privilegio, algunos servicios como el de correos, el de telégrafos, etc.” *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo IV, E-H, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 1982, p. 124.

privilegios que, por tiempo limitado conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora”

Como se puede apreciar del citado artículo, la prohibición no incluye las actividades de la acuñación de moneda, correos y los derechos de explotación otorgados por ley a inventores; toda vez que las anteriores eran actividades que a mediados del siglo XIX representaban gran importancia para el Estado, por lo que debía brindárseles una protección especial. De igual forma, del mismo artículo se aprecia, de manera muy sencilla, pero precisa, cierta protección que se busca dar a quienes generen innovaciones tecnológicas, una idea que incluso en la actualidad prevalece.

Posteriormente, la Constitución de 1917 retoma la idea planteada en el artículo 28 de la Constitución de 1857, expresando nuevamente la prohibición de monopolios y estancos, en esta ocasión la diferencia radicó en que al nuevo párrafo de la Constitución de 1917 se adicionarían las actividades de telégrafos, radiotelegrafía y emisión de billetes, como actividades que, dada su relevancia en la época para el marco económico mexicano, gozaban de protección especial.

El texto original del artículo 28 de la Constitución de 1917 vendría acompañado de tres nuevos párrafos, los cuales introducen al régimen jurídico mexicano nuevos conceptos íntimamente relacionados a lo que hoy se podría entender como competencia económica. El segundo párrafo del artículo 28 indicaba lo siguiente:

“En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de

transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”³⁶

Como puede observarse del segundo párrafo del artículo 28 citado, a diferencia de la Constitución de 1857, la Constitución del 17 ya reflejaba luces de conceptos que juegan un papel clave en el marco jurídico actual de la competencia económica, tales como el alza de precios, la libre concurrencia, los acuerdos entre competidores, así como los acuerdos exclusivos. Si bien, en la constitución no se definen cada uno de dichos conceptos (ni tiene que ser el medio en el que se definan) dicho párrafo remarcaba la importancia de evitar ciertas prácticas al ser enfático en que las mismas serían perseguidas y castigadas. Dichas prácticas se refieren a concentraciones cuyo objeto sea el alza de precios, actos que impidan la libre concurrencia, así como acuerdos entre competidores para evitar competir y subir precios o bien pactar exclusividades.

Los Constituyentes de 1917 entendieron que las actividades mencionadas en el segundo párrafo, ya citado, eran dañinas para el mercado, afectaban la competencia y las mismas tenían efectos adversos tanto para la economía nacional, al dañar los mercados impidiendo su crecimiento a partir de los acuerdos entre competidores, así como los efectos adversos que surgían de los acuerdos entre competidores para que se pagasen precios exagerados por el consumidor final, una práctica que sin duda alguna golpearía el bolsillo del consumidor.

El tercero y cuarto párrafos del artículo 28 de la Constitución de 1917, indicaban de forma clara y sucinta que los sindicatos, así como las asociaciones y sociedades de productores, que vendan directamente en mercados extranjeros los

36 Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *texto original*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf, consultado el 16 de octubre de 2019.

productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, no constitúan monopolios. Con este párrafo se permitió la unión de productores y empresarios con miras a expandir el mercado nacional a otras latitudes, acto que sin duda alguna sería importante para que de forma nacional se tuviese la oportunidad de competir contra aquellas transnacionales (como lo eran varias empresas de EUA) o bien, competir contra aquellas asociaciones que acaparaban el mercado mundial, como lo fue la Comunidad del Acero.

El texto del artículo 28 de la Constitución de 1917 ha sufrido 11 reformas³⁷ a la fecha, que sin duda alguna han implicado que el mismo se modifique substancialmente y con ello que se generen cambios a nivel constitucional en materia de competencia económica. En el presente trabajo solo mencionaré aquellas reformas que considero han tenido un impacto en el marco jurídico de la competencia económica en nuestro país.

A partir de la reforma del 3 de febrero de 1983, se adicionó a dicho artículo el concepto de “áreas estratégicas”, entendiendo como tales “(...) aquellas actividades económicas reservadas para uso exclusivo del Estado, a través de los organismos y empresas que requiera para su eficaz manejo, que ameritan esa categoría por razones de interés general necesario para el desarrollo económico del país, es decir, son aquellas funciones identificadas con la soberanía económica, los servicios a cargo exclusivo del gobierno federal y la explotación de bienes de dominio directo, que por su significado social y nacional se orientan por el interés general que sólo garantiza el manejo del Estado (...)”³⁸, dentro de dichas áreas se encuentran el petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos, entre otros. El concepto de áreas estratégicas, junto con

37 De conformidad con lo señalado en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados, Reformas Constitucionales por Artículo, actualizado al 12 de abril de 2019. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm, consultado el 03 de junio de 2020.

38 *Áreas estratégicas. Su concepto.* Tesis: 2^a. XLIV/2017 Segunda Sala, Registro núm. 2013961, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, Décima Época, t. II, marzo de 2017, p. 1382., consultado el 16 de octubre de 2019.

otros señalados en dicho artículo, implican la creación de un capítulo económico con el objetivo de fijar los fines de la rectoría del Estado a través del crecimiento económico. Con el paso del tiempo, se han modificado las actividades que forman parte de las áreas estratégicas, lo que ha permitido que nuevos competidores puedan participar en ellas; por ejemplo, a partir de la reforma energética de 2013 se permitió que particulares fueran capaces de participar en las actividades que forman parte de la cadena de valor del mercado de petrolíferos³⁹.

De igual manera, con la reforma de 1983 el primer párrafo del artículo 28 Constitucional fue adicionado y junto a la prohibición de los monopolios se adicionó la prohibición de las prácticas monopólicas. Al respecto, cabe mencionar que por monopolio se puede entender aquella situación de mercado en la que solo participa un competidor el cual tiene el poder de imponer precios y restringir la oferta y demanda; mientras que una práctica monopólica implica una “amplia gama de prácticas comerciales de los agentes económicos, que tienen como objetivo dañar las condiciones de competencia para reforzar su posición en el mercado y por ende, maximizar sus utilidades sin tener que bajar precios ni mejorar la calidad de sus productos”⁴⁰; mientras que el primero implica acaparar el mercado por un solo competidor, impidiendo que nuevos competidores sean capaces de figurar en él, el segundo concepto implica realizar prácticas tendientes a afectar la competencia y al mercado, lo cual solo sucede en un mercado en el que al menos existen dos o más competidores.

39 De conformidad con la Comisión Federal de Competencia Económica, las actividades que forman los eslabones de la cadena de valor son: origen, transporte, almacenamiento, distribución, expendio y comercialización, actividades en las que hoy en día diversos particulares compiten. Cfr. Palacios Prieto, Alejandra et. al., *Transición hacia mercados competitivos de energía: gasolinas y diésel*. Comisión Federal de Competencia Económica, México, 2019, p. 92 <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/01/CPC-GasolinasyDiesel-30012019.pdf#pdf>, consultado el 16 de octubre de 2019.

40 Ávalos Bracho, Marcos, *Transparencia y política de competencia*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2009, Cuadernos de transparencia, núm. 16, Glosario. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3210-cuadernos-de-transparencia-16-transparencia-y-politica-de-competencia>, consultado el 23 de octubre de 2019.

Algunos años después, el 24 de diciembre de 1992 se publicó la Ley Federal de Competencia Económica, ya vigente en 1993. Es de importancia mencionar que, a lo largo de la vida jurídica de nuestro país, han existido 3 leyes principales reglamentarias del artículo 28 constitucional en cuestiones de competencia económica. La primera de ellas es la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en materia de Monopolios publicada el 31 de agosto de 1934, dicha ley era tendiente al proteccionismo, por lo que promovía la intervención del Estado bajo el criterio de que debía prevalecer la protección de los intereses sociales sobre los particulares⁴¹. Lo anterior es evidente debido a que la definición de monopolio prevista en la ley del 1934 necesariamente implica “el perjuicio del público en general o de alguna clase social”⁴², además de establecer los supuestos jurídicos que indican cuándo se debe presumir la existencia de uno. De igual forma, en la exposición de motivos de dicha ley, se indicaba que la misma fue elaborada siguiendo los criterios del Plan Sexenal del Programa de Gobierno de aquella época, entre los cuales se encontraba “limitar la libre competencia”⁴³.

Después de la ley del 1934, la ley de 1992 sería la segunda ley reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica. Esta ley fue novedosa en diversos aspectos, ejemplo de ello fue que por primera vez se contempló la creación de un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía el cual velaba por el cumplimiento del marco jurídico en materia de competencia económica y que fue conocido como Comisión Federal de Competencia. Para cumplir con lo anterior, se servía de diversas herramientas de

41 Cfr. Peredo Rivera, Amílcar; *op. cit.*, p. 21.

42 Artículo 3º Para los efectos de la presente ley se entiende por monopolio toda concentración o acaparamiento industrial o comercial y toda situación deliberadamente creada, que permiten a una o varias personas determinadas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social. Diario Oficial de la Federación, viernes 31 de agosto de 1934, p. 1161. https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=193549&pagina=9&seccion=2, consultado el 23 de octubre de 2019.

43 Cfr. *Ibíd*, p. 1159.

prevención e investigación enfocadas en tres conductas distintas, a saber, los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones.⁴⁴

Como se puede observar, la Ley Federal de Competencia Económica de 1992 fue el primer ordenamiento mexicano que regulaba de forma exhaustiva y detallada la materia de la competencia económica, materia que resultó ser tan relevante que el legislador del 92 consideró necesario constituir una autoridad que fuese la encargada de velar por el cumplimiento de dicha ley. A través de los años la ley del 92 sufrió varias reformas, de entre las cuales destaca aquella del año 2011 a partir de la cual las sanciones previstas se incrementaron para ser más contundentes en contra de aquellos agentes económicos que cayeran en alguno de los ilícitos previstos en la ley.

Posteriormente, el 11 de junio de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) una reforma al artículo 28 Constitucional en virtud de la cual se establece a nivel constitucional una Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”), la cual abrogó la antigua Comisión Federal de Competencia prevista en la Ley Federal de Competencia Económica de 1992. A continuación, el párrafo décimo cuarto del citado artículo tras la reforma:

“El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre

44 Artículo 23 de la Ley Federal de Competencia Económica de 1992, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lfce_abro.pdf, consultado el 20 de octubre de 2019.

concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.”⁴⁵

Como se puede observar, la autoridad en materia de competencia económica deja de ser un órgano administrativo descentrado de la Secretaría de Economía para convertirse en un órgano constitucional autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio. De igual forma, las facultades y objetivos de la COFECE se prevén en dicho párrafo junto con las principales actividades que la misma regula. Cabe mencionar que a partir de esta reforma se incorporan a nivel constitucional diversos conceptos pertenecientes a la materia de competencia económica, lo que indica que el legislador consideró dotar de cierta relevancia a la materia de competencia económica al nivel de ser más específico en el apartado constitucional correspondiente. El mismo artículo prevé diversas facultades de las que gozará la COFECE por medio de las cuales ejerce su autonomía; de igual forma se establece el procedimiento en virtud del cual los comisionados que integran el pleno serán elegidos.⁴⁶

Un año después, el 23 de mayo de 2014, se publicó la nueva Ley Federal de Competencia Económica (la “LFCE”). Esta sería la tercera ley que se legisló en México con la finalidad de regular la materia de la competencia económica y la que hoy en día se encuentra vigente.

45 Artículo 28, Diario Oficial de la Federación, martes 11 de junio de 2013, p. 4, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_208_11jun13.pdf, consultado el 20 de octubre de 2019.

46 Algunos ejemplos de las facultades que tiene la Comisión Federal de Competencia Económica, previstas en el artículo 28 Constitucional son: *i*) dictar sus resoluciones con independencia, *ii*) ejercer el presupuesto de forma autónoma, *iii*) emitir su estatuto orgánico, *iv*) emitir disposiciones administrativas solo para el cumplimiento de su función regulatoria. *Cfr.* Artículo 28, Diario Oficial de la Federación, martes 11 de junio de 2013, p. 4. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_208_11jun13.pdf, 20 de octubre de 2019.

La LFCE regula diversas conductas y prácticas que afectan el proceso de competencia y al mercado. En este sentido, la LFCE heredó las conductas ya reguladas por las leyes del 34 y del 92, como lo fue la regulación de concentraciones, estableciendo la LFCE un procedimiento normal y un procedimiento abreviado en el cual los agentes económicos o empresas que quieran concentrarse, cumpliendo ciertos requisitos y rebasando umbrales específicos determinados en la LFCE, tendrían que notificarse ante la COFECE, la cual se encargará de determinar si la concentración tiene o no efectos nocivos en el mercado.

Continuando con las conductas previamente reguladas y que retoma la nueva LFCE, se encuentran las prácticas monopólicas absolutas y relativas. Tratándose de ellas la COFECE paulatinamente ha realizado investigaciones en diversos mercados, ha sancionado a agentes económicos que cometan dichas prácticas e incluso la misma COFECE ha tratado de establecer métodos novedosos y sofisticados para perseguir esas prácticas como lo es el programa de inmunidad y reducción de sanciones, que básicamente implica que aquel agente económico que haya cometido alguna práctica sancionada por la LFCE puede acogerse a dicho programa revelando la manera en la que este actuó y de conformidad con la información proporcionada la COFECE considera si el agente se puede ver beneficiado al recibir una reducción en la sanción que originalmente deba aplicársele.

A diferencia de la ley del 34 y de aquella del 92, la LFCE establece sanciones más sólidas contra aquellos agentes económicos que caigan en alguna de las diversas conductas sancionadas por la ley. En este sentido, las sanciones aplicables pueden ser en el caso de las concentraciones, la desincorporación de activos, o en el caso de la realización de prácticas monopólicas, el establecer multas hasta por el diez por ciento de los ingresos de los agentes económicos involucrados. De forma paralela la LFCE prevé sanciones no solo para aquellas empresas o personas morales involucradas, sino que permite, bajo la debida investigación y

con la motivación y fundamentación adecuada, la aplicación de sanciones a personas físicas.

Como se puede apreciar a lo largo de este apartado, la forma en la que se ha regulado la competencia en México ha ido evolucionando a tal grado de pasar de una prohibición meramente constitucional, como aquella en contra de los monopolios prevista en la Constitución de 1857, a tener un órgano constitucional autónomo que vele por el proceso de competencia. En este sentido, es innegable notar que el marco jurídico mexicano en materia de competencia económica ha sido fuertemente influenciado por aquellos Estados que sin duda avanzaron en su tiempo a pasos agigantados en esta materia como lo es EUA y los Estados de la Unión Europea (“UE”).

Lo anterior es evidente al ver que las conductas reguladas, como lo son los procedimientos de notificación de concentraciones fueron medidas adoptadas en EUA y la UE para controlar la unión entre empresas. Medidas que eventualmente se adoptaron por el marco jurídico mexicano. Lo mismo sucedió con la regulación aplicada a los acuerdos entre competidores y en general a cualquier práctica que implicase competencia desleal, pues de la forma en que se reguló en EUA y la UE, México aprendió los pilares de su buena regulación y los adecuó al contexto nacional, dando como resultado lo que hoy en día es un marco regulatorio en la materia, que si bien tiene oportunidades para continuar salvaguardando el proceso de competencia y los consumidores, es un marco regulatorio sólido y previsto a nivel constitucional.

1.2 Competencia Económica

1.2.1 Definición y alcance del concepto la Competencia Económica

Con la finalidad de lograr acotar con la mayor extensión posible la definición y alcance del concepto de competencia económica, es necesario partir de las bases

etimológicas de dicho concepto y desde entonces ver la construcción que se ha dado del mismo. El concepto se formula de dos términos; el primero proveniente del latín, *competere* que se puede entender como “contender aspirando a una misma cosa”⁴⁷ y de dicha acepción deriva el término *competitio* entendido como “la concurrencia múltiple de peticiones sobre una cosa a la que hay que adjudicar un dueño”⁴⁸; así como de un segundo término que proviene del griego *oikonomikos* que significa lo “relativo a la administración de una casa”⁴⁹.

En este sentido, el término competir desde su acepción en latín ya refería a la idea de diversos elementos que convergen hacia una misma dirección ocasionando un roce entre ellos. De tal forma, que la competencia económica se refiere a diversos elementos, mejor conocidos como agentes económicos, que pertenecen al mismo nivel de la cadena de valor, los cuales tienen una finalidad similar, consistente en abarcar un mayor mercado mientras aumentan su utilidad. En este caso, hay competencia cuando en un mercado diversos competidores que están dentro de él buscan incrementar su participación de mercado; en un segundo caso, también se puede hablar de competencia cuando existen agentes económicos que buscan la oportunidad de ingresar a un mercado. En el primer caso mencionado se dice que hay una competencia en el mercado, mientras que el segundo caso hace referencia a la competencia por el mercado.

En un sentido más estricto, avocándose a un campo económico, la competencia implica que diversos oferentes, generan una rivalidad entre sí que deriva de la búsqueda de nuevos clientes y de incrementar sus utilidades. Este sentido estricto es la forma en que tradicionalmente se ha entendido la competencia económica, que de conformidad con la Comisión Europea, esta “implica la presencia de un gran número de firmas que producen productos similares. Con el fin de incrementar sus utilidades, las firmas compiten para adquirir participación de

47 Corominas, Joan (coord.), *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3º ed., Madrid, España, Editorial Gredos, 1987, p. 163.

48 Ginebra Serrabou, Xavier, *op.cit.*, p. 90.

49 Corominas, Joan, *op. cit.*, p. 223.

mercado a través de la baja de los precios e innovación, tanto en el diseño de productos como en la tecnología de innovación⁵⁰. Como se puede observar, la competencia será mayor cuando en el mercado exista un mayor número de jugadores que actúen independientemente uno del otro, teniendo cada uno de ellos la meta de incrementar sus utilidades.

En México, aún cuando no existe una definición en ley de lo que deba entenderse por competencia económica, la Comisión Federal de Competencia de 1992 entendió la competencia económica como la “rivalidad entre empresas que participan en un mercado aplicando sus mejores estrategias de manera que pueden minimizar sus costos, maximizar sus ganancias y así mantenerse activas e innovadoras frente a otras empresas rivales”⁵¹. Posteriormente, la COFECE a través de una infografía entendería a la competencia como “el esfuerzo que realizan dos o más personas, comercios o empresas, para ofrecer más opciones de productos y servicios, de mayor calidad y a mejores precios”⁵² Comparando la definición de la COFECE, con aquella de la Comisión Europea, se encuentran elementos comunes.

Los elementos en común implican que: *i*) existe una multiplicidad de jugadores en el mercado, *ii*) la finalidad última de un competidor en el mercado es incrementar su participación de mercado y con ello sus utilidades y *iii*) la innovación y reducción de precios representa para el competidor un motor para no rezagarse en el mercado. Estos elementos comunes, implican en un primer momento que la definición de competencia es similar en distintas latitudes; y en un segundo momento, que dada la concepción en común que se tiene sobre la competencia económica, la forma en que se regula es similar. Lo anterior queda evidenciado en

50 Cremer, Jacques, *Competition policy for digital era*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2019, p. 19. (traducción propia).

51 *La competencia económica*, México, Comisión Federal de Competencia, p. 3 <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/1acompetenciaeconom.pdf#pdf>, consultado el 28 de octubre de 2019.

52 ¿Qué es la competencia?, México, Comisión Federal de Competencia Económica, 2018, <https://www.cofece.mx/que-es-la-competencia/>, consultado el 28 de octubre de 2019.

la primera sección del presente capítulo al ver la forma en la que se reguló esta materia en distintos países.

1.2.2 Objetivos y fines de la Competencia Económica

En el momento en el que todos los participantes de un mercado actúan de forma prudente, los engranes de la competencia económica comienzan a moverse y generan efectos que resultan benéficos para el mismo proceso de competencia, para los consumidores y para la economía en general. En teoría, dichos efectos benéficos son los objetivos o fines que continuamente se persiguen con el proceso de competencia, sin embargo, los competidores de un mercado no siempre actúan de forma prudente, impidiendo que se generen los efectos deseados.

Algunos de los efectos deseados que aparecen cuando la competencia económica es eficiente, son los siguientes:

- 1.- Existe una reducción en los precios de los bienes y servicios para el consumidor. Es decir, que los precios convergen hacia los costos marginales. Si el proceso de competencia se ve afectado, es probable que haya un mercado segmentado con pocos competidores que puedan elevar los precios sobre esos productos o servicios.
- 2.- Se promueve la productividad. La competencia económica genera incentivos a las empresas competidoras para que desarrollen nuevas tecnologías y mejoren la productividad por medio de tres canales⁵³: *i)* la comparación del desempeño de los directivos entre empresas, lo que obliga a estas últimas a incrementar sus esfuerzos y a desarrollar cierto prestigio social por su producto o servicio, *ii)* el hacer a la eficiencia más rentable y la ineficiencia más riesgosa, es decir, si hay

53 Cfr. Castañeda Sabido, Alejandro, *Los grandes problemas de México, microeconomía*, México, El Colegio de México, 2010, p. 127.

elasticidad en la demanda⁵⁴ las empresas con menores costos de producción tienen la oportunidad de incrementar su participación de mercado y las empresas con mayores costos reducen su participación de mercado y *iii)* incrementar esfuerzos para mejorar los productos evitando la ineficiencia de una empresa y con ello la quiebra.

3.- Se introducen incentivos para que las empresas que compiten atraigan nuevos clientes a través de la reducción de precios y el mejoramiento de productos.

4.- Se disciplina el mercado. Es decir, que los agentes económicos entienden el riesgo de su inversión en la creación de un producto o servicio y lo trasladan al precio de forma proporcional.

5.- Se reducen los márgenes de utilidad de las empresas. La competencia económica genera que haya más competidores en un mercado, lo cual implica que habrá más variedad de un mismo producto y menos movilidad del precio. Esto evita que uno o unos pocos competidores tengan poder sustancial de mercado⁵⁵ y puedan modificar precios conforme a sus intereses.

6.- Promueve el crecimiento económico.

En el plano teórico, los efectos antes mencionados aparecen cuando el mercado es cien por ciento funcional y hay una competencia económica eficiente. Sin

54 *Cfr.* Peredo Rivera, Amílcar, *op.cit.*, p. 5. La elasticidad de la demanda indica cuánto varía la cantidad demandada de un bien cuando varía su precio. En este caso, existirá elasticidad en la demanda cuando la cantidad demandada del bien responde a las variaciones del precio.

55 *Cfr. Poder Sustancial de Mercado*, México, Comisión Federal de Competencia Económica, 2018. Por poder sustancial de mercado la COFECE entiende aquella situación en la que “una empresa tiene la capacidad de fijar precios y/o restringir la oferta de bienes y servicios sin que pueda haber una reacción competitiva de alguna otra empresa para contrarrestarlo”. Es importante observar que el poder sustancial de mercado puede traer beneficios al mercado, pero se vuelve dañino cuando un agente económico abusa de su poder para desplazar a otras empresas en el mercado. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/09/Infografia_PoderSustancial_Vertical.jpg, consultado el 29 de octubre de 2019.

embargo, en la praxis los agentes económicos que participan en un mercado son susceptibles de realizar prácticas anticompetitivas que impiden que se alcancen dichos efectos y pasan a convertirse en los fines que la competencia económica busca alcanzar. Cuando lo anterior sucede y no se logra una competencia en el mercado sin prácticas nocivas para el mismo, el gobierno interviene a través de las políticas de competencia⁵⁶.

Al no existir procesos de competencia que sean cien por ciento puros y libres de prácticas que puedan dañarlos, no siempre se obtienen los efectos teóricamente planteados; por ello los efectos de la competencia económica pasan a ser los fines u objetivos que constantemente se buscan alcanzar en un mercado determinado, y dado que dichos efectos son benéficos, el Estado procura crear programas para cuidar el proceso de competencia evitando prácticas monopólicas que puedan dañarlo.

1.2.2.1 Competencia perfecta y competencia imperfecta

La política de competencia, junto con otras regulaciones del Estado, influirá de manera decisiva en la forma en que se estructura el mercado. Ello implica que dependiendo de qué tan rigurosa o laxa sea la política aplicada, el mercado se verá afectado de tal forma que existirá un mayor o menor número de competidores con el poder para modificarlo; y dependiendo de la fuerza que ellos tengan, se podrá hablar de diversas estructuras de mercado que van desde la competencia perfecta, la imperfecta, el monopsonio, el oligopolio, la competencia monopolística y la cara totalmente opuesta, el monopolio.

56 Cfr. *La Competencia Económica*, Comisión Federal de Competencia, México. La ya extinta Comisión Federal de Competencia entendía que la política de competencia tenía como propósito promover al máximo la rivalidad entre empresas. Con ello busca que los agentes económicos se esfuerzen por mejorar el uso de recursos para producir bienes y servicios, y de perfeccionar e innovar en la calidad y variedad de éstos, con la finalidad de que reditúen en mejoras en competitividad y más beneficios para los consumidores. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/1lacompetenciaeconom.pdf#pdf>, consultado el 29 de octubre de 2019.

En este sentido, se habla de competencia perfecta cuando dos elementos convergen “(1) el precio de cada producto es su costo de producción, dando a los productores y vendedores únicamente suficiente ganancia para mantener la inversión en la industria; y (2) cada persona dispuesta a pagar dicho precio estará en posibilidades de hacerlo”⁵⁷. Lo anterior hace referencia a una situación en la que los productores o empresas responden a lo que desean los consumidores, mientras están en competencia con otras empresas y buscan la reducción de sus precios. La competencia perfecta es un ideal de estructura de mercado que se busca alcanzar a través de las políticas de competencia y su regulación normativa; pero, es difícil decir que existen una variedad de mercados donde la competencia sea perfecta.

Se dice que se deben cumplir una serie de condiciones a partir de las cuales la estructura de mercado se caracteriza por tener una competencia perfecta⁵⁸. Dichas condiciones consisten en: *i*) la existencia de una multiplicidad de agentes económicos, es decir, tanto oferentes como demandantes, *ii*) la cantidad de bienes demandados y ofrecidos por cualquier demandante u oferente es tan pequeña comparada al tamaño de mercado que una alteración en ella no afecta los precios del mercado, *iii*) todos los oferentes producen productos altamente similares y todos los demandantes tienen exigencias altamente similares, *iv*) los agentes económicos del mercado conocen a la perfección el precio y naturaleza del producto y *v*) no existen barreras a la entrada y salida del mercado. Estas condiciones generan que los intereses de los consumidores sean los que controlen las fuerzas del mercado.

El lograr que las condiciones mencionadas se reproduzcan de forma simultánea para alcanzar la competencia perfecta es una tarea que se busca a través de las políticas de competencia y el derecho de la competencia, por ello es que se vuelve

57 González de Cossío, Francisco, *Competencia*, México, Editorial Porrúa, 2017 p. 57.

58 En esta ocasión, respecto a las condiciones necesarias para lograr competencia perfecta, seguimos la línea de pensamiento planteada por el Lic. Amílcar Peredo Rivera, *op. cit.*, p. 6.

complicado el hablar de estructuras de mercado caracterizadas por una competencia perfecta.

La siguiente etapa a la competencia perfecta es la competencia imperfecta. Ésta se caracteriza por ser un mercado en donde los competidores, contrario a lo que pasa en la competencia perfecta, tienen cierto poder sobre los precios de los productos en el mercado, es decir, que tienen la capacidad de modificar los precios o modificar la oferta del producto o servicio. Dependiendo del grado de poder en que un competidor pueda modificar los precios se puede hablar de mercados imperfectamente competitivos clasificados en monopolios, monopsonios, oligopolios y competencia monopolística.

En la sección anterior del presente capítulo se observó lo que se entiende por monopolio, siendo aquella situación de mercado totalmente opuesta a la competencia perfecta, en la que solo existe un competidor (oferedor) en el mercado. Cuando en un mercado existen diversos oferedores pero un solo demandante (consumidor) se conoce como monopsonio.

El oligopolio puede ser entendido como aquella situación de mercado en la que existen pocos vendedores. En este sentido, existe disidencia en el ámbito teórico, pues hay posturas que consideran que el oligopolio es una situación de mercado en la que hay pocos participantes interdependientes entre sí⁵⁹ o bien, una situación de mercado donde solo hay pocos vendedores⁶⁰, sin considerar los pocos o muchos agentes económicos que puedan existir. En cualquier caso, no existe una conclusión en donde se decida cuánto es lo que deba entenderse por pocos vendedores o participantes en un mercado, siendo el número mínimo para que exista un oligopolio, al menos 2 vendedores.

59 Cfr. *Ibídem*, p. 9.

60 Cfr. González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, p. 78.

Finalmente, la competencia monopolística, es aquella que más se acerca a la competencia perfecta, pues en la primera sí existen diversos competidores (oferentes) y se caracteriza por competir a través de productos que no son iguales entre sí, pero pueden ser sustituidos uno por otro. En este caso, los competidores tienen una participación de mercado más o menos homogénea que no les permite llegar a tener un poder sustancial en el mercado.

Como se aprecia, dependiendo de la regulación que se aplique, así como la dureza o flexibilidad de las leyes de competencia, la estructura de mercado podrá acercarse a tener una competencia perfecta o se irá deteriorando hasta llegar a los monopolios.

1.2.3 Definición de libre competencia y libre concurrencia

El artículo 28 Constitucional prevé la protección a la competencia y la libre concurrencia, ya sea desde la prohibición de conductas que puedan afectarlas de manera nociva, hasta la creación de dos órganos autónomos (la COFECE y el Instituto Federal de Telecomunicaciones “IFT”) que tendrán entre sus objetivos: eliminar las barreras a la competencia y libre concurrencia.

De igual forma, la LFCE al ser la ley reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, establece en su artículo 2º que su objeto consiste en garantizar la libre concurrencia y la competencia económica. Sin embargo, ni en la Constitución, ni en la LFCE o reglamentos se define lo que deba entenderse por libre competencia y libre concurrencia, conceptos que suelen ser tan apegados uno al otro que se tornan difíciles de distinguir.

En este sentido, la libre competencia puede ser entendida como el derecho que tiene todo individuo a competir en el mercado sin que existan elementos que impidan una sana competencia (*i.e.* barreras a la competencia y prácticas monopólicas). Apoya lo anterior la definición del Diccionario Jurídico Español el

cual define la libre competencia como el “sistema en el que el precio de los bienes y servicios es acordado mediante el libre consentimiento de quienes intervienen en el tráfico económico, con arreglo a las leyes de la oferta y la demanda”⁶¹. Conforme a dicha definición, la libre competencia implica que los agentes económicos participes de un mercado decidirán los precios, de conformidad con las leyes del mercado, sin que existan elementos que puedan favorecer a unos cuantos competidores.

Por otro lado, la libre concurrencia puede ser entendida como el derecho que tiene cualquier persona de poder ingresar a competir en el mercado, es decir, la facilidad que tendrá para acceder a un mercado sin que existan barreras a la entrada⁶². En este sentido, la libre concurrencia se puede entender como “la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en alguna actividad económica como comprador o vendedor, con plena libertad de decidir cuándo salir y entrar del mercado, y sin que alguien pueda imponer condiciones en las relaciones de intercambio”⁶³.

Conforme a lo anteriormente mencionado, en ambos derechos se habla de la participación de una persona en el proceso de competencia, es decir, hay similitudes que comparten, por ejemplo, en ambos la principal amenaza existente para su pleno goce y disfrute es la existencia de barreras que impidan la entrada al mercado y la sana competencia. De igual forma la principal diferencia existente entre ambos derechos radica en que el ejercicio del derecho de la libre competencia implica que un agente económico participa plenamente en el

61 *Diccionario del español jurídico*, Real Academia Española <https://dej.rae.es/lema/libre-competencia>, consultado el 31 de octubre de 2019.

62 El artículo 2º de la LFCE define las barreras a la competencia y la libre concurrencia como “cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los Agentes Económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados; que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno que indebidamente impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia”.

63 *Invalidez de las reformas a las leyes federales de telecomunicaciones y de radio y televisión*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 41, p. 24.

mercado, es decir, que ya está dentro del mercado y cuenta con los elementos para permanecer en él; mientras que la libre concurrencia es el derecho que tiene cualquier individuo para poder ingresar a competir a un mercado. Como se observa el primero implica estar dentro del mercado sin que existan barreras a la competencia, mientras que el segundo implica estar fuera del mercado y poder ingresar a él sin que existan barreras a la entrada.

1.3 Mercado

A lo largo del presente capítulo se ha hablado de la evolución histórica que ha sufrido la competencia en el mercado, el papel que juegan los agentes económicos (principalmente oferentes y demandantes) dentro del mismo e incluso se han mencionado las estructuras de mercado que pueden existir dependiendo del número de agentes económicos que intervengan, pero no se ha dado una definición clara de lo que pueda entenderse por mercado.

1.3.1 Definición y alcance del concepto de mercado.

En este sentido, es importante considerar que existen múltiples acepciones de lo que pueda entenderse por el concepto de mercado⁶⁴ y la definición puede ser modificada de conformidad con la teoría económica o autor que se lea. Siguiendo el tema de la presente tesis, los estudiosos de la economía suelen considerar que la competencia y sus múltiples efectos se conciben principalmente en las economías denominadas “de mercado”⁶⁵. Por ello se busca presentar una definición del concepto de mercado que juegue un papel dentro de las economías de mercado.

64 Ramos Espinosa, Ignacio, considera el mercado como la “Relación que existe entre quienes ofrecen y quienes demandan o solicitan productos y satisfactores. Esta relación puede darse en un lugar específicamente designado para ello o puede realizarse a través de los medios de comunicación. Lugar físico o ideal, donde coinciden las fuerzas de la oferta y la demanda para establecer los criterios del intercambio a través del mecanismo del precio”. En *Introducción a la teoría económica*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 245.

65 Cfr. Guerrien, Bernard, *Microeconomía, una presentación crítica*, Madrid, España, Maia ediciones, 2008, p. 31.

Una forma sencilla de considerar la economía de mercado es aquel sistema en el que “las decisiones sobre la producción y el consumo las toman los productores y consumidores”⁶⁶, es decir, que este tipo de economía se ve caracterizado por que no existe una institución o autoridad central que decida quién produce, cuánto se produce y dónde se vende; ya que cada competidor (productor/vendedor) es quien decide conforme a sus propios intereses cuánto producir/vender; y cada consumidor decide cuánto comprar rigiéndose por sus intereses. Caso contrario es la economía centralizada, que se caracteriza por la existencia de una institución que centraliza la toma de decisiones sobre quién produce y quién compra. Finalmente, se habla de economía mixta cuando el Estado interviene directamente en la regulación de ciertos mercados específicos, y de forma paralela hay mercados que no necesariamente cuentan con una regulación tan rigurosa por parte del Estado.

La economía de mercado se encuentra fundamentada en las ideas de libertad en donde los agentes económicos se mueven conforme a sus intereses y concurren en lo que se denomina mercado. El mercado, desde esta perspectiva, es un “mecanismo que permite concertar las voluntades de vendedores y compradores para fijar el valor de las mercancías y lograr el intercambio”⁶⁷; este concepto de mercado permite que la interacción surja aún cuando no existe un lugar físico donde se de la interacción, de igual forma, toma en consideración la voluntad o intereses de los agentes económicos los cuales en su interacción determinarán el valor del producto, lo cual tendrá como consecuencia la transacción entre ellos.

1.3.2 Características y tipos de mercado

Una vez que se tiene un acercamiento al concepto del mercado dentro de una economía de mercado, se pueden distinguir algunas de sus características. La primera de ellas es la existencia de un precio en dinero, es decir, los productos y

66 Krugman, Paul, *Introducción a la economía, microeconomía*, España, Editorial Reverté, S.A., 2006, p. 2.

67 Ramos Espinosa, Ignacio, *op. cit.*, p. 90.

servicios que pasan de un individuo a otro tienen un precio que representa su valor. Lo que diferencia este mercado de un intercambio común, es la existencia del dinero que sirve para cubrir el precio del producto y que a su vez es reconocido por todos los participantes del mercado.

Una segunda característica del mercado, es la existencia de múltiples jugadores, ya que la simple presencia de un oferente y un demandante sería un simple intercambio, pero la existencia de diversos oferentes y demandantes es lo que da pie al mecanismo del mercado para poder interactuar entre sí. Lo anterior sin importar que se trate de un oferente y múltiples demandantes o un solo demandante y múltiples oferentes, ya que ello solo cambia el tipo de mercado, como se verá más adelante.

Una tercera característica del mercado, dentro de la economía de mercado, es la función que tiene libre de cualquier autoridad-institución que determine elementos esenciales del mismo (precio, producción, oferentes y demandantes). Hay que distinguir que en una economía de mercado la autoridad establecida por el gobierno buscará regular el mercado para evitar prácticas colusorias o ilícitas que puedan dañarlo, más no podrá incrementar o acotar la oferta y demanda del mismo.

Aunado a las características mencionadas, en la praxis el mercado adopta diversas formas que pueden ser clasificadas dependiendo del lente que se use para su clasificación⁶⁸:

1.- Mercados de artículos de consumo y mercado de bienes de producción. Esta clasificación surge tomando en cuenta el tipo de bienes que se oferten o se demanden.

68 Cfr. Caro Carretero, Raquel, *Introducción a la economía, cien preguntas clave y sus respuestas.*, Madrid, España, Editorial Dykinson, 1997, pp. 114-115.

2.- Mercados locales, regionales, nacionales o mundiales. Esta clasificación se crea considerando el ámbito geográfico del mercado.

3.- Mercados permanentes, semanales, mensuales o anuales. Esta clasificación se crea al tomar en cuenta la periodicidad del mercado.

4.- Mercados libres o intervenidos. Esta clasificación considera el grado de intervención del gobierno de tal forma si éste juega un papel determinante en la fijación del precio, de la oferta y demanda; y se pierda la autonomía del mercado se está frente a un mercado intervenido.

5.- Mercados transparentes o con fricciones. Esta clasificación surge bajo la óptica de la estructura interna del mercado, en el que el principio de unicidad del precio (el mismo precio a un determinado bien) rige el mercado o bien, se rige por el principio de no formarse un precio único.

6.- Mercado normal o forzado. Surge esta clasificación si el precio se crea sin la intervención de uno o varios sujetos en particular; si existe dicha intervención para establecer el precio, entonces se está ante un mercado forzado.

7.- Mercado en competencia perfecta, imperfecta, oligopsonio, monopsonio y monopolio. Esta clasificación atiende al número de sujetos que intervienen en el mercado, ya sea como oferentes o bien como demandantes. Como se explicó anteriormente, el grado de competencia que exista determinará si se está frente a una estructura de mercado de competencia perfecta o bien, del otro lado de la moneda, frente a un monopolio.

Como se puede observar a lo largo del presente apartado, el mercado es el lugar en el que se lleva a cabo el proceso de competencia. El papel que tendrá la autoridad de competencia será el de un regulador, a fines de cuidar el proceso en sí mismo, más no delimitará la oferta y demanda ni mucho menos establecerá

precios al consumidor. En este sentido, es relevante mirar hacia los mercados digitales y entender que el mercado ya no se trata de un lugar físico o delimitado, como se tiende a pensar, sino como un mecanismo en el que surge una interacción entre oferentes y demandantes, que con ayuda de los medios de comunicación, se incrementa exponencialmente el número de competidores que puedan intervenir en él y con ello las potenciales prácticas que puedan dañarlo.

Capítulo 2: Plataformas digitales

2.1 Plataforma digital

Como se ha observado en el capítulo anterior, la competencia económica es un pilar a partir del cual se busca el desarrollo de un mercado. Los efectos que la competencia genera hacia el mercado y los consumidores finales son tales que se vuelve importante para cualquier Estado crear autoridades regulatorias que busquen una sana competencia.

El mercado al no limitarse a un lugar físico crea interacciones entre oferentes y demandantes a partir de diversos medios, uno de ellos conocido como internet. En este sentido, las interacciones en el mercado pasan a darse por medio de una modalidad conocida como *e-commerce* entendido como “la compraventa o intercambio de bienes o servicios a través de medios electrónicos”⁶⁹ para posteriormente crear un nuevo medio a través del cual realizar dichas transacciones, las plataformas digitales. Si bien existían reservas respecto a la lentitud con la que se daría la evolución del comercio electrónico⁷⁰, los datos duros demuestran que la sociedad avanzó en México y cada día interactúa más por medios digitales (de 2009 a 2017 el valor del comercio electrónico en México, el cual no desglosa aquel realizado en plataformas digitales, ha tenido un incremento gradual, creciendo de 2016 a 2017 en un 20%⁷¹) y realiza los actos comerciales que considere pertinentes a través de diversas plataformas digitales.

69 Oropeza, Doris Karina, *La competencia económica en el comercio electrónico y su protección en el sistema jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 2.

70 Cfr. Montaño Sánchez, Francisco Arturo, basta señalar que por el año 2007 se consideraba como limitantes al comercio electrónico la falta de confianza que existía hacia esta modalidad de comercio (comparada con el comercio tradicional) y la falta de confianza hacia el uso de nuevas tecnologías. En *Comercio electrónico, guía para el mercado nacional y de exportación*, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007, p. 17.

71 *Estudio de Comercio Electrónico en México 2018*, México, Asociación de Internet.Mx, 2018, p.6.

2.1.1 Definición y alcance del concepto de plataforma digital

Diariamente el uso de internet implica conectarse a diversas plataformas digitales para realizar múltiples actividades. Dichas plataformas se han convertido en la base a través de la cual un individuo realiza su día a día en línea. En este sentido, hay plataformas digitales de diversos tipos; plataformas de búsqueda como lo es *Google*, que es el medio principal por el cual la gente en Europa y Occidente busca información y contenido en internet; plataformas que permiten conectar y comunicar a las personas en un ámbito social, como lo es *Facebook/WhatsApp* que cuentan con 2.6 billones de usuarios a nivel global; o bien, hay plataformas para realizar primordialmente actos de comercio como lo sería *Amazon*, que es el medio principal por el cual la gente compra bienes en internet⁷².

Como se observa, las plataformas digitales aparecen en muchas ocasiones en un día cotidiano para apoyar al individuo a lo largo de su día. A pesar de la magnitud que las mismas tienen, es difícil imaginar un escenario en el que alguien se detenga a pensar qué son estas plataformas y qué impacto tienen dentro de un marco de competencia económica. En consecuencia, las autoridades de competencia de México, y de otras jurisdicciones, han comenzado a analizar los efectos que las plataformas digitales tienen en los mercados, ya sea desde actos de concentración o bien al realizar prácticas monopólicas absolutas o relativas.

Para alcanzar a entender el papel que las plataformas digitales tienen dentro de la competencia económica, es importante entender qué son. Una plataforma digital es aquella en la que “un producto, servicio o contenido es adquirido y/o provisto utilizando una aplicación de *software* a través de una conexión digital”⁷³. La principal tarea que una plataforma digital tendrá, por muy sencilla que ésta pueda ser, consiste en agregar distintos bienes, servicios o incluso contenido digital, para ofrecerlo a consumidores a través de un mismo espacio, es decir, la plataforma

72 Cfr. Cremer, Jacques, *op. cit.*, p. 13.

73 Palacios Prieto, Alejandra et. al., *Repensar la competencia en la economía digital*, México, Comisión Federal de Competencia Económica, 2018, p. 9.

será el área a través de la cual mediarán los proveedores y consumidores conectados a internet⁷⁴.

Considerando que la tarea de la plataforma digital consiste en comunicar y enlazar, a través de internet, a diferentes grupos de usuarios, se pueden mencionar algunos ejemplos de plataformas como son: redes sociales, motores de búsqueda, servicios de distribución de audio y video, *marketplaces* (como se define más adelante), comunicación para chats, llamadas y video-llamadas, entre otros.

Entendida la tarea que realiza una plataforma digital, se debe diferenciar ésta de cualquier compra de bienes/servicios a través de un sitio web considerado como un canal de ventas adicional al modelo de negocio tradicional, y el cual no es intermediario entre diferentes usuarios. Entre dichos sitios web podemos encontrar a aquellos dedicados al *e-commerce* (como lo podría ser los sitios web de *Liverpool*, *Zara*, *Palacio de Hierro*) o bien, las páginas de bancos exclusivas para servicios del banco en cuestión.

Como se observa de lo anterior, en términos simples la plataforma digital es el intermediario entre un vendedor y un comprador. Este tipo de plataformas son la base de tres modelos de negocios distintos⁷⁵:

i) Modelo de suscripción, en el que hay un proveedor que ofrece un servicio y un grupo de usuarios que paga por ese servicio (e.g. *Netflix* o *Spotify*); *ii)* Modelo de anuncios, en el que el servicio se ofrece sin costo al usuario o consumidor, pues la plataforma obtiene ganancias a través de la publicidad mostrada a los usuarios (e.g. *Facebook*) y *iii)* Modelo abierto, este tipo de plataformas funcionan como un mercado pues sirven de intermediarios entre diversos proveedores y diversos

74 Cfr. *Repensar la competencia...*, cit., p. 10. Cabe mencionar que las plataformas digitales abarcan un amplio espectro de actividades, como los motores de búsqueda, las tiendas en línea o plataformas que son intermediarias entre un comprador y un vendedor.

75 Cfr. *Ibídem*, p. 16.

consumidores (e.g. *eBay, Alibaba*). En este sentido, una plataforma digital obtiene ingresos al cobrar ciertas comisiones ya sea a un grupo de usuarios de alguno de los lados de la plataforma, o bien, de la venta de espacios publicitarios, de datos y de su analítica; pero la regla general es que las plataformas digitales no prestan el servicio o realizan la venta, solo conectan a quien lo hace con quien lo requiere.

En el último modelo de negocio mencionado, se pone particular énfasis a las plataformas de dos lados, que son aquellas que conectan dos diferentes y bien identificados grupos de usuarios (oferentes/consumidores). Este tipo de plataformas digitales implican un beneficio para ambos grupos, que surge de la interacción entre ellos; es decir, el beneficio de un lado de la plataforma depende de quién participe del otro lado de la plataforma. El beneficio para ambos grupos no podría surgir a menos que exista un intermediario (la plataforma) que les permita interactuar. Actualmente el término “plataforma de dos lados” es usado de manera estándar en la literatura, sin embargo muchas plataformas tienen más de dos lados y suelen denominarse como plataformas de varios lados⁷⁶. Ejemplo de las plataformas de dos lados son aquellas dedicadas al transporte (e.g. *Uber, Didi, Cabify*, etc.) pues por un lado de la plataforma se conectan conductores y por el otro lado se conectan usuarios de transporte.

Existen distintos tipos de plataformas, y en la medida en que las plataformas no son heterogéneas, compiten a través de diversos aspectos. En este sentido, hay plataformas que, para mantenerse en competencia con el resto y no perder su posición de mercado (principalmente las plataformas de contenido como *YouTube*), apuntan sus baterías a la realización de contenidos en los que los usuarios perciben la calidad de los mismos, y la presencia de dichos usuarios atraerá más anunciantes, quienes pagarán a la plataforma por publicidad. También existen plataformas en las que la manera en la que mantienen cierta posición de mercado es a través de los usuarios (principalmente las plataformas digitales usadas como redes sociales, por ejemplo *Twitter, Facebook*, etc.), es

76 Cfr. Cremer, Jacques, *op. cit.*, p. 21.

decir, usuarios nuevos son atraídos por la presencia de otros usuarios, cuando esto sucede, los anunciantes se ven atraídos por la presencia de dichos usuarios y finalmente pagan a la plataforma por su publicidad. Hay plataformas digitales que buscan que los usuarios de un lado sean compatibles con los usuarios del otro lado de la plataforma (*matching*). Este tipo de plataformas son las verdaderas plataformas de dos lados, en donde los usuarios de cada lado se ven atraídos por la presencia de los usuarios del otro lado (principalmente plataformas para reservaciones o de comercio (*marketplaces*) como *Airbnb*, *Amazon*, *Mercado Libre*).

Como se observa de los modelos de negocios de plataformas y la forma en que estas compiten, se desprende que la principal competencia entre plataformas digitales se da a través de dos aspectos principales: *i*) dinámica del precio (que suele variar conforme al número de usuarios de una plataforma) e *ii*) innovación del producto (la calidad del producto suele hacer que nuevos usuarios ingresen a una plataforma). Ejemplo de lo anterior se refleja en motores de búsqueda como *Yahoo* y *Google* que buscan mejorar la calidad de los contenidos y atraer usuarios, lo que deriva en más anunciantes; o bien redes sociales como *Instagram*, en donde la presencia de usuarios atrae a nuevos usuarios y los anunciantes aprovechan esa situación para mostrar su publicidad.

La dinámica del precio e innovación como aspectos principales con los que compiten las plataformas digitales, se ven afectados al tratarse de plataformas de dos o más lados. En un primer momento la fijación de precios adquiere cierta particularidad en las plataformas de dos lados ya que no hay razón (ya sea visto desde las ganancias de la plataforma o bien desde el bienestar de los consumidores) para que los precios cobrados a las dos partes reflejen los costos respectivos de la prestación de servicios, es decir, el lado que sea más valioso para el otro lado será subsidiado por la plataforma.⁷⁷ Lo anterior no implica que no existan plataformas digitales de dos o más lados que obtengan sus ingresos del

77 Cfr. *Ibídem*, p. 33.

cobro a ambos lados; por ejemplo, al tratarse de plataformas para buscar empleo (como *LinkedIn*) estas pueden ser gratuitas para los usuarios que buscan empleo, pero si estos lo desean pueden pagar por ciertos servicios adicionales; así la plataforma conecta a dos grupos de usuarios (empleadores y usuarios que buscan empleo) y cobra por un lado a publicistas y por otro a los usuarios.

En un segundo momento, las empresas comúnmente introducen nuevos productos a bajo precio e incrementan su precio una vez que los consumidores están convencidos de la calidad de sus productos; la dinámica anterior se ve reforzada en las plataformas de dos o más lados debido a los efectos de red (como se explica adelante), los cuales benefician a las empresas que lograron adquirir un gran número de usuarios.⁷⁸ Lo anterior puede derivar en que las plataformas digitales al enfocarse en su crecimiento, hagan confusa la distinción entre una estrategia natural para entrar al mercado y la aplicación de precios predatores⁷⁹, volviendo difícil su distinción para las autoridades de competencia.

A diferencia de otro tipo de mercados, las plataformas digitales de dos o más lados se caracterizan por tener efectos de red los cuales afectan la forma en la que las plataformas compiten. Los efectos de red aparecen cuando el valor de un producto para los usuarios aumenta conforme el número de usuarios también incrementa, es decir, entre más usuarios haya, el valor del producto irá incrementándose. Existen dos tipos de efectos de red⁸⁰: *i)* Directos, cuando el valor de un producto para el usuario aumenta debido a que se incrementa el número de usuarios de dicho bien o servicio, es decir, el producto es más valioso cuando más personas lo usan (e.g. las redes sociales como *Facebook*) y *ii)* Indirectos, que aparecen cuando dos o más grupos distintos de usuarios conviven

78 Cfr. *Ibídem*, p. 32.

79 Los precios predatores son una conducta, que en conjunto con otros elementos mencionados en la LFCE, y como se explica en el capítulo siguiente, pueden constituir una práctica monopólica relativa de conformidad con el artículo 56, fracción VII de la LFCE, consistente en la venta de productos o servicios por debajo de su costo medio variable o la venta por debajo de su costo medio total, pero por arriba de su costo medio variable, siempre que existan elementos para presumir que le permitirá al Agente Económico recuperar sus pérdidas mediante incrementos futuros de precios.

80 Cfr. Palacios Prieto, Alejandra, *op. cit.*, p. 18.

en una plataforma; con este tipo de efectos la utilidad de la plataforma para un lado aumenta conforme aumenta el número de usuarios del otro lado (e.g. *marketplaces* como *eBay* o plataformas de movilidad como *Uber*).

Los efectos de red pueden afectar la competencia y reducirla; ello cuando aparecen escenarios en los que una empresa irrumpre en el mercado de forma considerable y esta situación le permite captar a muchos consumidores (gracias a los efectos de red), generando la posibilidad de que ante dicho escenario la empresa tenga poder de mercado y reduzca la posibilidad de que nuevos agentes económicos entren al mercado. El escenario anterior es comúnmente conocido como “el ganador se lo lleva todo”. En este caso los agentes económicos que busquen entrar a competir a dicho mercado tendrán que buscar la forma de entrar ya con una base amplia de consumidores (lo cual genera costos), pues de lo contrario será difícil competir contra una empresa que tenga un gran número de los consumidores.

En este sentido, una plataforma digital encontrará difícil entrar a competir cuando ya existe en el mercado otra plataforma que cuente con el mayor número de clientes los cuales difícilmente cambiarían de plataforma. Para lograrlo, la estructura de precios es importante, primordialmente porque se cobrará a un lado de la plataforma, mientras que el otro lado de usuarios se buscará atraerlos por las características de la misma plataforma, ya sea calidad, innovación, servicios, etcétera. De dicha forma, las plataformas que entran a un mercado podrán tener una posibilidad de competir. Como se observa, las plataformas que entran a competir necesitan mejor calidad en sus productos/servicios, bajar precios pero también convencer a los usuarios para que estos migren a su plataforma.

Se debe señalar que rara vez una plataforma que entra a un mercado compite con aquellas que tienen cierta posición dominante, sino por el contrario, las plataformas entrantes suelen enfocarse en algún nicho de producto/servicio que es ofrecido por la plataforma dominante como un producto/servicio secundario.

Debido a los efectos de red, los nuevos entrantes en un mercado podrían sentir cierta amenaza de las plataformas dominantes, que tras haber acumulado cierta cantidad considerable de usuarios, busquen expandir/mejorar los servicios secundarios que ofrecen y desplazar a las plataformas entrantes.

Otro elemento que podría afectar la competencia entre plataformas digitales son los costos que los usuarios deben pagar para cambiarse de una plataforma a otra. Usualmente se conoce a dicho fenómeno como “costos de cambio”⁸¹, y entre mayor sea el costo de un usuario para cambiarse a otra plataforma, difícilmente lo hará. En este sentido, aunado a los efectos de red, un usuario ya establecido en cierta plataforma no querrá migrar sus datos a nuevas plataformas, adaptarse a ella o tener que incurrir en algún pago; es por ello que los costos de cambio se convierten en barreras que dificultan la competencia entre plataformas.

Un elemento adicional que podría dificultar la competencia entre plataformas digitales, es la imposibilidad de que estas puedan interactuar entre sí, esto es no poder utilizar diversas plataformas para complementarse entre ellas. En este sentido, los agentes económicos podrían actuar de mala fe para crear equipos o plataformas que solo sean compatibles con las plataformas que dichos agentes designen, limitando la participación del resto de agentes económicos al impedirles interactuar con sus plataformas y forzando al consumidor a optar por una de las dos plataformas. Han existido casos en donde lo anterior fue motivo de intervención de las autoridades de competencia; en 2013 la Comisión Europea multó a *Microsoft* por preinstalar el navegador *Internet Explorer* en el sistema *Windows 95*⁸². Tras hacerlo el 90% de las computadoras contaron con dicho navegador, lo cual implicaba dos efectos negativos a la competencia: el primero es

81 Cfr. *Repensar la competencia...*, cit., p. 18. Debe entenderse que los costos de cambio no solo se refieren a un precio en dinero sino que pueden implicar el tiempo invertido en aprender a usar una plataforma, reingresar la información recabada por cierta plataforma, o la pérdida de información por incompatibilidad en el cambio de una a otra plataforma, entre otros.

82 Cfr. Asunto COMP/C-3/39.530 — Microsoft (ventas atadas), en https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39530/39530_2671_5.pdf, consultado el 04 de diciembre de 2019.

que *Microsoft* tendría una ventaja competitiva sobre cualquier otro competidor y el segundo es que se reducía la probabilidad de que otros buscadores se cambiaron de proveedor.

Ante los problemas mencionados que surgen en el marco de la competencia de plataformas digitales (principalmente en aquellas de dos o más lados), distintas autoridades de competencia (como lo es la COFECE o la Comisión Europea) han propuesto el denominado *multi-homing* y la interoperabilidad. El *multi-homing* implica poder hacer uso de distintas plataformas digitales al mismo tiempo, como consecuencia será más fácil para un nuevo competidor en un mercado el convencer a algunos usuarios de cambiarse a su plataforma mientras conservan los beneficios de la primera plataforma y continúan con su uso, es decir, podrían hacer uso de forma paralela de ambas plataformas⁸³. El *multi-homing* podría contrarrestar el peso de las grandes plataformas y sus grandes bases de consumidores creadas por los efectos de red.

Por otro lado, la interoperabilidad implica que “las plataformas y aplicaciones producidas por distintos desarrolladores puedan conectarse y comunicarse entre sí”⁸⁴. La interoperabilidad rompe esa pared que impide a las plataformas interactuar entre sí. Primordialmente la interoperabilidad permite a las plataformas digitales que van entrando al mercado el ofrecer servicios complementarios a aquellos ofrecidos por una o varias plataformas dominantes, como se mencionó, las plataformas entrantes comúnmente ofrecen servicios que son ofrecidos como secundarios por las grandes plataformas⁸⁵; con la interoperabilidad las nuevas plataformas podrán competir por esos nichos de servicios/productos con las plataformas grandes, sin que exista incompatibilidad entre ellas, pues gracias a la interoperabilidad ambas plataformas podrán interactuar entre sí.

83 Cfr. Cremer, Jacques, *op. cit.*, p. 37.

84 Cfr. Palacios Prieto, Alejandra, *op. cit.*, p. 21.

85 En el Asunto COMP/39.530 — *Microsoft* (*ventas vinculadas*), una de las condiciones impuestas por la Comisión Europea a *Microsoft* giró en torno a la interoperabilidad, pues se obligó a *Microsoft* a que facilitara la posibilidad de que distintos navegadores interactúen con su sistema operativo.

Otro problema que perjudica a la competencia es la “cláusula de mejores precios” o “cláusula de nación más favorable” (MFN por sus siglas en inglés) por analogía a la práctica del comercio internacional. Esta cláusula, implica que una parte vende a la otra un producto garantizando el menor precio posible en comparación al resto de los competidores. Dichas cláusulas pueden amortiguar la competencia o bien, facilitar la colusión tentando a los competidores a celebrar acuerdos sobre precios. Este tipo de cláusulas también se presentan en las plataformas digitales y suelen dificultar la competencia.

Por ejemplo, en el caso de los *marketplaces* en donde convergen grupos de vendedores con grupos de consumidores, los proveedores de los bienes/servicios suelen fijar el precio y las plataformas, para proteger su inversión, usualmente imponen la obligación a los proveedores de que dichos bienes/servicios no podrán ser vendidos por otros canales a un menor precio. Cuando la cláusula de nación más favorable (por analogía) se aplica en un ámbito de plataformas digitales, se conoce como *wide MNF*⁸⁶, por medio de la cual se prohíbe a un proveedor que los productos/servicios que proporciona en la plataforma, los ofrezca a un menor precio a través de su propio sitio web o en alguna otra plataforma.

Este tipo de cláusulas restringen la competencia y suelen derivar en un incremento a los precios. De igual forma, para una plataforma que entra a un mercado le será difícil el competir con menores precios contra las grandes plataformas las cuales, dado los efectos de red, cuentan con una amplia base de consumidores y logran aplicar las cláusulas mencionadas logrando mejores precios. Dado que existen opiniones diversas sobre las teorías del daño que las cláusulas acarrean a la competencia, así como opiniones que defienden las eficiencias al mercado generadas por dichas cláusulas, se ha optado por hacer un análisis caso por caso sin llegar a generalizar si estas cláusulas siempre afectan o no a la competencia⁸⁷.

86 Cfr. Cremer, Jacques, *op. cit.*, p. 56.

87 *Ídem*. La Comisión Europea ha considerado que estas cláusulas tienen consecuencias pro y anticompetitivas en un marco económico y legal por lo que opta en analizarlas según el caso que corresponda.

Otro problema en el ámbito de las plataformas digitales que afecta a la competencia, surge cuando la plataforma digital, la cual tiene reglas para regular a los usuarios que participen en ella, no solo sirve como intermediaria de ambos grupos, sino que participa en el mercado; esto es, la manera en la que una plataforma da un trato a sus propios productos/servicios en comparación con aquellos ofrecidos por terceros en la misma plataforma (situación conocida como auto-preferencia)⁸⁸. En un primer momento, dar un trato preferencial a los productos y servicios de la plataforma en comparación con aquellos productos con los que compiten dentro de la misma plataforma, pero que son proporcionados por otras entidades, puede convertirse en una técnica de apalancamiento del poder de mercado con el que cuenta la plataforma.

En un momento posterior, es común que las plataformas digitales recaben información sobre los consumidores de tal forma que mejoren sus modelos de negocios y que dicha información sea intercambiada entre ellas; sin embargo, en aquellas plataformas dominantes que se encuentran verticalmente integradas puede surgir un problema cuando ésta le da acceso a información privilegiada a sus subsidiarias y no así al resto de los usuarios vendedores en la plataforma. Esto representa una forma de auto-preferencia que afecta la competencia.

Por su parte, la Comisión Europea ha propuesto una solución cuando existe alguna forma de auto-preferencia en una plataforma digital que sea intermediaria de dos o más grupos, y a su vez compita en el mercado, consistente en que la plataforma debe acreditar que la preferencia que da a sus productos/servicios no tiene efectos de exclusión en el mercado de dicho producto/servicio con respecto al resto de competidores⁸⁹.

88 Cabe mencionar que actualmente muchas plataformas fungen como intermediarias pero también proporcionan el producto o servicio del mercado en cuestión. Un claro ejemplo es la plataforma de compraventa *Amazon*, la cual conecta a grupos de vendedores con grupos de consumidores pero al mismo tiempo ya se encarga de producir sus propios productos/servicios que ofrece a través de su propia plataforma para competir con los ofrecidos por terceros.

89 *Cfr.* Cremer, Jacques, *op. cit.*, p. 66. La Comisión Europea ha establecido requisitos en su propuesta e.g. debe ser una plataforma digital dominante, que esté verticalmente

Como se observa a lo largo del presente apartado, las plataformas digitales tienen distintos efectos que influyen en el mercado y afectan la competencia. Dichos efectos son retos que las autoridades de competencia deben afrontar y, en su caso, frenar. Más adelante se observará algunos de los actos realizados por plataformas digitales en México y cómo están siendo regulados por la COFECE y el IFT con fundamento en la LFCE.

2.2. Economía digital

El uso de la tecnología ha implicado una evolución en la forma en que se realizan las actividades económicas. Como un elemento disruptivo, la tecnología forzó a los competidores a pensar nuevas formas de participar en el mercado aprovechando las bondades que la misma tecnología les brinda; ello también implica repensar los nuevos retos que en materia de competencia aparecen.

Las plataformas digitales, como una de las múltiples caras de la tecnología, también tuvieron efectos que repercutieron no solo en la estructura de competencia, sino en la forma en la que se observó la economía y fue un impulso para que esta pudiera continuar avanzando.

2.2.1 Definición y alcance del concepto de economía digital.

El término economía digital es un concepto acuñado en 1995 por Don Tapscott en su obra *Economía Digital: las nuevas oportunidades y peligros en un mundo empresarial y personal interconectado en red*, si bien Don Tapscott habla de la economía digital y su relación con las tecnologías de la información, nunca da un significado sucinto respecto de dicho concepto. Posteriormente, el Departamento de Comercio de EUA hace un reporte denominado *La Economía Digital Emergente* en el que se hace un mayor análisis respecto las industrias que ésta

integrada, en un mercado con muchas barreras a la entrada, que tenga reglas para su propia regulación y que la misma sea una infraestructura de intermediación con cierta relevancia.

aborda. De dichos textos se entiende que la economía digital es “aquella que incluye bienes o servicios cuyo desarrollo, producción, venta o suministro es críticamente dependiente de las tecnologías digitales”⁹⁰. Lo anterior implica que las tecnologías, particularmente aquellas enfocadas en la información y comunicación, afectan la forma en la que la economía funciona, por lo que permite acercar, comunicar e interactuar con mayor facilidad a través de diversas plataformas digitales conectadas mediante internet, a los agentes económicos inmersos en un mercado, obligándolos a buscar nuevas estrategias y formas de competir.

En este sentido, la tecnología juega un papel central en la forma en que se desarrolla la economía. A decir de la macroeconomía que busca explicar la relación de cuatro elementos (tierra, trabajo, capital y tecnología) en el intercambio de bienes y servicios en una comunidad específica⁹¹; cada etapa económica se ve caracterizada por que alguno de dichos elementos tiene mayor relevancia que el resto. Por ello, se puede clasificar la historia de la humanidad de conformidad con el elemento que determinó el éxito económico, lo que permite que se hable de distintas etapas económicas: economía agrícola (basada en la explotación de la naturaleza), economía industrial (basada en el trabajo y el auge de las máquinas), economía de servicios (basada en el servicio que cada individuo prestaba) y la economía global (basado en el intercambio de bienes y servicios que no se vio limitado por las fronteras geográficas ni políticas).

Hasta la etapa de la economía global, la tecnología no había jugado un papel central en el desarrollo económico. Sin embargo lo anterior fue distinto cuando a fines de la década de los 80's del siglo XX, se dio una crisis en el mercado bursátil mundial que trajo una recesión la cual tuvo efectos adversos de menores niveles a los esperados. Dichos efectos se vieron atenuados ya que las empresas que sufrirían algún detimento encontraron una forma de generar riqueza basándose

90 Brynjolfsson, Erik, *Understanding the digital economy.*, EUA, Instituto Tecnológico de Massachusetts, 2000, p. 297, (traducción propia).

91 Cfr. F. Aldrich, Douglas, *Dominio del mercado digital, estrategias para la competitividad en la nueva economía.*, México, Oxford University Press, 2001, p. 5.

en la información y en el intercambio de la misma, sin que tuvieran que verse obligadas a buscar nuevo capital, nuevos inmuebles, equipo de trabajo o incluso contratar nuevos trabajadores; lo anterior hubiese implicado un costo muy alto para cualquier empresa en el contexto de una recesión, costo que no representaba la recolección e intercambio de información.

El intercambio de la información fue lo que determinó el éxito económico a finales del siglo pasado, evolucionando de una economía global, a una economía de carácter digital. En la etapa de la economía digital, el elemento que dominaría por primera vez sería el uso de la tecnología para el intercambio de información, el cual se convirtió en la principal fuente de riqueza y de valor. Cabe mencionar que si bien en etapas económicas anteriores también hacen uso y desarrollaron la tecnología, en la economía digital se dio el uso de la tecnología no para producir bienes y servicios, sino para intercambiar información, asignándole un valor específico a la información más allá del producto o servicio que era posible producir.

El uso de tecnologías de la información supone un cambio importante en la manera en la que los individuos se comunican, trabajan e interactúan. Desde las dos últimas décadas del siglo pasado los avances tecnológicos que permiten interconectar a un individuo con otro, sin considerar las fronteras o distancias geográficas, han evolucionado a pasos agigantados. Es decir, que la penetración que el internet tiene y la forma en que los dispositivos que usan dicha red han entrado en cualquier estrato social, avanza como nunca antes se ha visto en otros tipos de tecnologías. En el caso de México, de conformidad con la encuesta más reciente del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (“INEGI”) en colaboración con el IFT⁹², hay aproximadamente 71 millones de mexicanos con acceso a internet (que representan el 63% de la población).

92 Cfr. Comunicado de prensa núm. 015/2018, INEGI, México, 2018 <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/comunicacion-y-medios/comunicados-ift/105-18endutih2017logos.pdf>, consultado el 12 de noviembre de 2019.

Este avance supone un fenómeno conocido como revolución digital, que entre sus principales características se observa la velocidad con la que se desarrolla. Por su parte, las grandes empresas que usan el internet como el principal medio para realizar su actividad comercial son los principales agentes de la revolución digital⁹³; entre ellas encontramos a distintas plataformas digitales como *Amazon*, *Yahoo*, *eBay*, *Google*, *Paypal*, *Facebook*, *Twitter*, *Youtube*, *Apple*; empresas que hoy en día tienen actividades en diversos países de forma simultánea, conectando a personas y dejando que interactúen entre sí de conformidad con sus intereses.

En este sentido, las empresas que usan el internet para realizar actividades comerciales basadas o que derivan del uso de información y su intercambio, han desplazado a las empresas que a inicios del siglo pasado eran consideradas las más importantes, esto tomando en cuenta la capitalización de mercado que tenían. El cuadro a continuación representa el cambio evolutivo de empresas por capitalización de mercado que ocurrió del Siglo XX al siglo XXI:⁹⁴

Cinco principales empresas en EUA por capitalización de mercado	
1900	2017
1.- International Business Machines Corp.	1.- Apple Inc.
2.- Exxon Mobile Corp.	2.- Alphabet Inc.
3.- General Electric Co.	3.- Microsoft Corp.
4.- Bristo-Myers Squibb Co.	4.- Amazon.com Inc.
5.- Merck & Co.	5.- Facebook Inc.

Como se observa del cuadro anterior, hoy en día las empresas que lograron adaptarse al uso de los medios digitales y a partir de entonces extender su dominio del mercado son las empresas que tienen los ingresos más considerables. Por ello, en una sociedad en la que el avance de lo digital supone un mundo interconectado, los agentes económicos que participan en el mercado

93 Cfr. Mochón, Francisco, *Economía digital, curso MOOC*, México, Alfaomega Grupo Editor, p. 5.

94 Palacios Prieto, Alejandra, *op. cit.*, p. 6.

deben buscar la manera de ser flexibles ante los planteamientos que surgen en una economía digital. En este sentido, la economía digital “permite transformar las organizaciones y modelos de negocio, capitalizando las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías”⁹⁵. En la actualidad el que una empresa cuente con medios que le permitan expandir su mercado a través de nuevas tecnologías, implicará nuevas oportunidades de crecimiento que le permitirán no ser desplazado y continuar actuando como un agente dentro de la economía digital.

2.2.2 Funcionamiento de la economía digital.

La economía digital, como una nueva etapa en la que se ha clasificado la economía, genera su riqueza principalmente en torno a la tecnología y la información que de ella deriva. En este sentido el principal elemento por el que es posible el intercambio de bienes y servicios es la tecnología; pero, para que la tecnología sea capaz de generar riqueza es necesario que junto a otros engranes, giren armónicamente haciendo posible la generación de riqueza. Para ello, es necesario entender cómo funciona la economía digital.

En este sentido, la economía digital cuenta con tres componentes principales que son necesarios para poder garantizar su correcto funcionamiento. El primero de ellos son las tecnologías, en particular, aquellas enfocadas a la información y comunicación. Las tecnologías de la información son la infraestructura necesaria para realizar el movimiento de información de un usuario a otro y posteriormente el de activos intangibles. Esta tecnología incluye desde un teléfono móvil inteligente, computadoras, hasta servidores y sistemas de transmisión.

El segundo elemento consiste en el capital humano, es decir, los usuarios que harán posible que la economía digital esté en constante movimiento. Los usuarios son quienes, a través de una plataforma digital, en un mercado digital en específico, demandan y ofrecen bienes y servicios. La interacción de ellos es el

95 Mochón, Francisco, *op. cit.*, p. 5.

motor que mueve la riqueza de un punto a otro y lo que hace que la misma se incremente o disminuya.

El tercer elemento importante para que una economía digital funcione es la infraestructura de red de banda ancha o internet. Este será el puente que conectará a los usuarios, poniendo en contacto a proveedores, compradores, vendedores y productores. Lo anterior implica que una mayor interacción entre los usuarios eliminando distintas limitantes espacio-temporales, así como también intermediarios que usualmente participan en una forma de economía tradicional (sin internet).

La interacción de los tres elementos anteriores (infraestructura consistente en tecnologías de la información, usuarios e internet) es lo que permite que se genere información que se mueva de un punto a otro, permitiendo interactuar a los usuarios para satisfacer intereses a través del consumo de bienes y servicios o bien, vendiendo y prestando dichos bienes y servicios. De tal forma que los usuarios que se convierten en consumidores adquieren un papel más importante al tener mayor información respecto al producto y servicio, dándoles una posibilidad de incrementar su poder como consumidor. Por otro lado, los usuarios consistentes en empresas, vendedores o proveedores deben personalizar el servicio que se presta al consumidor para incrementar su oportunidad de vender; para lograrlo los usuarios pueden analizar el comportamiento de un comprador a través de las compras que hace en línea, las búsquedas hechas en diversos motores de búsqueda e incluso la facilidad con la que comparte ciertos *post* específicos en redes sociales; o bien, debe hacer contenidos digitales que capten la atención del consumidor final.

Si bien, no hay un consenso uniforme respecto de los elementos y características que posee la economía digital, los elementos antes mencionados son los más comunes encontrados en la doctrina. Por su parte, la Comisión Europea considera como características clave de la economía digital los rendimientos extremos a

escala, en donde el costo de producción de un servicio digital es mucho menos que proporcional al número de clientes atendidos; los efectos de red explicados anteriormente (los cuales considero es una característica de las plataformas, más no así de la economía digital) y el papel que juega la información (que nuevamente considero dicho elemento una característica de las plataformas digitales más no así de la economía digital en general).

Cabe decir que no debe confundirse la economía digital en donde interactúan los factores antes mencionados, ni con el mercado digital, el cual abarca un producto o servicio específico en una o más plataformas digitales, ni con una plataforma digital en la que hay una entrada y salida de algún acto de comercio, siendo la plataforma el lugar en el que se realiza dicho acto. Es decir, la plataforma digital es el “lugar” digital en el que pueden ocurrir actos de comercio, el mercado digital de un producto o servicio englobará una o más plataformas digitales (o bien los productos/servicios comercializados a través de ellas), y la economía digital consiste en la interacción de diversos mercados y plataformas que conectan usuarios a través de tecnologías enlazadas a internet y que conlleva el intercambio de información y activos.

2.2.3 Regulación de la economía digital en términos del marco jurídico de la competencia económica.

Como se ha observado, las características que presenta la economía digital, así como los efectos que de ésta derivan, podrían generar una propensión hacia actos (ya sea concentraciones o prácticas monopólicas) que afecten la competencia. En este sentido, las autoridades de competencia a nivel internacional debaten sobre las estrategias y acciones que bien podrían implementar, así como el alcance de las mismas. Por un lado, hay quienes consideran que la intervención debe ser mínima pues las plataformas y consiguientemente la economía de carácter digital, funcionarán de la forma correcta dada la competencia. Por otro lado, destaca la

idea de regularla debido a la falta de competencia, aún cuando no se hayan detectado detrimientos a la misma⁹⁶.

Si se opta por la segunda opción es necesario implementar reglas de competencia que no limiten los beneficios de la economía digital pero que sean lo suficientemente rígidas como para acotar el poder de las grandes plataformas digitales de tal forma que no abusen de su poder de mercado afectando la economía digital. En este sentido, autoridades como COFECE deben considerar el fomentar un entorno regulatorio que promueva la libre concurrencia y competencia en aquellos mercados donde participen agentes económicos que hagan uso de tecnologías (plataformas digitales) y que compiten con modelos de negocios tradicionales⁹⁷. En este caso destaca la polémica generada por el uso de plataformas de redes de transporte (e.g. *Uber*, *Cabify*, *DiDi*, etc.) en competencia con los servicios de transporte tradicional, principalmente el taxi de ruta o sujeto a itinerario, en donde por un lado hay quienes pugnan porque esas plataformas se prohíban y hay quienes consideran que se debe regular su operación⁹⁸.

De igual forma, la COFECE debe aplicar la LFCE a las empresas (plataformas digitales) cuando éstas infrinjan la ley. Como se observa de lo anterior, el papel que deben ocupar las autoridades de competencia en México, principalmente la

96 Como ejemplo destaca la autoridad de competencia de Francia que recientemente propuso el control de notificaciones obligatorias para plataformas digitales, aún si no rebasan los umbrales existentes para notificar. Como se observa, con dicha propuesta se pretende regular toda concentración en el ámbito digital aún cuando no causen algún daño a la competencia. *Cfr.* COFECE, “Francia. Notificación obligatoria para concentraciones de plataformas digitales”, *Boletín Internacional*. México, 6 de Diciembre de 2019, <https://www.cofece.mx/boletin-internacional-06-de-diciembre-de-2019/>, consultado el 11 de diciembre de 2019.

97 *Cfr.* Palacios Prieto, Alejandra, *op. cit.*, p. 7.

98 En el caso de México, COFECE emitió una opinión respecto a las redes de transporte, en donde se exponían las ventajas a la competencia que las mismas traían y optaba por la regulación de las mismas a través de recomendaciones a las autoridades estatales. Como consecuencia de ello en 2015 se emitieron dos acuerdos en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México a través de los cuales las empresas de redes de transporte “fueron reconocidas como una nueva categoría de transporte privado, sin que se establecieran restricciones a la oferta o al sistema tarifario”. COFECE, “Análisis de opinión, la prestación del servicio de transporte de personas por medio de plataformas móviles”, *Análisis de Casos*, México, Abril 2016, <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/AnalisisCasos-Uber-v4.pdf>, consultado el 10 de diciembre de 2019.

COFECE, es bidimensional, pues por un lado debe defender la libre concurrencia y competencia entre las mismas plataformas digitales y entre estas con los modelos de negocio tradicional; y por otro debe aplicar la actual ley para regular las conductas previstas y sancionar aquellos agentes económicos que cometan algún ilícito conforme a la ley.

Otro reto que se presenta ante las autoridades de competencia cuando buscan regular la economía digital se relaciona con la información que en ella se genera y comparte. En este sentido, las grandes cantidades de información (conocidas como *bigdata*⁹⁹) podrían limitar la competencia al crear barreras a la entrada, usarse para abusar de la posición dominante de algún competidor o bien podrían facilitar la colusión. Por ello, las autoridades de competencia deben tener la facultad de acceder a dicha información cuando así lo motiven y fundamenten, derivado de alguna investigación por prácticas monopólicas, ya que si la autoridad conoce los datos que recolectan las empresas, podrá facilitarse su tarea como autoridad y podrá garantizar la competencia de los mismos.

Aún cuando los efectos del *bigdata* no estén regulados en alguna ley, ni en la LFCE, si se busca regularlos como un insumo que permite la competencia en la economía digital y que a su vez podría demeritarla, la normativa debe considerar lo siguiente: *i*) contar con un objetivo claro de política pública (considerando los efectos que el *bigdata* podría tener en la competencia y hacia los consumidores); *ii*) generar mayores beneficios que costos sociales, *iii*) ser la alternativa que menos afecte la competencia (es decir, la norma no debe convertirse en una barrera normativa) y *iv*) mantener los incentivos para que los agentes económicos compitan de forma intensa.

99 El concepto *Bigdata* se refiere a la información que los proveedores de servicios digitales, grandes y pequeñas empresas, obtienen de los consumidores y/o sus competidores y que tiene un valor en el mercado, ya sea para ellos, los usuarios, sus competidores, o empresas en otros mercados. Cfr. *Repensar la competencia...* cit., p. 24.

Actualmente en México se ha buscado regular la economía digital (de la mano con la regulación de las plataformas digitales) a través de la regulación de diversos sectores en los cuales la COFECE ha participado emitiendo recomendaciones u opiniones. Algunos ejemplos de sectores en donde se ha buscado su regulación, considerando el marco de competencia, dentro de la economía digital son los siguientes:

Plataformas de transporte de personas. Como se mencionó anteriormente, en 2015 el Pleno de COFECE emitió una opinión sobre las plataformas de transporte de personas en México (*i.e. Uber, Cabify, Taxify, Yaxi*) dirigida a las autoridades estatales. En dicha opinión se demuestran las correcciones de fallas de mercado que traerían el uso de dichas plataformas, entre otras cosas¹⁰⁰. A partir de entonces distintas entidades federales han modificado su regulación o legislado nuevas normas en las que se reconoce el modelo de negocio bajo el cual operan las plataformas de transporte de personas¹⁰¹.

*Instituciones de tecnología financiera*¹⁰². En marzo de 2018 la Ley para regular a las Instituciones de Tecnología Financiera (Ley *Fintech*) fue aprobada con el fin de regular las instituciones de financiamiento colectivo, las instituciones de fondos de pago electrónico y las operaciones con activos virtuales. Para lograr que dichas tecnologías pudieses competir en el mercado contra los servicios ofrecidos por la banca tradicional, el Pleno de la COFECE emitió una opinión dirigida al Senado en

100 Cfr., *Opinión OPN – 008 -- 2015*, p. 8. Algunas fallas que presentaba el mercado eran las asimetrías de información (*i.e.* los usuarios no tienen información sobre el conductor ni el vehículo, entre otros) y problemas de coordinación (el usuario desconoce el lugar para abordar y el conductor desconoce el lugar para recoger al pasajero). Asimismo, la COFECE encontró que dichas plataformas presentaban diversos elementos que beneficiaban la competencia y a los consumidores; entre ellos están nuevas alternativas para el consumidor, innovación al mercado y eficiencias derivadas del uso de una red. En <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Mercados%20Regulados/V6/16/2042252.pdf>, consultado el 11 de diciembre de 2019.

101 Las entidades federativas que han participado en dicha regulación son: Ciudad de México, Coahuila, Colima, Estado de México, Guanajuato, Jalisco, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tijuana y Yucatán.

102 Las Instituciones de Tecnología Financiera son “son aquellas que, a través de modelos de negocio innovadores y del uso de plataformas digitales, han creado nuevos medios para la provisión de distintos servicios financieros”. Cfr. *Repensar la competencia...* cit., p. 37.

donde recomendaba algunos cambios a la iniciativa, entre ellos¹⁰³: *i)* hacer explícito que los usuarios son propietarios de su información, *ii)* las contraprestaciones por la transmisión de datos las determinaba la autoridad y *iii)* obligar a las instituciones de crédito a prestar servicios financieros a las instituciones de tecnología financiera en condiciones no discriminatorias. Dichas recomendaciones fueron agregadas a la Ley *Fintech* que ya se encuentra en vigor.

*Plataformas de alojamiento*¹⁰⁴. Estas plataformas generan presión competitiva a los oferentes tradicionales de hospedaje (*i.e.* hoteles). Sin embargo aún hay barreras normativas que impiden una competencia sana entre ellas, por ejemplo, por un lado se argumenta que los hoteles deben cumplir con ciertas disposiciones de salubridad, protección civil, gravámenes y costos de entrada; mientras que las plataformas no están sujetas a esas cargas gubernamentales. Este tipo de plataformas comienzan a ser reguladas en la Ciudad de México y Quintana Roo, lugares con las cuales *Airbnb* firmó convenios en 2017 por los que acordaron que la plataforma pagaría un impuesto del 3% para cumplir sus obligaciones fiscales¹⁰⁵. De igual manera, actualmente ya se debate en otras ciudades del país si dichas plataformas deben o no ser reguladas.

Como se ha podido observar, actualmente varios sectores que forman parte de la economía digital comienzan a ser regulados tomando en consideración los aspectos favorables para la competencia. A pesar de ello, no existe actualmente una regulación que establezca los límites de actuación de las plataformas digitales ni mucho menos que contenga normas aplicables a la economía creada a partir de dichas plataformas. Cabe mencionar que incluso hoy en día no es claro si los actos realizados por las plataformas digitales son competencia total de la COFECE o del IFT. Sobre este tema, en su momento se argumentó que las

103 Cfr., *Opinión* OPN-007-2017, p. 9.
<https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Opiniones/V20/6/3953499.pdf>, consultado el 11 de diciembre de 2019.

104 Las plataformas de alojamiento “permiten conectar a quienes necesitan un espacio de alojamiento con quienes tienen uno disponible para recibir huéspedes (*e.g. Airbnb*)”. Cfr. *Repensar la competencia...*, *cit.*, p. 40.

105 Cfr. *Ibídem*, p. 42.

plataformas digitales pertenecen al sector de las telecomunicaciones ya que sus funciones específicas son las de comunicar, conectar y enlazar, por medios electrónicos, sobre internet, a diferentes grupos de usuarios, por lo que el IFT sería el órgano especializado para analizar los casos que las involucren¹⁰⁶. Por otro lado, considero que la plataforma digital es un instrumento a partir de la cual se realiza una actividad principal, es decir, una transacción comercial.

Al respecto, el Poder Judicial ha intentado dar certidumbre o claridad sobre cuál es el órgano competente para resolver cuestiones relativas a mercados digitales. En particular, después de que el IFT se declara competente para conocer sobre la concentración *Uber-Cornershop*, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones resolvió por unanimidad de votos, el pasado 21 de mayo de 2020, que la COFECE es la autoridad competente para conocer de dicha concentración toda vez que: “1) los notificantes no son concesionarios de telecomunicaciones, sino que recurren a estos para la prestación de sus servicios a través de una plataforma digital; 2) los servicios prestados no son de telecomunicaciones, sino de logística e intermediación entre usuarios, conductores y repartidores; y 3) los notificantes utilizan el internet como un insumo, lo cual no constituye el servicio de las plataformas ni representa la fuente de sus ingresos”¹⁰⁷.

106 En sesión del Pleno del IFT celebrada el 11 de noviembre de 2019, los comisionados de dicho instituto aprobaron de forma unánime solicitar a COFECE el expediente relativo a la concentración *Uber – Cornershop* (plataformas digitales) la cual le fue notificada el 16 de octubre de 2019. Lo anterior con la finalidad de declarar al IFT como la autoridad competente para conocer y resolver dicho asunto. Los argumentos expuestos por los comisionados versan sobre la idea de que las plataformas digitales ofrecen comunicaciones entre diversos usuarios a través de internet, por lo que forman parte de las telecomunicaciones. Cfr. *Versión Pública de la Versión Estenográfica de la VIII Sesión Extraordinaria del Pleno del IFT*, celebrada el 11 de noviembre de 2019, pp. 2 - 11, http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/extraordinaria/viii-extraordinaria-del-pleno-11-de-noviembre-de-2019/vpesteno8aext111119_0.pdf, consultado el 05 de junio de 2020.

107 Cfr. COFECE, *El PJF resuelve que COFECE es competente para resolver la concentración entre Uber y Cornershop*, México, 21 de mayo de 2020, <https://www.cofece.mx/el-pjf-resuelve-que-cofece-es-competente-para-resolver-la-concentracion-entre-uber-y-cornershop/>, consultado el 05 de junio de 2020.

Sin duda alguna, la decisión de dicho Tribunal sienta un precedente importante que da mucha más claridad sobre la autoridad competente para resolver asuntos relativos a mercados digitales, al menos en particular sobre mercados digitales avocados a transacciones comerciales (tal como lo son las plataformas de transporte de personas como *Uber* o las plataformas de compraventa de bienes, como *Cornershop*¹⁰⁸).

Adicionalmente la COFECE ha analizado diversos casos de concentraciones entre empresas con un modelo de negocio tradicional y plataformas digitales, así como también ha investigado mercados que involucran plataformas digitales y competidores con modelos de negocio tradicionales.

Si bien las autoridades de competencia en México (en particular la COFECE) han buscado incidir en las regulaciones mencionadas aplicables a plataformas digitales para lograr estructuras de competencia estables, aún quedan varios pasos por lograr antes de poder anticipar los movimientos de las plataformas digitales (sin importar el sector al que pertenezcan) para impedir que las mismas realicen actividades que alcancen tal magnitud que puedan perjudicar la economía digital.

2.3 Mercado digital

2.3.1 Definición y alcance del concepto de mercado digital.

Como se mencionó en el capítulo anterior, por mercado podemos entender el mecanismo que permite concertar las voluntades de vendedores y compradores para fijar el valor de las mercancías y lograr el intercambio. Usualmente el

108 En particular, *Cornershop* “se dedica, a través de una App y de su página web, a exhibir y entregar productos ofrecidos por distintos tipos de comercios que comercializan sus productos al por menor (abarrotes, artículos para oficina, productos farmacéuticos, artículos para mascotas, alimentos, bebidas alcohólicas, entre otros) mediante pedidos del consumidor final” Cfr. Pleno de la COFECE, *Resolución Expediente CNT-161-2018*, 27 de mayo de 2019, México, p. 16. <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Concentraciones/V6013/14/4901568.pdf>, consultado el 05 de junio de 2020.

concepto de mercado se entiende de forma tradicional como algún lugar físico en donde se llevan a cabo transacciones. La definición de mercado propuesta permite ver que el mercado no necesariamente se limita a un lugar físico, sino que trasciende cualquier espacio con la finalidad de concertar las voluntades de vendedores y compradores. Esta idea es compatible con las plataformas y economía digital.

Tanto las plataformas como la economía digital implican el uso del internet como medio de comunicación en el que individuos con intereses diversos se comunican entre sí. Por medio de una plataforma los usuarios con cierto interés pueden acercarse a otro grupo de usuarios con intereses afines a cambio de un precio por el producto o servicio. Estos actos ocurren día con día en el entorno digital el cual es prescindible de un lugar físico para completar una transacción. De igual forma el mercado “tradicional” es aquel en el que las transacciones más básicas de comercio ocurren en un lugar determinado, esto no es así en presencia del mundo digital. En este sentido, el internet rompe fronteras geográficas y la plataforma digital puede jugar el papel de intermediario entre un vendedor y un comprador, acercando los intereses de aquellos que no necesariamente se encuentran en el mismo lugar físico o tan siquiera en algún lugar cercano uno del otro.

El mercado digital, considero que es un mecanismo que permite concertar la voluntad de oferentes y demandantes valiéndose de una o más plataformas digitales. El hecho de que los oferentes y demandantes realicen sus actividades de compraventa de bienes o prestación de servicios a través de medios digitales implica nuevos retos en materia de competencia económica. Lo anterior toda vez que en ésta materia los actos regulados y sancionados por la LFCE (concentraciones, prácticas monopólicas, entre otros) requieren estar circunscritos en algún mercado previamente identificado por los agentes económicos y la autoridad, esto significa que se debe delimitar el mercado en el que los agentes económicos están actuando.

El mercado identificado por la autoridad, en el que actúan los agentes económicos, es denominado como mercado relevante, que es “el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares”¹⁰⁹. Este concepto adquiere su relevancia en materia de competencia económica ya que es fundamental para identificar la realización de prácticas monopólicas absolutas, pues a partir del mismo se identifica quienes son competidores en un mercado; funciona también para investigar prácticas monopólicas relativas ya que con el mismo se identifica en qué mercado un agente económico tiene poder sustancial; así como también sirve en concentraciones en donde identificar el mercado relevante permite saber en qué mercado están activos los agentes económicos de la concentración y la participación de mercado que ellos tienen.

Como se observa en la definición de mercado relevante, dicho concepto tiene una doble dimensión compuesta por: *i)* el producto relevante, conformado por los bienes y servicios ofrecidos y *ii)* el mercado geográfico relevante, que no es otra cosa sino el área geográfica en el que los productos y servicios son ofrecidos. Si bien la LFCE no ofrece una definición de lo que deba entenderse por mercado relevante, si establece en su artículo 58 los criterios a considerar para determinar el mercado relevante¹¹⁰. De forma general se debe buscar determinar tanto el producto relevante como el mercado geográfico. Para delimitar el producto relevante se observa la sustituibilidad que el producto tiene en el lado de la oferta como en el lado de la demanda.

Por un lado la sustituibilidad de la demanda implica reconocer como parte de un mismo mercado aquellos productos que el consumidor considera como sustitutos; para lograr tal resultado se hace un ejercicio hipotético en el que a un producto se le aplica un pequeño y permanente hipotético incremento a su precio (5% o 10%)

109 Ginebra Serrabou, Xavier, *op.cit.*, p. 98.

110 Dichos criterios se encuentran enumerados en cinco fracciones, a saber: *i)* las posibilidades de sustituir un bien o servicio por otro, *ii)* los costos de distribución del mismo bien, sus insumos, complementos, etc. *iii)* los costos y probabilidades para acudir a otro mercado, *iv)* las barreras normativas y *v)* los demás criterios que establezcan las Disposiciones Regulatorias o la COFECE.

el cual es un precio relativo a los precios de la zona y productos a considerar. Con lo anterior se busca observar si un consumidor, ante el alza del precio, estaría dispuesto a comprar un producto sustituto que esté disponible, o bien localizar algún otro vendedor ubicado en otro lugar. A dicho producto sustituto se le aplica el mismo método para observar si el consumidor sustituye dicho segundo producto por un tercer producto o vuelve a buscar a un nuevo vendedor. Llegado a un límite en donde el consumidor ya no busque un producto sustituto o nuevo vendedor, se puede decir que el producto relevante ha quedado delimitado ya que un incremento del precio no resultaría en una sustitución suficiente de la demanda.¹¹¹ Por otro lado, se observa la sustituibilidad de la oferta, la cual implica que los proveedores puedan comenzar a fabricar productos sustitutos de uno principal sin que ello implique costos o riesgos adicionales que sean significativos. Usualmente suele hacerse el examen de los precios antes mencionado para determinar el producto relevante. Cabe mencionar que para considerar que un producto es sustituto de otro se toma en cuenta principalmente que puedan tener la misma utilidad, comparándolos también en su naturaleza, origen, precio, entre otras características.

El mercado geográfico es el lugar en el que un competidor ofrece sus productos o servicios. La COFECE puede delimitar el mercado geográfico a un ámbito municipal, estatal o nacional (en el caso de concentraciones la COFECE ha reconocido como mercado geográfico la zona de Norte América, Latinoamérica e incluso un mercado mundial, ello para efectos del análisis de una concentración sin que tenga mayor jurisdicción fuera de los límites del territorio nacional). Para determinar el mercado geográfico el elemento principal que se suele considerar son los diferenciales de precios, esto es que si en un área se cambia un precio, y

111 Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, p. 98, expone el análisis de la sustituibilidad de un producto a través de un sencillo ejemplo: Para decidir si refrescos de distintos sabores pertenecen a un mismo mercado habría que observar si los consumidores de un refresco A cambiarían a un refresco B frente a un incremento permanente en el precio del refresco A (5% a 10%). Si suficientes consumidores cambian al refresco B, en tal medida el incremento de precios del refresco A no fuese rentable debido a la reducción resultante de sus ventas, el mercado englobaría como mínimo a los refrescos A y B.

dicho cambio afecta a otras áreas, entonces ambas pueden considerarse como parte de un mismo mercado geográfico.

Los cambios en el precio anterior se refieren por una parte a si un competidor puede incrementar los precios de sus productos en la zona geográfica donde se ubique sin que ello atraiga a vendedores de otras regiones, o sin que ello resulte en que los consumidores vayan a otras regiones a comprar el producto. De igual forma por regla general cuando los productos se ofrecen a nivel nacional y los precios del transporte no implican un gran costo, se suele tomar el mercado geográfico a nivel nacional; por el contrario, si el producto se vende en una sola región (municipal, estatal o la combinación de estos) y los consumidores no pueden ir a otro lugar para comprar el producto, el mercado geográfico abarcará dicha región¹¹².

Los criterios antes mencionados para la determinación del mercado relevante no solo se mencionan en el artículo 58 de la LFCE, sino que son más claros en el artículo 5° de las Disposiciones Regulatorias del mismo ordenamiento, que establecen lo siguiente:

“Artículo 5. Para la determinación del mercado relevante en términos de la fracción V del artículo 58 de la Ley, se deben analizar las circunstancias particulares del caso, identificar los bienes o servicios producidos, distribuidos, comercializados u ofrecidos y aquellos que los sustituyan o puedan sustituirlos oportunamente. Asimismo, se debe delimitar el área geográfica en la que se ofrecen o demandan dichos bienes o servicios, y si en la misma existe la opción de acudir indistintamente a los proveedores o clientes sin incurrir en costos significativos.”

Como se puede observar, se busca delimitar el producto relevante a través de un ejercicio de sustituibilidad, así como se busca determinar el mercado geográfico

112 Cfr. Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 81.

delimitado por el lugar en el que se ofrecen los bienes o servicios y si el cambiarse del mismo implicaría algún costo extra.

En consecuencia, un mercado relevante se define analizando dos dimensiones, la dimensión del producto y la dimensión geográfica. El análisis de dichos elementos en el contexto de los mercados digitales, requiere replantear la forma en la que se utilizan los métodos mencionados para delimitarlos. En un primer momento determinar el producto relevante requiere considerar un análisis por medio de un pequeño y permanente hipotético incremento a su precio, en este sentido los mercados digitales representan un verdadero reto. Esto se debe al incremento del precio de un lado de la plataforma, sin modificar el precio del otro lado, el cual no arroja datos fiables, además de que no es claro cómo debería balancearse el precio del otro lado de la plataforma cuando a un lado se le aplica el análisis del precio.

Las dificultades se amplían cuando la plataforma digital (usualmente aquellas de dos o más lados) comúnmente ofrece precios en cero o nulos. Los precios cero significan que a un lado de la plataforma se establezca un cobro o precio real, mientras que al otro lado de la plataforma se aplique un subsidio cuando la presencia de dicho lado es más importante para el otro lado de la plataforma. Como se mencionó anteriormente, una plataforma no puede pagar para que usuarios participen, por lo que la plataforma no hace un cargo o bien aplica un subsidio que se refleja prestando el servicio gratis a un lado de la plataforma (e.g. Google cobra a los anunciantes pero no a los usuarios de dicho motor de búsqueda). Es decir, que en una plataforma de dos lados usualmente solo a un lado se le hace un cobro mientras que no existe un precio que cobrar al otro lado de la misma.

Los precios cero de las plataformas implican ciertas dificultades en el análisis por medio de un pequeño y permanente hipotético incremento al precio del producto para determinar el producto relevante. Por ello se ha propuesto cambiar el análisis

de un pequeño y permanente hipotético incremento al precio del producto, por un análisis consistente en una pequeña pero significativa disminución permanente de la calidad. No ha quedado claro cómo este análisis se llevaría a la práctica de tal forma que reducir la calidad del producto sea equivalente a incrementar (5% - 10%) el precio del producto, además de que no hay un método para cuantificar los efectos que la reducción en la calidad tienen en los ingresos de un agente económico¹¹³.

El método antes mencionado ha sido mayormente usado por la Comisión Europea, pero al no poder aplicar el análisis de un pequeño y permanente hipotético incremento al precio del producto por las razones expuestas, ni teniendo claro el análisis respecto de la calidad, ha optado por evaluar las funciones que tiene el producto. Cabe recordar que las funciones de un producto/servicio siempre han sido consideradas el punto de partida para observar qué producto es sustituible por otro con iguales o similares funciones.

Tratándose de casos donde se hable de mercados digitales en los que participen plataformas de dos o más lados, la Comisión Europea ha optado por estudiar la forma en la que interactúan todos los lados de la plataforma de tal manera que pueda determinar si existe uno o más mercados. Para lograrlo la Comisión se plantea la siguiente pregunta “¿vería la plataforma, al considerar la amenaza competitiva, diferentes amenazas competitivas en ambos lados?”¹¹⁴, si la respuesta es afirmativa estamos frente a un solo mercado, si es negativa, se puede hablar de al menos dos mercados, uno de cada lado de la plataforma.

El análisis de competencia y las teorías del daño que construya la autoridad deben considerar la relación entre mercados. Como explica la misma Comisión Europea, la importancia de la definición del mercado relevante, y los métodos creados para

113 *Cfr. Cremer, Jacques, op. cit., p. 45.* Por ello, la Organización para la Cooperación y Desarrollo en América ha visto el análisis de una pequeña pero significativa disminución permanente de la calidad como una guía para las autoridades de competencia más allá de un método que deba aplicarse rigurosamente a cada procedimiento.

114 *Ibídem, p. 46.*

lograrlo, se construyeron considerando los bienes y servicios estándar, por el contrario, tratándose de un ámbito digital, se torna difícil encontrar mercados bien definidos. Por ello, cuando se trata de mercados digitales “se debe optar por hacer menos énfasis en la parte del análisis relativa a la definición de mercado y darle más importancia a las teorías del daño y a identificar estrategias anticompetitivas”¹¹⁵.

Tratándose del mercado geográfico, el entorno digital permite comunicar a oferentes y demandantes aún cuando estos no se encuentren en un mismo lugar o al menos uno cercano respecto del otro. Debido a que las plataformas digitales comunican grupos de usuarios, proporcionar bienes o servicios a través de ellas reduce los costos que usualmente tendrían en un mercado tradicional, por ello las plataformas digitales amplían el ámbito geográfico de los mercados, dificultando su limitación. Una vez más, se debe optar por poner más énfasis a las posibles estrategias de colusión que puedan tener los competidores, así como las posibles teorías del daño, recordando que es difícil encontrar mercados digitales bien definidos.

En forma paralela a los métodos tradicionales para definir el mercado, y tomando en cuenta las estrategias de colusión, así como las teorías del daño, considero que el mercado digital se puede delimitar: *i*) entre plataformas que proporcionan un mismo servicio o uno similar (e.g. *Uber* y *Cabify*), *ii*) entre plataformas y un negocio con un modelo tradicional (e.g. *Uber* y taxis de sitio) así como *iii*) dentro de una sola plataforma cuando la plataforma no solo es intermediaria entre un grupo de usuarios y otro, sino también compite con algún grupo al ofrecer los servicios/producto que ya ofrece dicho grupo (la regla general es que una plataforma sirva de intermediaria entre un grupo y otro, sin embargo ya hay situaciones en donde la plataforma compite con un grupo, como lo es *Amazon* que además de ser intermediaria, ya fabrica ciertos productos que vende en la misma plataforma) y establece reglas que podrían limitar al resto de competidores.

115 *Ídem.*

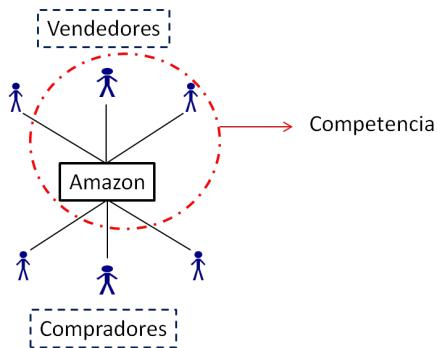
Es importante mencionar que en la teoría existe un posicionamiento a partir del cual consideran el concepto de mercado digital como un sinónimo de las plataformas de dos lados (*marketplaces*); considero que lo anterior no es así toda vez que el mercado digital se amplía a plataformas de un solo lado o de más lados y que el mismo puede llegar a incluir modelos de negocios tradicionales en competencia con plataformas, como se mencionó anteriormente.

Como se ha podido observar a lo largo del presente apartado, el mercado digital presenta retos a las autoridades de competencia relacionados principalmente con la delimitación del mismo (producto relevante y mercado geográfico), pero como bien se mencionó, los métodos que se aplican para delimitarlos fueron pensados tomando como base el mercado tradicional, y en la medida en que un mercado evoluciona y se crea un mercado digital, es conveniente repensar los métodos utilizados para lograr tal delimitación y en su caso proponer nuevos métodos (con mayor enfoque hacia las teorías del daño y colusión) que efectivamente se vean reflejados en las leyes pertinentes.

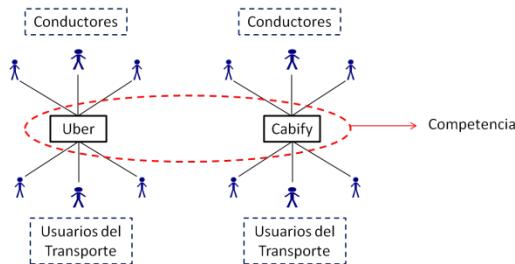
2.3.2 Funcionamiento de un mercado digital.

En el apartado anterior se mencionaron los obstáculos que se presentan para delimitar un mercado digital y algunas de las soluciones propuestas para lograrlo. Como se indicó, si se consideran las teorías del daño y las formas de colusión, como elementos que forman parte del análisis de competencia, conforme a los mismos se puede considerar que el mercado digital surge en tres momentos en los que hay en cada uno de ellos, en mayor o menor medida, algún grado de competencia (aún cuando se trate de competencia perfecta o imperfecta, si existen diversos oferentes y demandantes, se está en presencia de un mercado):

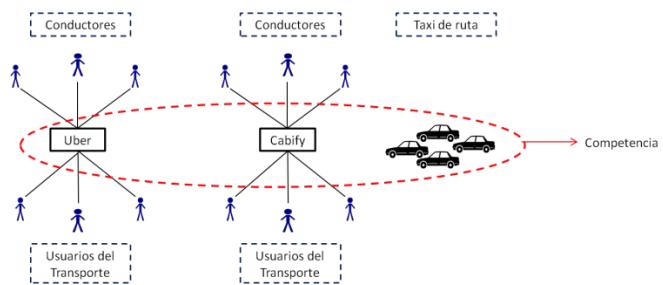
i) cuando la plataforma no solo es intermediaria entre un grupo de usuarios y otro, sino también compite con algún grupo al ofrecer los servicios/producto que ya ofrece dicho grupo.



ii) cuando hay competencia entre plataformas que proporcionan un mismo servicio o uno similar.



iii) cuando hay competencia entre plataformas y un negocio con un modelo tradicional.



En los tres casos mencionados, la forma más simple en la que el mercado digital funciona es debido a la existencia de un intermediario (que es la plataforma) la cual conecta a un grupo de usuarios que ofrece un producto o servicio (oferentes) con otro grupo de usuarios interesados en adquirir o usar dicho bien o servicio (demandantes) sin considerar de forma principal la localización de cada uno de ellos. Para lograr la transacción entre un grupo y otro usualmente se utiliza un pago de precio cierto en dinero y tratándose del pago a la plataforma usualmente a un grupo de usuarios se les cobra un precio cierto y en dinero y al otro grupo se le permite usar la plataforma a cambio de información personal.

Si se da el caso, la plataforma podrá competir con otras plataformas que presten servicios similares a ella, así como con negocios con un modelo tradicional, sin embargo la estructura en la que se basa su funcionamiento persiste en cualquiera de los tres casos mencionados, conectando usuarios con diversos intereses, a cambio de una prestación y en competencia con terceros.

Cabe recordar que en el capítulo primero se mencionó en qué consiste una economía de mercado, caracterizándose principalmente por la ausencia de autoridades o instituciones que centralicen las decisiones respecto a cuánto producir y cuánto consumir. Dichas características encuadran en un mercado digital, pues en éste último no hay autoridad central que dicte el número de usuarios que puedan existir en una plataforma (ya sea del lado de los oferentes o bien, de los demandantes), en este sentido, en un mercado digital no hay autoridad que regule el número de usuarios, si bien se puede considerar que la propia plataforma sea capaz de poner limitantes y establecer un control sobre los grupos de usuarios, cabe recordar que como tal la plataforma no tiene facultades para regular el mercado, limitarlo o aplicar su regulación interna a plataformas digitales terceras que formen parte del mismo mercado (por ejemplo, *Amazon* tiene reglas que deben cumplir los vendedores y los compradores; hasta este punto se puede pensar que la propia plataforma centraliza las decisiones de oferta/demanda, mas no puede aplicar sus reglas a otras plataformas que formen

parte del mercado por prestar un servicio igual o similar, como *eBay* o *Mercado Libre*). De igual forma las autoridades de competencia (COFECE e IFT) podrán iniciar investigaciones cuando así lo consideren pertinente.

Para fácil referencia, el concepto de mercado que se abordó en el capítulo anterior se presentó dentro de la economía de mercado. Las características que se mencionaron sobre dicho concepto embonan en el concepto de mercado digital y son elementos que sirven para explicar su funcionamiento. Recordando tales características encontramos el precio caracterizado por dinero; como se mencionó anteriormente en una plataforma digital la transacción se lleva a cabo prestando un servicio o vendiendo un bien a cambio de un precio cierto en dinero. Por debajo de la transacción está la plataforma que sirve como intermediaria, usualmente ella cobra un precio cierto en dinero a un grupo de usuarios y del otro grupo adquiere información que utiliza para mejorar sus servicios.

Una segunda característica es la existencia de múltiples jugadores (oferentes/demandantes). Como se mencionó, la presencia de un solo oferente y múltiples demandantes crea un monopolio, y la presencia de múltiples oferentes y pocos demandantes crea un oligopsonio. En un mercado digital dicha característica también se cumple, pues es común que derivado de los efectos de red se atraigan más usuarios para los dos lados de una plataforma, además de que resultaría difícil el pensar en un mercado digital en donde los oferentes o demandantes sean un número reducido, ya que la lógica del funcionamiento de cualquier plataforma digital nos invita a considerar una constante en su crecimiento de tal forma que pueda ser redituable.

La tercera característica de un mercado dentro de una economía de mercado es la falta de una autoridad que centralice las decisiones respecto al precio, producción, oferta y demanda; dicha característica se replica en un mercado digital. Como se mencionó, una plataforma digital puede establecer las reglas para su uso (reglas que deben acatar oferentes y demandantes) pero la plataforma por sí misma no

debe tener el poder de limitar el mercado en general, lo cual implicaría que ésta puede decidir sobre los grupos de usuarios de terceras plataformas. De ser el caso, las autoridades de competencia deberán actuar conforme a las leyes, iniciar la investigación pertinente y en su caso aplicar la sanción correspondiente.

Las características de un mercado tradicional no dejan de existir en un mercado digital, pero un mercado digital suma nuevos elementos que dificultan su análisis en el marco de la competencia económica, principalmente aquellos para determinar el producto relevante (dadas las complicaciones del precio y la sustituibilidad del producto o servicio), así como para determinar el mercado geográfico (pues hoy en día es común que una plataforma conecte diversos grupos de usuarios de distintas latitudes) pero que son fundamentales para su correcto funcionamiento.

2.3.3 Regulación de los mercados digitales en términos del marco jurídico de la competencia económica.

El marco jurídico que rige la competencia económica en México fue creado en torno a mercados tradicionales. Por ello, los procedimientos descritos en la LFCE, así como en las Disposiciones Regulatorias, consideran elementos que pueden ser cuantificados para determinar el mercado relevante, el poder de mercado, insumos esenciales e incluso los agentes económicos que participan en el mercado. Cuando los métodos creados para aplicarse a mercados tradicionales son aplicados a mercados digitales, se comienza a generar cierta fricción.

Ejemplo de dicha fricción se encuentra al intentar definir el mercado relevante, como se mencionó con anterioridad, el artículo 58 de la LFCE establece los criterios principales para definirlo (*i.e.* *i*) las posibilidades de sustituir un bien o servicio por otro, *ii*) los costos de distribución del mismo bien, sus insumos, complementos, etc. *iii*) los costos y probabilidades para acudir a otro mercado, *iv*) las barreras normativas y *v*) los demás criterios que establezcan las Disposiciones

Regulatorias o la COFECE); estos resultan de difícil aplicación a los mercados digitales. Por su parte el artículo 5º de las Disposiciones Regulatorias, complementa el artículo 58 al considerar el caso en particular, las posibilidades de sustitución del bien o servicio y la delimitación del mercado geográfico, elementos que de nuevo son difíciles de aplicar toda vez que el mercado digital usualmente rompe barreras geográficas para su funcionamiento así como evade los análisis de sustitución de un producto por las razones explicadas en el apartado anterior.

Si bien, el IFT considera que las plataformas digitales entran en su marco de competencia debido a que estas están íntimamente relacionadas al sector de las telecomunicaciones, toda vez que el artículo 28 constitucional, párrafo décimo sexto establece que el IFT será la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, dicho organismo constitucional tampoco establece en su marco regulatorio la forma en que se debe actuar cuando se está frente a mercados digitales. Por el contrario, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (“LFTR”) en materia de competencia establece sus procedimientos conforme a lo que dicta la LFCE, ejemplo de ello es el artículo 280 el cual establece que el IFT declarará si un agente económico tiene poder sustancial de mercado en algún mercado relevante de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones según el procedimiento establecido en la LFCE.

Hasta este punto, el marco jurídico de competencia queda rebasado tratándose de la delimitación del mercado relevante cuando este funciona en un entorno digital. Si bien la Comisión Europea ha optado por hacer análisis de calidad al producto y servicio, por estudiar las posibles teorías del daño en un caso en concreto así como las estrategias de colusión, bien valdría la pena observar el avance que en este sentido se ha dado en otras latitudes y conforme a ello crear normas que entren en el marco jurídico actual de la competencia económica y que sean armónicas con el mismo.

Como se observa de lo anterior, el marco jurídico de competencia en México no establece normas que indiquen cómo se debe actuar frente a los mercados digitales. Si bien se ha comenzado a actuar en mercados específicos como lo son las plataformas para el transporte de personas, las plataformas de alojamiento o las instituciones de tecnología financiera, estos son casos aislados en donde se puede observar el actuar de la autoridad con base en las leyes actuales de competencia; pero como tal, no hay normas dentro de dichas leyes que establezcan procedimientos generales a seguir tratándose de mercados digitales. Un modelo a seguir podría ser el marco jurídico francés dentro del cual recientemente se propuso el control de notificaciones obligatorias para plataformas digitales, aún si no rebasan los umbrales existentes para notificar.

De igual forma se puede considerar la Ley alemana contra las limitaciones a la competencia, en la que se establecen: *i)* nuevos elementos a considerar dentro de sus procedimientos, además de aquellos usados en mercados tradicionales¹¹⁶, *ii)* se facultó a la autoridad de competencia para analizar mercados que no involucren transacciones con precio cierto en dinero (*i.e.* ofrecen servicios a precio cero) para investigar prácticas monopólicas, *iii)* se facultó a la autoridad de competencia para investigar violaciones a la ley de protección al consumidor de dicha nación y *iv)* se agregó un nuevo umbral para analizar concentraciones basados en el valor de la transacción (es decir, aun cuando no se rebasen umbrales para notificar dado que los agentes económicos no tienen una alta facturación, la concentración se analizará debido a que puede amenazar la competencia).

Si bien el marco jurídico actual en materia de competencia busca cubrir todas las posibilidades dentro de un mercado, no está de más ahondar en aquellas lagunas jurídicas creadas por la falta de normas que impiden realizar un buen análisis

116 Por ejemplo, para evaluar el poder de mercado ya no solo se consideran las participaciones de mercado, sino que se observan los costos de cambio, los efectos de red, el *multi-homing*, el acceso a datos y la competencia derivada de la innovación. *Cfr. Repensar la competencia...*, *cit.*, p. 56.

respecto a los mercados digitales. Por su parte, la Comisión Europea ya ha avanzado en este sentido, para evitar quedar rebasados por los mercados digitales, sería bueno optar por crear normas (sin caer en un exceso legislativo) que prevean las situaciones más comunes que se dan en mercados digitales pero que no alcanzan a ser reguladas por completo con el marco regulatorio vigente.

Capítulo 3: Regulación jurídica de los mercados digitales en México

3.1 Marco jurídico mexicano

En los capítulos precedentes se abordó la idea de que en México la regulación existente respecto a los mercados digitales aún es endeble, esto se debe principalmente a que los actos de comercio que se configuran a través de plataformas digitales comienzan a tener repercusiones en los mercados tradicionales, la economía y en particular en los consumidores; efectos que bajo la óptica de las autoridades de competencia, legisladores y en general el orden jurídico, resultan tan novedosos que frecuentemente rebasan la regulación jurídica actual.

Por ello, es necesario entender jurídicamente en qué posición nos encontramos, qué tan eficiente resulta la regulación actual frente a las plataformas y mercados digitales, y si es imprescindible el pensar en ampliar el marco regulatorio de tal forma que los mercados digitales queden debidamente protegidos en el marco de la competencia económica. Para lograrlo, en un primer momento se deben analizar las leyes que actualmente resguardan los mercados y el alcance que estas tienen respecto a los mercados digitales; y en un segundo momento se debe analizar las conductas más comunes que ocurren en cualquier mercado y bajo ésta óptica observar cómo se manifiestan dichas conductas y se manejan en un entorno digital.

3.1.1 Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

La cúspide del marco jurídico de la competencia económica (como marco regulatorio de los mercados) es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“CPEUM”), en particular en su artículo 28 se tutelan las garantías de libre concurrencia y libre competencia las cuales resultan necesarias para el buen

funcionamiento de los mercados (incluyendo los mercados digitales) en el contexto de una economía de mercado.

En dicho artículo se prevén dos organismos constitucionales autónomos (“OCA”) que se encargarán de perseguir las concentraciones y acuerdos/combinaciones entre agentes económicos que tengan por objeto el alza de precios que afecte a los consumidores, o bien, que con dichos actos se busque evitar la libre competencia y concurrencia entre sí¹¹⁷. El primero de dichos OCA es la COFECE, de la que ya se ha hablado a lo largo de la presente tesis y cuyo objeto principal es garantizar la libre concurrencia y competencia para lo cual la CPEUM dota de facultades para prevenir, investigar y combatir concentraciones y prácticas monopólicas que afecten el funcionamiento eficiente de los mercados¹¹⁸.

En este orden de ideas, el artículo 28 no limita el actuar de la COFECE a los mercados tradicionales (aún cuando dicho ordenamiento se legisló considerando solo la existencia de estos) pues no es una norma prohibitiva en dicho sentido, sino que busca facultar a la COFECE para que esta actúe en cualquier tipo de mercado, aún cuando éste surja en un entorno digital. En caso de que se buscara un actuar distinto, por autoridades diferentes, frente a los mercados digitales, el legislador conscientemente lo hubiese señalado, tal como en el mismo artículo en cuestión se habla de aquellas áreas estratégicas en donde el Estado ejerce funciones de manera exclusiva.

El segundo OCA es el IFT, el cual la CPEUM expresamente lo señala como la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, siendo los únicos sectores respecto a los cuales se creó a una autoridad distinta a COFECE con facultades para actuar en materia de competencia económica¹¹⁹. La CPEUM es clara al señalar que el IFT en materia

117 Artículo 28, párrafo segundo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

118 Artículo 28, párrafo decimocuarto, *CPEUM*.

119 Artículo 28, párrafo decimosexto, *CPEUM*.

de competencia económica, se regirá conforme a las facultades que en el mismo artículo 28 y en demás leyes se otorguen a la COFECE.

En cualquier caso, tanto la COFECE como el IFT (éste último respecto a los sectores señalados) son las autoridades competentes para observar el cumplimiento de las garantías de libre concurrencia y libre competencia en los mercados (incluyendo mercados digitales, pues no hay exclusión de estos). Como se indicó en el capítulo precedente, actualmente existe un debate sobre si las conductas realizadas en plataformas digitales, que afectan los mercados digitales (y usualmente también a los mercados tradicionales) son competencia de COFECE o bien, por su estrecha relación al sector de las telecomunicaciones, son competencia del IFT. A raíz de la decisión del Poder Judicial comentada anteriormente, se puede observar que en ciertos mercados digitales la autoridad competente es la COFECE, pero aún no queda claro si esta es la autoridad indicada respecto a cualquier tipo de mercado digital, o bien, habrá que estudiar caso por caso. Aunado a lo anterior, la CPEUM no es el ordenamiento en donde deba solucionarse tal cuestión, sin embargo lo que queda claro es que ésta prevé la regulación de los mercados digitales al dejar un amplio margen de acción a la COFECE y al IFT.

3.1.2 Ley Federal de Competencia Económica

La LFCE es la ley reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de libre concurrencia, competencia económica, monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones¹²⁰. En este sentido, esta ley es de observancia general y debe ser aplicada a todas las áreas de la actividad económica. Sin embargo, respecto a los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, la LFCE retoma lo expresamente señalado en el artículo 28 constitucional y reconoce en su artículo 5º al IFT como la autoridad de competencia en cuanto a dichos sectores. Como se observa, la LFCE trata de dejar un amplio margen de acción a las autoridades de competencia

120 Artículo 1º, *Ley Federal de Competencia Económica*.

al indicar que la ley se aplica a todas las áreas de la actividad económica, por lo cual, aún cuando no sea claro si los casos relacionados con plataformas digitales son solo competencia de la COFECE o bien, del IFT, es claro que estos casos quedan sujetos a dicha ley toda vez que forman parte de la actividad económica.

De igual forma la ley menciona en su artículo 4° que los “agentes económicos” son los sujetos de aplicación de la ley. En el artículo 3°, fracción I, se define lo que debe entenderse por agente económico, limitándolo a “toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica” y bajo la óptica de esta definición se entiende a las plataformas digitales como el medio por el que las personas morales o físicas (propietarios de la plataforma) participan en la actividad económica; debido a lo anterior estas no quedan exentas de su aplicación.

Posteriormente, el artículo 52 de la LFCE prohíbe una serie conductas consideradas anticompetitivas, pues de llevarse a cabo dañan, impiden o condicionan la libre concurrencia y libre competencia. Dichas conductas son los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y las barreras a la competencia. Cada una de estas conductas pueden realizarse por plataformas digitales, por ejemplo una plataforma puede ser la única en ofrecer un producto/servicio, creando así un monopolio; o bien entre plataformas competidoras pueden crear acuerdos (prácticas monopólicas absolutas); entre plataformas que no son competidoras entre sí, pero que forman parte de la misma cadena de valor, pueden restringir la entrada de un nuevo servicio (práctica monopólica relativa); dos plataformas pueden concentrarse sin un previo análisis y autorización por parte de la autoridad de competencia cuando el análisis sea obligatorio (concentración ilícita) e incluso la plataforma puede establecer barreras de tal forma que otros competidores no puedan acceder al mercado digital (barreras a la entrada).

Como se observará más adelante, cada una de las conductas mencionadas pueden realizarse en entornos digitales, sin embargo, el marco normativo para regular dichas conductas fue creado pensando que las mismas se llevarían a cabo en mercados tradicionales, más no así en mercados digitales. Por ello, vale la pena estudiar de forma aislada cada una de dichas conductas cuando estas son realizadas por agentes económicos primordialmente activos en entornos digitales. Lo anterior no limita la actuación de la COFECE e IFT, pues las plataformas digitales, al ser sujetos de la ley deben cumplir con sus obligaciones conforme a la misma y de ser el caso, pueden ser sujetos de investigación y de aplicación de sanciones.

En cada uno de los procedimientos establecidos por la LFCE (*i.e.* procedimientos para determinar insumos esenciales, poder de mercado, mercado relevante, procedimientos de notificación de concentraciones e investigaciones respecto de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas) se encuentran obstáculos a superar que surgen dado las características que tienen las plataformas y mercados digitales. Más adelante se observará con mayor énfasis cómo el entorno digital dificulta la tarea de la COFECE e IFT cuando estas autoridades aplican los procedimientos más comunes (*i.e.* a concentraciones e investigaciones). Hasta el presente, es claro que la LFCE, sin considerar la autoridad que debe aplicarla, es la norma que debe usarse sobre los mercados digitales, adicionalmente la misma ya ha sido utilizada en distintos procedimientos en donde los agentes económicos son plataformas digitales.

De igual forma, dentro de las atribuciones con las que cuenta la COFECE de conformidad con el artículo 3º de la LFCE, ésta se encuentra facultada para emitir opiniones respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos cuando estos sean en materia de libre concurrencia y libre competencia. Como se observó en el capítulo precedente, la COFECE ha emitido opiniones que han afectado de forma positiva la manera en la que se comienzan a regular sectores que están íntimamente relacionados a mercados digitales (*i.e.*

legislaciones relacionadas a las plataformas para el transporte de personas, Ley *Fintech* y legislaciones relacionadas a plataformas de alojamiento).

3.1.2.1 Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica

Publicadas en el DOF el 10 de noviembre de 2014, las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (“Disposiciones Regulatorias”) establecen los elementos que complementan los procedimientos previstos en la LFCE. Las Disposiciones Regulatorias cuentan con nueve capítulos, entre ellos se establecen las reglas generales para el análisis y determinación del mercado relevante, poder sustancial, barreras a la competencia y la libre concurrencia, insumos esenciales y condiciones de competencia efectiva (Capítulo II), elementos adicionales para el análisis de concentraciones (Capítulo III), reglas generales aplicables a los procedimientos (Capítulo IV), medidas de apremio y sanciones (Capítulo V), la desincorporación (Capítulo VI), entre otros elementos que se consideran en procedimientos distintos considerados en los Capítulos VII al IX. En este sentido las Disposiciones Regulatorias se pueden entender como un cuerpo normativo compuesto de normas adjetivas, pues regulan el desarrollo de diversos procedimientos.

Las Disposiciones Regulatorias establecen las normas generales aplicables a los procedimientos, es decir, normas que deben seguirse por igual, aún tratándose de procedimientos distintos, por ejemplo, en el caso de una investigación por prácticas monopólicas, así como en la notificación de una concentración, habrá formalismos que deban tomarse en cuenta como las constancias que obren en los expedientes, los oficios que emita la COFECE y la forma en la que estos se notifican al agente económico, la forma para solicitar copias certificadas, la firma (autógrafa o electrónica) que las actuaciones y promociones deben contener, entre otros.

El Capítulo III de las Disposiciones Regulatorias establece una serie de normas adjetivas aplicables a las concentraciones, en este orden de ideas considero que los efectos que una plataforma digital pueda tener sobre el análisis que deba realizarse cuando esta participa en una concentración, se observan de forma clara cuando se busca aplicar las normas establecidas en la LFCE y no así tratándose de las normas procedimentales contenidas en las Disposiciones Regulatorias. Lo anterior se debe a que el análisis sustancial de la concentración (y si esta es notificable ante la autoridad) se lleva a cabo conforme a las normas de la LFCE, si la operación es notificable ante la autoridad de competencia, el procedimiento a seguir (en cuanto a los formalismos que deben observarse) no cambian aún cuando el agente económico se trata de una plataforma digital.

Posteriormente, el Capítulo IV, Sección Segunda, establece las normas adjetivas que se aplican de forma general a los procedimientos de investigación (ya sea que se trate de investigaciones de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas), este caso resulta igual al anterior, pues considero que los efectos de las plataformas digitales se observan en el análisis hecho por la autoridad para determinar si efectivamente se ha cometido o no algún ilícito conforme a lo que establece la LFCE. En este sentido, las normas del Capítulo IV aplicables a las investigaciones no afectan el lado sustantivo de la investigación, pues en sí establecen las obligaciones de los agentes económicos a proporcionar la información que les sea solicitada, los requisitos formales que deben contener los requerimientos emitidos por la autoridad, entre otros.

Se observa de lo anterior que las Disposiciones Regulatorias hacen las veces de normas adjetivas en el marco jurídico de la competencia económica en México, mientras que la LFCE es la que contiene en su mayoría las normas sustantivas que se aplican en esta materia, sin que ello la limite a señalar los procedimientos en general que en esta materia deban seguirse. Por ello, las Disposiciones Regulatorias siguen siendo de aplicación a los casos relativos a las plataformas digitales cuando estas caen en alguno de los supuestos señalados en la LFCE.

3.1.3 Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión

La LFTR establece en el artículo 1º su objeto, que, entre otros, consiste en regular el proceso de competencia y libre concurrencia en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. Hasta este momento, esta ley representa una segunda legislación que, en paralelo a la LFCE, regula los aspectos concernientes a la libre competencia y concurrencia. Posteriormente, el artículo 7º de dicha ley reconoce al IFT como un OCA (tal y como se establece en el artículo 28 constitucional) al reconocer la independencia en sus decisiones y funcionamiento, así como su personalidad jurídica y patrimonio propios. Dentro de dicho artículo se establece que el IFT será la autoridad en materia de competencia económica en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que ejercerá las facultades correspondientes según el propio artículo 28 constitucional, así como aquellas señaladas en la LFCE cuando actúa dentro de temas concernientes a ésta última.

Como se mencionó con anterioridad, actualmente existe un debate para determinar quién es la autoridad competente en materia de competencia económica tratándose de mercados y plataformas digitales. Por su parte la Unidad de Competencia del IFT expresó razones por las cuales considera que dicho OCA es la autoridad competente al tratarse de plataformas digitales, tal como se observa en la resolución del IFT por medio de la cual buscaba ser competente respecto a la concentración *Uber-Cornershop*.

Principalmente argumentó que “por medio de las plataformas digitales (...) los usuarios pueden acceder a interfaces sobre internet conocidas como aplicaciones y/o sitios web, y estos proveen servicios que permiten comunicar, conectar y enlazar por medios electrónicos a distintos grupos de usuarios, dando lugar a mercados de dos o más lados”¹²¹.

121 Cfr. Versión Pública de la Versión Estenográfica de la VIII Sesión Extraordinaria del Pleno del IFT, celebrada el 11 de noviembre de 2019, *op. cit.* p. 3.

Adicionalmente menciona que por “su intrínseca relación con las redes de telecomunicaciones, con prestadores de servicios de telecomunicaciones y prestadores de servicios de internet” es que el IFT sería competente para conocer casos (y en particular la concentración mencionada) relativos a plataformas digitales.¹²². En pocas palabras, el IFT considera que la principal función de una plataforma digital consiste en comunicar por medios electrónicos, haciendo uso del internet, a dos o más grupos de usuarios, por lo que estas entran al sector de las telecomunicaciones.

Por el contrario, se ha llegado a considerar que observar solo el medio (en este caso digital) a través del cual se presta un servicio o se proporciona un producto, orilla a los mercados a un segundo plano toda vez que el medio por el que se presta el servicio es sobre el que recae el análisis. Sin embargo, aún cuando no hay un punto claro sobre qué autoridad tiene competencia total en este tipo de mercados, considero relevante tomar en cuenta al IFT cuando, por las facultades otorgadas por la propia CPEUM, así como la LFCE y LFTR, puede decidir en temas dentro del marco de la competencia económica.

En este sentido, dentro de las facultades que se establecen en el artículo 15 de la LFTR para el ejercicio de las atribuciones del IFT, destacan en materia de competencia la fracción IX que faculta al IFT para emitir disposiciones, lineamientos o resoluciones en materia de interoperabilidad e interconexión de las redes públicas de telecomunicaciones con el fin de asegurar la libre competencia y concurrencia en el mercado; la fracción XX que faculta al IFT para determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en mercados relevantes y agentes económicos preponderantes, así como imponer las medidas necesarias para que no se afecte la competencia en los sectores que son competencia del IFT y la fracción XXI, la cual faculta al IFT para declarar la existencia o inexistencia de condiciones efectivas de competencia en algún sector que sea de su competencia. De la misma manera, el artículo 54, fracción III de la LFTR,

122 *Ídem.*

establece la competencia efectiva en los mercados convergentes de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones como uno de los objetivos que debe perseguir el IFT al administrar el espectro radioeléctrico.

Posteriormente el artículo 26 faculta a la autoridad investigadora del IFT para conocer de la etapa de investigación y, en su caso, del procedimiento seguido en forma de juicio conforme a lo establecido en la LFCE, es decir, en investigaciones por prácticas monopólicas y el posible procedimiento seguido en forma de juicio sobre los agentes económicos involucrados en la práctica.

Una característica singular que se presenta en el marco de la LFTR, dentro de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, pero no en la LFCE, es la existencia de agentes económicos preponderantes¹²³. Respecto a ellos el artículo 262 de la LFTR faculta al IFT para determinar la existencia de dichos agentes, así como para imponer las medidas necesarias con el fin de evitar una afectación a la libre competencia y libre concurrencia; y una vez que el IFT determine que existen condiciones de competencia en el mercado de que se trate, emitirá una declaratoria por medio de la cual extinguirá las obligaciones impuestas al agente económico preponderante. Si bien hasta el momento no se ha dado el caso en el que una plataforma digital sea calificada como un agente económico preponderante, esto no implica que en un futuro pueda existir tal caso, toda vez que la plataforma (si participa en la prestación de servicios de telecomunicaciones o radiodifusión) tiene como objetivo aumentar su participación de mercado de tal forma que dicho incremento pueda rebasar el supuesto establecido en el artículo 262.

123 Artículo 262, segundo párrafo *LFTR*, “se considerará como agente económico preponderante, en razón de su participación nacional en la prestación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, a cualquiera que cuente, directa o indirectamente, con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje ya sea por el número de usuarios, suscriptores, audiencia, por el tráfico en sus redes o por la capacidad utilizada de las mismas, de acuerdo con los datos con que disponga el Instituto”.

Como se observa, la LFTR es una legislación que regula la materia de competencia económica tratándose de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. Si bien esta es una ley que jerárquicamente está en el mismo nivel que la LFCE, no se debe descartar como parte del marco jurídico que regule los mercados digitales en México toda vez que hoy en día sigue a discusión cuál es la autoridad con total competencia para resolver respecto a mercados y plataformas digitales. Sobre este punto, si bien COFECE ha conocido en su mayoría de las concentraciones e investigaciones relacionadas a mercados digitales, el IFT en su momento se declaró competente para analizar la concentración entre las plataformas *Uber* y *Cornershop* pues los comisionados del IFT coincidieron en que dicha concentración tendrá impacto en los servicios de telecomunicaciones¹²⁴. Posteriormente el Poder Judicial resolvió que la autoridad competente era la COFECE, lo cual si bien sienta un precedente importante, no deja claro si dicho organismo es competente tratándose de cualquier mercado digital, o bien, tendrá que discernirse caso por caso.

3.1.4 Ley Federal de Protección al Consumidor

Como se ha mencionado en el Capítulo 2 de la presente tesis, lo que se busca a través de la competencia se refleja en dos objetivos claros: el primero de ellos consistente en proteger el proceso de competencia, es decir, no a los competidores en particular sino al proceso de competencia en sí mismo y el segundo consiste en proteger a los consumidores, buscando el mayor beneficio que para ellos pueda traer una competencia sana dentro de los mercados.

Con relación al segundo objetivo mencionado, en un entorno digital se puede observar que se crean mayores beneficios hacia los consumidores, como lo es el uso de las plataformas digitales las cuales disminuyen las restricciones

124 Lucas, Nicolás, “IFT atrae de COFECE la concentración Uber-Cornershop en México”, *El Economista*, 09 de diciembre de 2019, <https://www.economista.com.mx/empresas/IFT-atrae-de-Cofece-la-concentracion-Uber-Cornershop-en-Mexico-20191209-0040.html>, consultado el 06 de enero de 2020.

geográficas, permitiendo a los consumidores acceder a más productos y servicios a precios más bajos. Sin embargo, en la medida en que aumentan los beneficios para los consumidores, los mercados digitales también pueden presentar nuevas amenazas a los mismos, las cuales deben ser atenuadas y suprimidas. Por ello la Ley Federal de Protección al Consumidor (“LFPC”) pasa a formar parte del marco jurídico que regula los mercados digitales (al menos en la parte de los consumidores) toda vez que estos últimos generan nuevos supuestos que podrían dejar indefensos a los consumidores.

En un contexto de mercado, cuando se piensa en el término consumidor, usualmente se piensa en el consumidor final, es decir, aquel que consume un producto o servicio terminado que resulta de una cadena de valor. Sin embargo, un contexto jurídico nos permite pensar en dos tipos de consumidores, el consumidor final (que se encuentra al final de la cadena de valor) y el consumidor de nivel intermedio (es decir, aquel consumidor que está en algún nivel de la cadena de valor y usa el producto como insumo para la fabricación de otro producto). Este tipo de razonamiento se ve aplicado en distintos ordenamientos jurídicos dentro de los mercados digitales, como es el de la Unión Europea, la cual al considerar el daño a los consumidores y buscar el “bienestar del consumidor” toma en cuenta los dos tipos de consumidores mencionados. Este análisis también aplica en un sentido amplio a todos los usuarios de una plataforma digital, así por ejemplo, en una plataforma de servicio de transporte, los conductores que se comunican con los usuarios a través de una plataforma digital podrían considerarse como usuarios, y dicha consideración se toma como práctica estándar y bien definida¹²⁵.

En el caso del marco jurídico mexicano de las plataformas digitales en torno al concepto de consumidor, la LFPC considera al consumidor final, así como a un consumidor de nivel intermedio pero con ciertos requisitos extras. Así, el artículo 2º de dicha ley define al consumidor como:

125 Cremer, Jacques, *op. cit.*, p. 41.

“la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley”

Se observa de lo anterior que no hay mayor problema en entender lo que se refiere por el concepto de consumidor final, pero surge un problema al buscar identificar al consumidor en un nivel intermedio, pues los artículos 99 y 117 de la LFPC hacen mención de los requisitos y formalismos que deben contener las quejas y reclamaciones que presenten los consumidores a la autoridad competente, al respecto, el artículo 99 señala en su párrafo décimo cuarto lo siguiente:

“Las reclamaciones de las personas físicas o morales a que se refiere la fracción primera del artículo 2 de esta ley, que adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, serán procedentes siempre que el monto de la operación motivo de la reclamación no exceda de \$545,737.62”

Derivado de dicho párrafo existe una condición que deben cumplir los consumidores de nivel intermedio para que se les reconozca como tal y se acepte frente a la autoridad la reclamación que puedan presentar y es que la misma sea respecto de una operación que no rebase el umbral establecido. Si bien el monto del umbral puede actualizarse de tiempo en tiempo, el simple hecho de que exista este requisito formal para los consumidores de nivel intermedio, ya representa por sí mismo una limitante a su protección.

Posteriormente, la LFPC establece en su artículo 20 a la autoridad encargada de proteger los derechos e intereses de los consumidores. Dicha autoridad es la Procuraduría Federal del Consumidor; en este caso queda clara la diferencia entre esta procuraduría y la COFECE o IFT, mientras que la primera se encarga solo de velar por el bienestar de los consumidores, los OCA's mencionados tienen dentro de su objeto el salvaguardar la libre competencia y libre concurrencia. Por ello, si bien la Procuraduría Federal del Consumidor protege a los consumidores, no puede considerarse como facultada para regular mercados (ni mercados digitales) en beneficio del consumidor. Actualmente existen casos en otras jurisdicciones en donde se comienza a facultar a las autoridades de competencia en materia de protección al consumidor, como es el caso de la autoridad de competencia en Alemania, la cual ya está facultada para analizar el impacto negativo que sufrirán los consumidores en caso de alguna práctica ilícita.

Como se mencionó, una característica de los mercados digitales es el uso de *Bigdata*, el cual permite a los competidores conocer mejor a sus consumidores, pero en la medida en que es más fácil acceder a la información de los consumidores, mayor debe ser la protección que se les brinde y más estrictas las obligaciones que los agentes económicos (en este caso, plataformas digitales) deban cumplir en cuanto al resguardo e intercambio de la información de los consumidores se refiere. Este tema se encuentra actualmente regulado por la LFPC en su artículo 76 bis al establecer las obligaciones que el proveedor debe cumplir cuando se realicen transacciones entre proveedores y consumidores a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología (en este último bien podrían caber las plataformas digitales).

Entre los requisitos mencionados se encuentran el carácter confidencial que debe tener la información del consumidor cuando sea usada por el proveedor, el consentimiento que debe existir de forma expresa por parte del consumidor cuando el proveedor desee compartir su información con otros proveedores, la obligación de proporcionar los datos personales del proveedor al consumidor

antes de celebrar la transacción, entre otros. Sin embargo, dado la velocidad a la que evolucionan los mercados digitales (también considerada una característica inherente a los mismos) es posible que las medidas de protección mencionadas en la LFPC no sean suficientes para salvaguardar al consumidor, pues una vez que la plataforma digital cuente con dicha información puede realizar prácticas ilícitas sancionadas por la LFCE pero no así por la LFPC, dejando un espacio por el que se podría vulnerar al consumidor.

Para evitar lo anterior, se retoma el ejemplo citado en el Capítulo 2 en donde se señalaron los cambios realizados a la Ley alemana contra las limitaciones a la competencia, poniendo particular énfasis a las facultades que se le otorgaron a la autoridad de competencia alemana para iniciar investigaciones por violaciones que se hagan a la ley de protección al consumidor de dicha jurisdicción. En este caso es claro que se ha preferido dotar de mayores facultades a una autoridad, aunque ello implique una mayor competencia respecto a las materias que pueda conocer, antes de dejar en un estado de indefensión al consumidor.

En un proceso de competencia todos pueden ser agentes económicos que participen dentro del mismo, pero las consecuencias de qué tan sano o corrompido sea dicho proceso siempre repercuten en el consumidor (ya sea final o intermedio) es por ello que si bien dentro de los mercados digitales se debe buscar la sana competencia a través de la prevención y sanción de prácticas ilícitas, también se debe buscar incrementar la protección que el consumidor recibe quizá ya no solo a través de la LFPC sino buscando nuevas opciones, a través de otras leyes y autoridades (como podrían ser el IFT y COFECE), que amplíen el nivel de salvaguarda que se le brinda al consumidor.

3.2 Prácticas monopólicas absolutas

3.2.1 Definición y alcance del concepto de prácticas monopólicas absolutas.

Antes de proporcionar una definición teórica de lo que podría entenderse por práctica monopólica absoluta (“PMA”), se debe observar que estas prácticas comparten cierta similitud con las prácticas denominadas “*per se*” previstas en la legislación estadounidense, pues como se ha observado a lo largo de la presente tesis, el marco jurídico mexicano en materia de competencia económica suele observar los alcances de dicha materia en otras jurisdicciones, por lo que no es de sorprender que las PMA sean bastante similares a las prácticas *per se*.

A través de diversos casos, los tribunales de EUA concluyeron que las actividades que afectan o benefician al mercado en materia de competencia, se estudian bajo la óptica de dos reglas distintas: la primera de ellas conocida como la regla *per se* (*per se rule*) implica que hay ciertas actividades o restricciones al comercio que resultan ser tan perjudiciales para el mercado, que una vez detectadas por la autoridad, éstas son consideradas ilegales y no admiten justificación alguna, por lo que siempre serán sancionadas. La segunda regla denominada comúnmente como regla de la razón (*rule of reason*) implica que hay ciertas actividades que no necesariamente afectan al mercado y el proceso de competencia, y para determinar lo anterior las autoridades deberán estudiarlas caso por caso para verificar si las mismas generan eficiencias al mercado.

En este sentido, la Ley Sherman en su artículo primero regula las actividades que se estudian bajo la regla *per se* y que por lo tanto están prohibidas. A partir de la interpretación que los tribunales estadounidenses han hecho, se buscó señalar de forma clara cuáles eran las actividades o conductas que siempre serán contrarias al proceso de competencia y por lo tanto ilícitas. Entre dichas conductas se encuentran la formación de acuerdos entre competidores para restringir la oferta,

incrementar el precio de bienes y servicios, dividir mercados o usar cualquier método para excluir a competidores del mercado.

Las conductas antes mencionadas surgen de la interpretación del artículo 1° de la Ley Sherman, sin embargo la razón de señalar dichas conductas en una especie de catálogo fue para darle a los agentes económicos la certeza de qué prácticas serán consideradas como ilegales, de tal forma que actúen dentro del mercado siendo conscientes de si sus conductas son conforme a la ley. Una segunda razón consiste en que dichas conductas “(...) han demostrado ser nocivas para la competencia. Poner en duda su ilegalidad sería abrir la puerta para que se formaran una gran cantidad de cárteles los cuales siempre intentarían argumentar los efectos favorables de su conducta”¹²⁶. Por ello, a partir de la regla *per se* se establecen ciertas conductas, que debido al daño que ocasionan a la competencia, siempre serán prohibidas.

Las PMA, siendo este un concepto propio del sistema jurídico mexicano, se basan desde una óptica conceptual, en las actividades *per se*. En este sentido, considero que las PMA son actividades o conductas que surgen de un acuerdo entre competidores y que al ser tan nocivas para el mercado y el proceso de competencia (por eliminar, limitar o disminuir la competencia), estas siempre serán ilegales. El sistema jurídico mexicano considera como PMA, conforme al artículo 53 de la LFCE, a las siguientes conductas¹²⁷: manipulación de precios, manipulación de la oferta, división del mercado, coordinación de posturas en licitaciones y el intercambio de información que tenga como objeto o efecto cualquiera de las anteriores. Como se puede apreciar, estas prácticas tienen cierta similitud con aquellas mencionadas en el catálogo de las prácticas *per se*. Las PMA tienen dos características principales¹²⁸: *i)* siempre serán ilegales (esto implica que no admiten justificación alguna, ni están sujetas a argumentar

126 Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 94.

127 Cfr., “Práctica monopólica absoluta”, Comisión Federal de Competencia, México, <https://www.cofece.mx/que-es-una-practica-monopolica-absoluta-pma/>, consultado el 17 de febrero de 2020.

128 Cfr. Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 93.

eficiencias al mercado) y *ii)* siempre se efectúan entre agentes económicos competidores entre sí. En paralelo a dichas características, considero como una tercera que, a diferencia de las prácticas monopólicas relativas, como se explicará más adelante, en las PMA no se toma en cuenta la participación de mercado o poder sustancial de los agentes económicos, para declararlas ilegales y sancionarlas.

Cada una de las conductas que se catalogan como PMA surge a partir de un acuerdo entre competidores; dada ésta característica particular en la que el acuerdo se da entre dos o más agentes económicos que se encuentran en un mismo nivel y se reconocen como iguales (es decir, en plano horizontal se reconocen como competidores uno del otro)¹²⁹, estos acuerdos y en general las PMA también son conocidas como acuerdos horizontales. Estos acuerdos entre agentes económicos competidores entre sí dan pie a la creación de un cártel¹³⁰ que es la base de las PMA. Sin embargo, existe una serie de condiciones que deberán satisfacerse para la creación de un cartel, como lo es¹³¹: *i)* Los costos para organizar el cártel deberán ser bajos o nulos, *ii)* el cártel deberá cuidar su tamaño, pues de ser muy grande podría afectar la organización del mismo, *iii)* la elasticidad del precio en la demanda del producto deberá ser muy baja de tal forma que al incrementar el precio del mismo los clientes no lo cambien por un producto similar y *iv)* el cártel deberá estructurarse y trabajar de tal forma para que éste tenga una duración prolongada.

129 González de Cossío, Francisco, *op. cit.* pp. 221-222. Una relación horizontal existe “cuando las partes involucradas se encuentran, con respecto a un mercado, en el mismo eslabón de la cadena productiva”.

130 Cfr. Handler, Milton, Pitofski, Robert, *et al.*, anteriormente en el Capítulo primero de la presente tesis se indicó que por cartel se entiende a los acuerdos entre empresas que competían entre sí que tenían como finalidad principal, pero no exclusiva, fijar los precios de los bienes y distribuir la cuota de producción. En forma paralela, John S. McGee define a los cárteles como “asociaciones de firmas que cooperan entre sí para fijar un precio y otras condiciones comerciales”. En *Trade regulation: cases and materials*, 4^a. Ed., EUA, Fundation Press, 1997, pp. 221-228.

131 Cfr. Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 104.

Cumplidas las condiciones mencionadas existe una mayor posibilidad de que un cártel surja. El principal objetivo por el que se crea un cártel es para evitar competir entre los agentes económicos de dicho mercado, o bien, reducir su competencia. El cártel se crea a partir de un acuerdo entre competidores para realizar alguna de las actividades catalogadas como PMA. Al ser dichas actividades ilícitas, es común que los acuerdos para alcanzar dicho cártel no se realicen de forma abierta y evidente, sino por el contrario, los participantes del mismo buscarán que el acuerdo esté oculto de la autoridad; por ello es que resulta tan complicado probar la existencia del mismo.

En este sentido, cuando el acuerdo es expreso, es más fácil demostrar la existencia del mismo, pues hay elementos jurídicos existentes en donde la voluntad de los agentes económicos y su deseo de coludirse aparece de forma expresa. Por el contrario, cuando se trata de acuerdos tácitos probar su existencia se complica. Cuando la autoridad en competencia está frente a este tipo de acuerdos, éstos deberán inferirse a partir de pruebas indirectas que presente el denunciante, este tipo de prueba “(...) es indirecta cuando de la demostración de la existencia de un hecho secundario (hecho probado) sea posible extraer inferencias que fundamenten la hipótesis del hecho principal (hecho por probar o presunto). Así, la prueba indirecta ofrece elementos de confirmación de la hipótesis de existencia de un hecho principal, pero a través de un paso lógico, que parte de un hecho secundario.”¹³² Lo anterior toda vez que resulta complejo o imposible el aportar pruebas directas que evidencien la existencia del acuerdo. De igual forma, actualmente existe jurisprudencia en la que se advierte la complejidad para presentar pruebas directas que acrediten la existencia de un acuerdo tácito, por ello los tribunales han elegido aceptar la prueba indirecta como medio para acreditar la existencia de un acuerdo tácito¹³³.

132 *Prueba indirecta. Su concepto y elementos que la integran.* Tesis jurisprudencial I.40.A. J/72, Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Administrativa Del Primer Circuito, Referencia núm.16858, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, Octubre de 2008, p. 2287.

133 *Competencia económica. La prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información*

Una vez que se ha llegado a un acuerdo entre competidores y el cártel ha sido creado, este tendrá dentro de sus fines el realizar una o varias conductas catalogadas por la LFCE como PMA:

Fijación de precios: Esta práctica consiste en acuerdos entre competidores (vendedores) que tienen como objeto la imposición de precios mayores en el mercado respecto de aquellos que prevalecerían en una situación de competencia; o bien acuerdos entre competidores (compradores) cuyo objeto usualmente implica imponer precios menores en el mercado respecto de aquellos que prevalecerían en una situación de competencia. En cualquier caso, esta práctica resulta perjudicial dado que afecta a aquellos que no están dentro del acuerdo, además de reducir, o bien eliminar por completo, la competencia entre los agentes participantes del acuerdo.

Para que esta práctica pueda realizarse, los agentes económicos deberán observar una serie de condiciones en el mercado que, de existir, facilitarían la colusión de los mismos y la realización de ésta PMA. Dichas condiciones son las siguientes¹³⁴:

- Mercado con alta concentración. En la medida en la que haya menos competidores en un mercado, éste estará más concentrado, lo cual facilitará a los competidores existentes el llegar a un acuerdo y coludirse.
- Barreras a la entrada. La existencia de barreras a la entrada facilitará a los competidores coludirse, pues las mismas implican que el acceso al mercado para otros competidores se encuentra limitado, en este sentido

disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas. Tesis jurisprudencial I.4o.A. J/74, Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Administrativa Del Primer Circuito, Referencia núm. 168495, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, Noviembre de 2008, p. 1228.

134 Considero que las condiciones mencionadas son reconocidas con claridad por Amílcar Peredo, por lo que sigo su línea de pensamiento en cuanto a las mismas. *Cfr., op. cit.*, pp. 130 - 131.

entre menos competidores nuevos puedan acceder al mercado, los agentes coludidos no tendrán que invitarlos al acuerdo.

- Características del producto. Los agentes que deseen coludirse deberán observar qué tan similar o igual son los productos y servicios que proporcionan; en la medida en que los productos sean más distinguibles en cuanto a características y calidad, más difícil será alcanzar un acuerdo entre los agentes económicos.
- Costos de producción similares. Los agentes que deseen formar el cártel deberán tener costos de producción similares, pues de lo contrario cada uno obtendría utilidades muy diferentes, lo que provoca que llegar a un acuerdo se dificulte.
- Términos del acuerdo. Si bien ésta no es como tal una condición del mercado, si implica una negociación entre los agentes que deseen coludirse, entre más agentes participen en el acuerdo más complicado será que todos estén conformes respecto de la forma en la que realizarán la PMA.

Cuando las condiciones mencionadas existen, habrá mayor facilidad para los agentes económicos de fijar precios. En este caso, considero que es pertinente que en el momento en el que la autoridad detecte mercados en donde existan tales condiciones, deberá apuntar sus baterías a observar las conductas de los competidores, pues a diferencia de otros mercados, en ese existirán las condiciones estructurales adecuadas para que los agentes se coludan y fijen los precios de bienes y servicios.

Manipulación de la oferta: Esta práctica consiste en restringir la oferta de bienes y servicios en el mercado. Lo anterior se busca por los agentes coludidos para facilitar la manipulación de precios en los mercados respectivos, es decir, los

agentes económicos adquieren poder para obtener rentas altas por medio de la reducción de la oferta, lo cual resulta en precios más altos a los de la competencia. Por ello, es común que ésta práctica aparezca previa a la fijación de precios.

División del mercado: Esta práctica es de las más comunes cuando los competidores llegan a un acuerdo. Esto se debe a que, a diferencia de las dos prácticas antes mencionadas, ésta no requiere observar ciertas condiciones para llevarse a cabo. Consiste en que los competidores que forman parte del cártel se repartirán el mercado entre ellos, logrando que en cada segmento del mercado dividido compita solamente el agente económico al que le fue otorgado el segmento. Ésta práctica se realiza mediante la división y distribución del territorio, la clientela, los proveedores, los tiempos o espacios determinados. Esta división le dará cierta ventaja al agente económico a cargo del segmento de mercado que le fue distribuido, pues podrá controlar la oferta y la demanda, así como fijar precios, sin que haya otros competidores para contrarrestarlo.

La forma más práctica de pensar en la división de un mercado, es a través de la segmentación y distribución por territorios, pues el agente económico dentro de la región asignada podrá actuar de forma monopólica, ya que controlará precio, oferta/demanda e incluso la calidad del producto.

Coordinar posturas en licitaciones: La práctica consiste en “un acuerdo de precios y cantidades entre licitantes o la abstención concertada a participar de las mismas”¹³⁵. En este caso, los agentes que participan en la licitación acuerdan quién será el ganador de la misma, el método para lograrlo, así como también pueden acordar que alguno de ellos se abstenga de participar. Cabe recordar que una licitación implica cumplir una serie de requisitos (jurídicos, económicos, estructurales, entre otros) con los que debe contar el licitante para poder participar en la misma; por ello considero que la propia licitación puede constituir por sí

135 *Ibídem*, p. 147.

misma una barrera a la entrada del mercado para aquellos agentes que no cumplan con los requisitos. Adicionalmente, al coordinar posturas en una licitación, se acota aún más la participación de los competidores que pudiesen sanamente competir en ella, afectando los mercados de servicios públicos, ya caracterizados por su limitada participación de competidores.

Intercambio de información: Cuando los agentes económicos desean crear un cártel y llevar a cabo alguna de las prácticas anteriores, éstos tendrán que compartir información del negocio como podría ser los estados financieros, utilidades, costos de producción, modelo de negocio, canales de venta, clientes, entre muchos otros datos. Este intercambio de información forma parte del catálogo de PMA, pues la LFCE considera ésta conducta como una práctica prohibida y sancionable. Lo característico de la misma es que el intercambio de información se sanciona aún cuando no se haya llevado a cabo alguna práctica, es decir, basta con que el mismo tenga como objeto o efecto alguna de las prácticas anteriores para que esté prohibido.

En este sentido, si la autoridad realiza alguna investigación por PMA y encuentra intercambio de información que podría ser usada para realizar alguna PMA, la autoridad podrá sancionar a los agentes económicos involucrados aún cuando estos argumenten que la PMA (de las mencionadas anteriormente) no se llevó a cabo.

Como se ha observado, los acuerdos entre competidores que tengan por objeto o efecto cualquiera de las prácticas mencionadas siempre serán ilegales. Sin embargo, pareciera que en la práctica las autoridades de competencia (particularmente la COFECE) consideran que cuando una de estas prácticas se realiza de forma accesoria a una operación principal (*i.e.* una concentración en términos del artículo 61 de la LFCE) cuya finalidad sea la reestructuración corporativa, y no alguna finalidad que afecte la competencia, la práctica no será calificada de forma automática como ilegal. González de Cossío ejemplifica lo

anterior con las cláusulas de no competir¹³⁶ (*non-compete clauses*), que si bien podrían caer en alguno de los supuestos del artículo 53, no se les declara ilegales *per se* cuando forman parte de una operación integral que las requiere. Este tipo de cláusulas han sido aceptadas por las autoridades de competencia, cumpliendo ciertos requisitos.

Como he mencionado, las PMA consisten en una serie de actividades que surgen de acuerdos entre competidores y que al ser tan perjudiciales para la competencia, estas siempre serán consideradas ilegales y por lo tanto prohibidas¹³⁷. En este sentido considero que el catálogo de prácticas señaladas como monopólicas absolutas del artículo 53 de la LFCE responde a la pregunta ¿Cuáles son las PMA?, más no a la cuestión ¿Qué son las PMA? Si bien el mismo artículo nos da los elementos para detectar una PMA, no otorga una definición (y no tendría por qué hacerlo) de lo que deba considerarse por una PMA.

Señalar las prácticas listadas en el artículo 53 como PMA en todo momento, lo considero erróneo, pues conforme se vaya avanzando en la interpretación de la autoridad sobre este tema, el catálogo de tales prácticas podrá reducirse o ampliarse, como ejemplo baste recordar que la Ley Federal de Competencia (abrogada) indicaba como PMA la fijación de precios, de la oferta o demanda, la división de mercados y la coordinación de posturas en licitaciones. Posteriormente la LFCE (vigente) contemplaría el intercambio de información como una nueva actividad que sería catalogada como una PMA. Es por ello que responder la pregunta ¿Qué es una PMA? enumerando las prácticas indicadas en la LFCE se

-
- 136 Las cláusulas de no competir son “cláusulas o pactos incluidos en un contrato por el que una persona asume la obligación de no competir en un cierto mercado con otra”. Adame Goddard, Jorge, “¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, núm. 102, septiembre-diciembre de 2001, pp. 687 - 730.
- 137 La ya extinta Comisión Federal de Competencia entendió las repercusiones que generaban las PMA a la sociedad, pues le impedían obtener los beneficios de la competencia (mejores precios y mayor calidad en los productos). Cfr. “Prácticas monopólicas absolutas”, México, Comisión Federal de Competencia, *Cuadernos de Competencia*, p. 6. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/4practicasmonopolicasabsoluta.pdf#pdf>, consultado el 24 de febrero de 2020.

vuelve ocioso además de erróneo, pues la sola voluntad del legislador podría ampliar o reducir dicho catálogo, cambiando la definición que actualmente se tiene de PMA. Por lo tanto, más allá de observar cuáles son las PMA, el lente debe ponerse sobre las características esenciales que siempre tendrá una PMA, sin importar cuál sea ésta, es decir: *i*) que siempre surgen de un acuerdo entre competidores y *ii*) que siempre serán ilegales, sin admitir justificación alguna, dado lo perjudicial que estas resultan.

3.2.2 Regulación de las prácticas monopólicas absolutas por la Ley Federal de Competencia Económica.

La LFCE, como se mencionó anteriormente, es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de prácticas monopólicas, entre otras. En su libro segundo, título único, establece la prohibición de las conductas que la misma ley denomina como anticompetitivas, entre las que señalan, nuevamente, a las prácticas monopólicas. Posteriormente, a partir del capítulo II del mismo libro, se comienza a distinguir entre el tipo de prácticas que existen. Es el artículo 53 en el que se indican cuáles son aquellas conductas o prácticas consideradas como monopólicas absolutas. Si bien, este artículo no proporciona una definición de lo que deba entenderse por PMA, sí señala de forma expresa los elementos intrínsecos a dichas prácticas. El primer párrafo de dicho artículo 53 señala:

“Artículo 53: Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes (...)"

De dicho párrafo se puede observar los dos elementos característicos de éstas prácticas. El primer elemento establece la ilicitud de las mismas; en este sentido, por disposición de ley, en cada ocasión que la autoridad detecte y acredite la comisión de estas prácticas, por virtud del artículo 53, estas serán ilícitas *per se*.

El segundo elemento característico de estas prácticas, es que surgen de acuerdos entre competidores. Cabe señalar que el artículo 53 busca ser lo más extenso posible al tratarse de acuerdos entre competidores, pues indica que estos toman la forma de contratos, convenios, arreglos o combinaciones¹³⁸.

Después del primer párrafo del artículo 53, la LFCE establece el catálogo de prácticas que considera como monopólicas absolutas. En este sentido, la fracción primera de dicho artículo indica:

“1. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;”

Como se observa del citado precepto, cualquiera acción entre competidores que busque afectar o alterar el precio tanto de la venta, o bien, de la compra de algún bien o servicio, será catalogada como una PMA. En este caso, la sola fijación del precio no es la única PMA relacionada a ésta última, es decir, la fracción también contempla como prácticas ilícitas *per se* y por lo tanto prohibidas, la elevación o manipulación del precio.

Respecto a la fijación de precios la LFCE es clara al señalar en su artículo 9° que el Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Economía, es el único facultado para fijar precios de bienes y servicios solo respecto a mercados en los que no existan condiciones de competencia efectiva y previa opinión de la COFECE. Como se aprecia, si algún otro agente económico intenta fijar precios, éste estará cometiendo una conducta prohibida y sancionable por la LFCE.

La fracción segunda del artículo 53 se refiere a la fijación de la oferta:

138 Por convenio y por contrato basta remitirse a las definiciones que de estos se establecen en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal, respectivamente. Por arreglo entiendo aquel acuerdo de voluntades (tácito o expreso) que genera una PMA; y por combinación entiendo la unión de hecho o de derecho entre dos o más competidores para realizar una PMA.

“II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;”

Dicha fracción señala una serie de actividades que usualmente se desarrollan en distintos niveles de la cadena de valor y que son consideradas en sí mismas como actividades comerciales. La fracción precisa que si alguna de dichas actividades llegase a verse limitada o restringida respecto a una cantidad específica de bienes y servicios, se estaría frente a una PMA. En este caso, los agentes económicos que pretendan restringir o fijar la oferta de un bien o servicio, deberán ser considerados por parte de la autoridad como agentes económicos que participan en el mismo nivel de la cadena de valor y por lo tanto son competidores, es decir, ambos son productores, distribuidores, comercializadores, etcétera.

La fracción tercera del artículo en cuestión señala como una PMA la división del mercado:

“III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;”

Como se mencionó en el apartado anterior, la división de un mercado se puede realizar de diferentes formas, como lo indica la ley, hay distintas conductas que realizadas respecto a un mercado, se consideran ilícitas, como lo es la división del mercado, la distribución de los segmentos del mercado dividido, la asignación de dichos segmentos, así como la imposición de los mismos por parte de un agente económico a otro que también esté coludido.

Esta fracción busca englobar todos los elementos a través de los cuales se podría dividir un mercado. En este sentido, el mercado se puede segmentar desde los

clientes, caso en el cual cada competidor tendría una clientela específica e identificable en comparación al resto de los competidores coludidos, o bien el mercado se puede segmentar a través de los tiempos, en donde cada competidor trabajará en un horario asignado por el cártel; de igual forma se puede segmentar el mercado desde los espacios geográficos (tratándose de división de mercados, la división del espacio/territorio suele ser la forma más común en la que ésta PMA se lleva a cabo).

La fracción tercera hace referencia a mercados actuales o potenciales, pues en muchos casos hay mercados de reciente creación o dadas las circunstancias y demandas sociales, hay expectativas de mercado, por ello la ley busca sancionar a los competidores que previo a la creación del mercado, busquen dividirse el mismo. Tal situación es similar con los elementos a través de los cuales un mercado se puede dividir, pues al indicar que dichos elementos son determinados o determinables, implica que la clientela, proveedores, tiempos o espacios ya existen y estos son susceptibles de segmentarse, o bien, estos aún no existen pero hay una expectativa de que lleguen a existir y previo a su creación buscan ser divididos por los agentes económicos coludidos.

La siguiente fracción del artículo 53 prohíbe la coordinación de posturas en licitaciones:

“IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y”

Respecto a dicha fracción no hay mucho que observar, pues lo que se busca es que no se falsee la competencia en este tipo de procedimientos que en sí mismos ya son restrictivos para aquellos agentes económicos que no pueden cumplir ciertos requisitos que les son solicitados. Cabe señalar que recientemente el

Poder Judicial de la Federación¹³⁹ determinó que los agentes económicos en una licitación deben competir, presentar propuestas propias y concurrir de manera independiente a la misma, aún cuando dichos agentes formen parte del mismo grupo de interés económico¹⁴⁰.

Finalmente, la fracción quinta del artículo 53 establece como nueva PMA, práctica que la ley anterior no contemplaba, el intercambio de información:

“V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.”

Cuando los agentes económicos competidores entre sí, pretendan realizar alguna de las PMA antes mencionadas, es común que intercambien información (i.e. precios, modelos de negocio, clientes, etcétera) para lograrlo. Si la autoridad de competencia descubre y acredita que los agentes económicos intercambiaban información para llevar a cabo cualquiera de las prácticas anteriores, éstos serán sancionados, pues aún cuando la práctica no se haya realizado ni haya resultado conforme a los intereses de los agentes coludidos, la ley busca sancionar a los agentes que tenían la voluntad para realizar un acto ilícito. Cabe recordar que la LFCE no solo busca sancionar estas prácticas, sino prevenirlas, por ello es que esta sanción resulta adecuada, pues sin importar que no se llevó a cabo la práctica, los agentes económicos involucrados responderán ante las autoridades.

139 COFECE, “Sanciona COFECE a proveedores de guantes de polietileno por coordinar sus ofertas de precios y descuentos en licitaciones del sector salud”, México, 18 de febrero de 2020, <https://www.cofece.mx/sanciona-cofece-a-proveedores-de-guantes-de-polietileno-por-coordinar-ofertas/>, consultado el 26 de febrero de 2020.

140 El concepto de grupo de interés económico es un tecnicismo relativo a la materia de la competencia económica y por él se entiende un conjunto de personas físicas o morales que tienen intereses comerciales y financieros afines, y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común. *Cfr. Grupo de interés económico. Su concepto y elementos que lo integran en materia de competencia económica*, Tesis I.4o.A. J/66, Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Administrativa Del Primer Circuito, Referencia núm. 168470, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, Noviembre de 2008, p. 1244.

Como se observa de las fracciones citadas, la LFCE no opta por ofrecer una definición precisa de lo que deba entenderse por PMA; sin embargo señala los elementos característicos de la misma. De forma paralela, al establecer el catálogo de conductas que forman parte de las PMA, pretende agotar cualquier posibilidad que los agentes económicos pudiesen aprovechar para realizar una PMA. Es por ello que en cada fracción del artículo 53 se señalan actividades y elementos variados, que en la combinación de los mismos, se constituye una PMA.

El último párrafo del artículo 53 establece dos consecuencias de las PMA sobre los agentes económicos que las realizan:

“Las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho, y en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno y los Agentes Económicos que incurran en ellas se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, pudiere resultar.”

Como se observa, la primera consecuencia es que las PMA no producirán sus efectos jurídicos, esto a su vez implica que una vez detectadas estas prácticas, se volverá al estado al que se encontraban las cosas antes de realizarse la PMA. Por otro lado, se establece que los agentes económicos responsables serán acreedores de las sanciones correspondientes, es decir, no solo de aquellas que prevé la LFCE, sino también de las sanciones penales y civiles que de conformidad a dichas materias sean acreedores.

Para que la autoridad de competencia logre detectar a los agentes económicos que estén realizando una PMA y sancionarlos posteriormente, se debe iniciar una investigación. De acuerdo con el artículo 66 de la LFCE, la investigación estará a cargo de la Autoridad Investigadora (“AI”) (ya sea la de COFECE o la del IFT); dicho artículo establece tres mecanismos para iniciar una investigación por

posibles prácticas monopólicas: *i)* de oficio, *ii)* a petición de parte (es decir, por medio de una denuncia) y *iii)* a solicitud del Ejecutivo Federal (por sí o por conducto de la Secretaría de Economía o la Procuraduría Federal del Consumidor). Para iniciar una investigación por prácticas monopólicas por cualquiera de los medios antes mencionados, se requiere que exista una causa objetiva¹⁴¹. Tratándose de una investigación por PMA, los indicios deben denotar una posible existencia de un acuerdo, que sea entre agentes económicos competidores entre sí, y que tenga por objeto o efecto cualquiera de las prácticas señaladas en el artículo 53.

La AI podrá comenzar la investigación a partir de que emita el acuerdo de inicio respectivo. Emitido tal acuerdo la AI tendrá un plazo de 30 a 120 días, prolongable hasta por cuatro ocasiones, para terminar la investigación. Durante el primer plazo la AI deberá publicar el acuerdo de inicio de la investigación en el DOF. Concluida la investigación, conforme el artículo 78 de la LFCE, la AI tendrá un plazo de 60 días para presentar al Pleno un dictamen en el cual se proponga el cierre del expediente y con lo cual el Pleno decreta que la investigación ha concluido; o bien, la AI presenta al Pleno un dictamen para iniciar un procedimiento seguido en forma de juicio. Tratándose de la segunda opción, el Pleno emitirá un dictamen de probable responsabilidad (“DPR”) que notificará a los agentes económicos que participarán en el procedimiento. Concluido el procedimiento, el Pleno emitirá una resolución en la cual librará de cualquier tipo de responsabilidad a los agentes económicos emplazados o bien, aplicará las sanciones correspondientes.

Sobre las sanciones aplicables por la comisión de PMA, el artículo 127, fracción IV de la LFCE, contempla que se podrá aplicar a los agentes económicos responsables, una multa hasta por el diez por ciento de sus ingresos, además de la responsabilidad civil y penal en la que incurran. Adicionalmente, la LFCE prevé, en las fracciones X y XII del mismo artículo, multas y sanciones como lo es la

141 De conformidad con el artículo 71 de la LFCE, es causa objetiva cualquier indicio de la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas.

inhabilitación para ejercer en distintos puestos corporativos, aplicables a las personas físicas que participaron directa o indirectamente en la comisión de prácticas monopólicas, en representación o por cuenta y orden de personas morales, así como sanciones aplicables a quien haya coadyuvado, propiciado o inducido en la comisión de prácticas monopólicas. Cabe señalar que las sanciones previstas en la LFCE aplicables a los responsables de conductas ilícitas señaladas en la misma ley, son las sanciones monetarias más altas de todo el sistema jurídico mexicano. Lo anterior toda vez que la política de competencia busca ser preventiva, dada la importancia de los riesgos económicos, las sanciones contempladas en la LFCE son de tal magnitud ya que tienen la finalidad de eliminar los incentivos para incurrir en conductas ilícitas¹⁴².

En relación a las sanciones penales, el título décimo cuarto, “Delitos de la economía pública”, artículo 254 bis del Código Penal Federal, indica que se aplicará sanción de cinco a diez años de prisión a quien cometa una PMA, previa querella por parte de la COFECE o IFT.

Una herramienta *sui géneris* del sistema jurídico mexicano utilizada por las autoridades en materia de competencia para prevenir y combatir únicamente las PMA, es el programa para acogerse al beneficio de reducción de sanciones, también conocido como “programa de inmunidad”¹⁴³. El artículo 103 de la LFCE prevé que el agente económico que participe directa o indirectamente en la comisión de PMA, podrá reconocerlo frente a la autoridad y acogerse al programa. El programa consiste en que el agente económico que lo solicite reconoce que forma parte de un cártel y ha cometido una o más PMA, si la autoridad en competencia determina que: *i)* éste ha proporcionado elementos de convicción

142 Cfr. González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, p. 221.

143 La COFECE define al programa de inmunidad como un procedimiento especial que brinda la posibilidad de obtener una reducción del monto de las sanciones establecidas en la LFCE, a cambio de la entrega de información a la COFECE y el cumplimiento de algunos requisitos como la cooperación plena y continua con la COFECE. Cfr. *Guía del programa de inmunidad y reducción de sanciones*, México, Dirección General de Investigaciones de Prácticas Monopólicas Absolutas – COFECE, 2015, p. 9. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0032015_programa_inm.pdf, consultado el 26 de febrero de 2020.

suficientes que obren en su poder, *ii*) que permitan iniciar la investigación y *iii*) que el agente económico coopera de forma plena y continua en la investigación, entonces la autoridad impondrá una multa mínima y sin responsabilidad penal para el agente.

Como se observa de lo anterior, si la autoridad determina la existencia de una PMA, procederá a iniciar la investigación de oficio. En este sentido, se puede considerar al programa de inmunidad como una fuente exclusiva para las investigaciones de oficio en lo que respecta a PMA. En caso de que existan otros agentes económicos que busquen acogerse al programa de inmunidad, y no sean el primero en solicitarlo sino el segundo y subsecuentes, podrán obtener una reducción de la multa por un 50%, 30% o 20%, siempre y cuando cumplan con los requisitos antes mencionados.

Dada la gravedad de las PMA y lo perjudiciales que resultan para la competencia y en última instancia, para el consumidor, se han buscado herramientas que faciliten su prevención, detección y sanción. En este caso, el programa de inmunidad surge en el sistema jurídico mexicano a partir de la observación de las mejores prácticas internacionales, es decir, programas similares existen en otras latitudes, a los que también se les denomina programas de amnistía o de dispensa. Dentro del ámbito de las PMA, la COFECE ha reconocido que el programa de inmunidad “es una herramienta fundamental para generar información sobre la comisión de acuerdos ilegales entre competidores, así como un mecanismo disuasivo contra su creación, al elevar la probabilidad de detección y sanción de los acuerdos colusorios”¹⁴⁴.

144 *Ídem.* p. 9.

3.2.3 Los mercados y plataformas digitales y su relación con las prácticas monopólicas absolutas.

Los mercados y plataformas digitales presentan nuevos obstáculos frente a las autoridades de competencia. Si bien se debe tomar en cuenta que la innovación y el avance tecnológico siempre traen consigo nuevos retos y nuevas lagunas jurídicas, también se debe considerar las posibles opciones que existen para intentar regular estos avances antes de que generen un daño a la sociedad. Es por ello que los mercados y plataformas digitales deben regularse en materia de competencia económica de tal forma que se evite, en la medida de lo posible, los daños que pudiese haber al mercado, al proceso de competencia y al consumidor final.

En este caso, hay que observar cuáles son las dificultades que se presentan en los mercados digitales cuando se trata de PMA. Como se mencionó en el apartado anterior, cuando se desea detectar una PMA, la AI debe comenzar una investigación, para hacerlo la autoridad señala el mercado en el que se realizará la investigación. Sin embargo, tratándose de mercados digitales es difícil definirlos dadas las características que presentan. Para evadir tal problema puede resultar efectivo el cuestionarse qué tipo de bien o servicio se presta en la plataforma digital, si esta actúa solo como intermediaria entre distintos grupos de usuarios o bien si compite con alguno de dichos grupos; a partir de esto se podrá detectar las distintas plataformas que dadas sus funciones prestan un servicio o proporcionan un bien igual o similar a la primera plataforma observada. La autoridad deberá determinar la extensión del mercado a investigar, esto se hace decidiendo si se deben agregar o no aquellos agentes económicos que compiten con las plataformas a través de un negocio con un modelo tradicional y ver si es posible que exista algún grado de sustitución entre los mismos¹⁴⁵.

145 En el Capítulo 2 se mencionó que un mercado digital se puede delimitar considerando las teorías del daño, las estrategias de colusión, así como quiénes son los competidores y la sustituibilidad entre los productos y servicios dada la función y utilidad de los mismos; por lo que un mercado digital que se investigue puede suponer que se limite: *i)* entre

La segunda característica de las PMA es que surgen de acuerdos entre competidores, por eso la AI deberá observar cuáles son los competidores en un determinado producto/servicio en un mercado digital, es decir, si los únicos que participan en el mercado son plataformas digitales (ej. *Uber*, *Didi*, etcétera) o si también compiten agentes económicos con un modelo de negocio tradicional (ej. *Uber*, *Didi* y taxis de sitio).

Para realizar una PMA lo primero que harán los competidores en un mercado será coludirse con la finalidad de crear un cártel. Cabe recordar que existe una serie de condiciones que los competidores que deseen coludirse deben cumplir. Considero prudente analizar qué sucede con al menos las condiciones principales cuando las mismas buscan cumplirse por agentes económicos que compiten entre plataformas digitales. Lo anterior con la finalidad de observar con qué grado de dificultad un cártel puede ser creado en un mercado digital.

Una de las condiciones consiste en cuidar el tamaño del cártel, pues de ser muy grande, podría afectar la organización del mismo. En este caso hay que recordar que una característica de las plataformas digitales es que estas suelen trabajar bajo la regla “el ganador se lo lleva todo”, en ese sentido cuando una plataforma irrumpen en un mercado y la misma resulta innovadora, es común que capte el mayor número de usuarios y con ello una mayor participación de mercado, haciendo que les sea más difícil competir a nuevos agentes económicos que deseen entrar al mismo.

Al respecto, es común que en muchos mercados digitales el número de plataformas que compita sea reducido (por ejemplo, actualmente no existe un gran número de competidores en el mercado de las plataformas digitales de transporte de personas y es probable que dicho número tenga pocas variaciones conforme a

plataformas que proporcionan un mismo servicio o uno similar (e.g. *Uber* y *Cabify*), *ii*) entre plataformas y un negocio con un modelo tradicional (e.g. *Uber* y taxis de sitio) así como *iii*) dentro de una sola plataforma cuando la plataforma no solo es intermediaria entre un grupo de usuarios y otro, sino también compite con algún grupo al ofrecer los servicios/producto que ya ofrece dicho grupo.

cada estado del país en donde operan¹⁴⁶) y entre menor sea el número de competidores en un mercado, para ellos resultará más sencillo organizar un cártel y cuidar el tamaño del mismo, pues podrán invitar a los competidores del mercado a que formen parte del mismo, además de que les resultará más fácil monitorear quién entra o sale del mercado. Como se observa, los mercados digitales suelen ser novedosos y de difícil acceso para nuevos competidores; esta característica facilitaría a las plataformas digitales que ya compiten, el organizarse para crear un cártel y así cuidar para sí mismas el mercado.

Otra condición señalada con anterioridad es la elasticidad del precio en la demanda del producto, misma que deberá ser muy baja ya que al incrementar el precio del producto, los clientes no deberán cambiarse a un producto igual o similar a aquel que maneja el cártel. En un mercado tradicional los miembros del cártel deberán manejar con cuidado la forma en la que fijan precios para que los clientes no acudan a otros competidores. Sin embargo, los mercados digitales no suelen ser tan robustos como lo son los tradicionales, el número de competidores es reducido y gracias a la información que las plataformas digitales son capaces de obtener respecto a los usuarios, los clientes pueden identificarse y clasificarse con mayor facilidad. En este escenario las plataformas pueden coludirse sin preocuparse de que los clientes se cambien fácilmente a otro competidor, pues o bien estos forman parte del cártel o bien, son mínimos o pocos los nuevos competidores que entran al mercado.

Lo anterior se complica tratándose de una plataforma digital que se maneja con precios cero hacia algún grupo de usuarios. Esto implica que sus ingresos no los obtiene de dicho grupo, pero sí obtiene información valiosa sobre los usuarios. Tratándose de plataformas digitales con precio cero, se puede volver más complejo para la autoridad el detectar movimientos en los precios y por ende

146 Según Hernández Armenta, Mauricio, a enero de 2020 las principales plataformas de servicio de transporte eran cinco, a saber: Uber, Cabify, DiDi, Easy Taxi y Beat. Cfr. En “Así se reparten el mercado las plataformas de transporte en México”, *Forbes México*, enero 24 de 2020, <https://www.forbes.com.mx/asi-se-reparten-el-mercado-las-plataformas-digitales-de-transporte-en-mexico/>, consultado el 11 de marzo de 2020.

deducir la existencia de un cártel, ya que los precios son nulos¹⁴⁷. Que los precios sean nulos no necesariamente significa que no exista un cártel, éste puede formarse con la intención de fijar precios hacia el otro lado de la plataforma, como podría ser a los publicistas, quienes pagan a la plataforma para anunciar. Si bien es complejo el detectar los precios cobrados en dicho lado de la plataforma, las denuncias y el programa de inmunidad continúan siendo las mejores herramientas para detectar un cártel.

Asumiendo que las condiciones para formar un cártel tienen cierta dificultad para cumplirse en los mercados tradicionales, todo parece indicar que los mercados digitales crean las circunstancias propicias para facilitar la creación de uno; y por ende, considero que un mercado digital dificulta la tarea de la AI para la detección del cártel. Cuando un agente económico logra crear un cártel en un mercado digital, estos buscarán realizar cualquiera de las prácticas mencionadas en el artículo 53 de la LFCE. Sin embargo, hay características singulares que aparecen cuando se busca llevar a cabo alguna de dichas prácticas por plataformas digitales.

Por ejemplo, tratándose de la fijación de precios, hay ciertas condiciones que deben cumplirse para facilitar que dicha práctica se lleve a cabo. Una de ellas es un mercado altamente concentrado, lo cual facilita a los competidores existentes que se coludan. En un mercado digital, como se ha mencionado, usualmente compiten bajo la “regla el ganador se lo lleva todo” por ello es común que los primeros agentes económicos que entren a competir al mercado capten al mayor número de usuarios, mientras que los competidores subsecuentes tendrán que entrar de forma disruptiva o bien tendrán que competir en nichos de mercado de los productos y servicios secundarios al mercado principal. Con ello se observa lo difícil que es para el nuevo competidor entrar a un mercado digital, haciendo que estos últimos frecuentemente estén altamente concentrados.

147 Cabe recordar que el análisis de precios en un mercado y ver cómo estos se comportan es una herramienta fundamental de la autoridad para deducir la existencia de un cártel.

Una segunda condición para la fijación de precios es la existencia de barreras a la entrada. En los mercados digitales este tipo de barreras suelen ser de carácter tecnológico. Como se mencionó en el capítulo anterior, pueden existir plataformas digitales que no permitan a sus usuarios cambiar de una plataforma a otra por falta del mismo *software*; esta falta de *multi-homing* es una barrera de entrada para aquellos competidores cuyas plataformas digitales no son compatibles con aquellas que dominan el mercado.

La tercera condición para la fijación de precios son las características del producto, de tal forma que los agentes económicos que se coludan deberán ofrecer servicios/productos similares. Esta condición es más fácil de cumplirse cuando las plataformas digitales proporcionan servicios similares, por no decir iguales (por ejemplo, una plataforma de hospedaje cumple la misma función para el usuario final, así si este busca un hotel en *Booking*, *Expedia*, *Despegar.com*, etcétera, el servicio usado por el usuario cumplirá sus expectativas en cualquiera de ellas, por lo que dicho servicio puede considerarse similar o igual entre las plataformas).

Otra condición para llevar a cabo la fijación de precios es que los productos/servicios deben tener costos similares de producción. Cabe recordar que a diferencia de los mercados tradicionales en los que los costos para producir un bien o servicio son constantes (es decir, en cada ocasión que se produzca el bien/servicio el costo será igual o similar a la vez anterior en que se produjo) en los mercados digitales los costos más altos suelen aparecer durante el desarrollo de la plataforma digital, pero una vez que esta ha sido creada los costos se ven reducidos al mínimo durante la prestación del servicio. En este sentido, las plataformas digitales coludidas no encontrarán mayor dificultad en cuanto a esta condición, ya que la prestación del servicio por las plataformas incurren en costos mínimos, por lo que es altamente probable que ninguno de los agentes

económicos coludidos se vea en la dificultad de igualar o asemejar sus costos con los del resto de los agentes coludidos.

Como se observa, las plataformas digitales compiten bajo circunstancias que facilitan a los agentes económicos el coludirse para posteriormente fijar precios de productos y servicios. En paralelo a dichos problemas, la fijación de precios en plataformas multilaterales es diferente a los mercados de un solo lado, ya que los precios reflejan las demandas interrelacionadas con los dos o más grupos de consumidores, es decir, para que uno de los lados participe, los precios del servicio tal vez no reflejan el costo marginal del servicio proporcionado¹⁴⁸.

Por otro lado, en los mercados digitales la estructura de precios puede cambiar dependiendo de cómo evoluciona el negocio, de tal forma que en un primer momento una plataforma puede hacer un esfuerzo económico a través de grandes inversiones para atraer a un grupo de usuarios de un lado de la plataforma, pero una vez que ha alcanzado la masa crítica (o el número de usuarios requerido para que la plataforma opere de forma constante y sin interrupciones), el valor en los costos para agregar usuarios disminuye (esto en gran parte gracias a los efectos de red, ya explicados en el capítulo anterior) y por ende la estructura de precios puede variar, lo que dificulta el trabajo de la autoridad para hacer un análisis de precios¹⁴⁹.

A lo largo de la presente tesis se ha mencionado que las plataformas digitales y en general cualquier tipo de mercado digital, es posible gracias al avance tecnológico que en las últimas décadas se ha dado. No obstante, dicho avance tecnológico también supone nuevas formas que facilitan la colusión entre agentes que compiten en plataformas digitales. Por ejemplo, el caso de aquellas plataformas digitales que aplican algoritmos de fijación de precios, los cuales a su vez se

148 Cfr. *Plataformas digitales y competencia en México 2018*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2018, p. 11. <https://www.oecd.org/daf/competition/esp-plataformas-digitales-y-competencia-en-mexico.pdf>, consultado el 11 de marzo de 2020.

149 Cfr. *Ibíd*, p. 12.

alimentan con los datos de los usuarios. Este tipo de algoritmos son usados para restringir y monitorear las decisiones de los usuarios en las plataformas, así como la forma en la que se conducen los competidores; es entonces cuando los algoritmos “se pueden convertir en un medio para implementar estrategias agresivas de precios (i.e. establecer precios por debajo de su costo en ciertos momentos) para impedir que otras empresas compitan y eventualmente empujarlas fuera del mercado”¹⁵⁰.

En tal caso, los algoritmos pueden monitorear la conducta de los usuarios, el comportamiento de los competidores (i.e. precios, servicios, ventas, etcétera), así como también pueden ser usados para implementar y monitorear cárteles; y a partir de ahí se pueden usar para bloquear la entrada a nuevos competidores o bien, fijar precios con base en los precios de la competencia. Desde una perspectiva legal, las plataformas digitales que usan algoritmos para coludirse y fijar precios actúan de forma ilícita, pues el medio por el que se realiza una PMA es irrelevante y no implica una falta de responsabilidad para los agentes económicos coludidos, pues en este caso los agentes acuerdan coludirse y la tecnología usada para lograrlo (i.e. en general las plataformas digitales y en particular los algoritmos que fijen precios), se convierte en intermediaria o medios que facilitan las tareas para los agentes coludidos¹⁵¹.

150 *Personalised pricing in the digital era – note by Mexico* (COFECE), Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 22 de noviembre de 2018, p. 3. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/12/personalised-pricing.pdf>, consultado el 11 de marzo de 2020 (traducción propia).

151 Si bien en México no hay precedentes sobre investigaciones y sanciones por PMA en mercados digitales, podemos tomar de ejemplo el caso del Cártel de Posters en el Reino Unido. En dicho caso, dos competidores que se dedicaban a vender posters de imágenes, entre otros productos, a través de *Amazon marketplace*, llegaron a un acuerdo entre ellos para evitar estrategias agresivas de precios. Conforme a la investigación, durante un corto periodo los competidores buscaron implementar el arreglo de forma manual, posteriormente las partes implementaron el acuerdo mediante el uso de programas de software de reajuste de precios automatizados, de tal forma que monitoreaban los precios de la otra parte y sus precios se ajustaban de forma automática. *Cfr. Online sales of posters and frames – Case 50223*, Decision of the Competition and Markets Authority, 12 de agosto de 2016, p. 19. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf>, consultado el 11 de marzo de 2020.

Se debe entender que el sistema jurídico mexicano no considera ilícito que un competidor estudie el mercado y por lo tanto analice a sus competidores a partir de información pública. Por otro lado, desde una perspectiva práctica, “los usuarios de algoritmos de precios deben estar consientes de que compartir información sobre el algoritmo en sí mismo (i.e. su estructura, la forma en que trabaja, etcétera), de forma pública o con competidores, podría ser considerado ilegal, ya que permite a otros competidores llegar a conclusiones sobre cómo son o serán calculados los precios”¹⁵². Si lo anterior sucede, el algoritmo podría servir como un mensajero o un medio a través del cual se comparte información competitiva sensible. Por ello, las plataformas digitales deben ser cuidadosas y evitar compartir información sobre sus algoritmos.

Otro posible problema que han identificado las autoridades de competencia en diferentes jurisdicciones respecto al uso de algoritmos y el avance tecnológico, consiste en saber qué sucedería si un algoritmo de precios, con cierta tecnología basada en la inteligencia artificial, lograra tomar decisiones autónomas que derivaran en la fijación de precios sin que los desarrolladores o usuarios del mismo algoritmo estén consientes de ello; es decir, sin que exista la intención por parte de los agentes económicos para coludirse, pero que el algoritmo así lo haga dada su autonomía. Respecto a dicho problema se ha considerado que si los algoritmos son programados para intercambiar información con los competidores, entonces ello puede considerarse como una extensión de la voluntad del agente económico, aún cuando el algoritmo de forma autónoma realice alguna PMA como

152 “Pricing algorithms: the digital collusion scenarios”, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, 2017, p. 1. [123](https://www.freshfields.com/499dba/globalassets/our-thinking/campaigns/digital/mediainternet/pdf/freshfields-digital---pricing-algorithms---the-digital-collusion-scenarios.pdf?_t_id=1B2M2Y8AsgTpgAmY7PhCgf%3d%3d&_t_q=Pricing+algorithms%3a+the+digital++collusion+scenarios+&_t_tags=language%3aen%2csiteid%3aba2121b4-3779-4fa6-8e49-49e502a9987c&_t_ip=2806%3a106e%3ac%3a350b%3a7d60%3aca%3ae3ca%3a55b4&_t_hit.id=FreshFieldsWebsite_Models_Media_GenericMedia/_9021fbab-6adc-48e7-8072-dfc56f915802&_t_hit.pos=1, consultado el 11 de marzo de 2020, (traducción propia).</p></div><div data-bbox=)

lo es el fijar precios, por lo que el agente económico responsable pudiera ser sancionado¹⁵³.

De igual forma, si se da un intercambio de información competitiva sensible entre algoritmos, sin que este haya sido la intención del desarrollador o usuario del mismo, entonces estos últimos podrán ser sancionados por haber sido omisos en establecer las medidas de salvaguarda necesarias para evitar que se diera dicho intercambio de información. En general, cualquier uso de algoritmos que de pie (de forma voluntaria o involuntaria por parte de los agentes económicos) a un intercambio de información competitiva sensible y consecuentemente a alguna PMA como lo es la fijación de precios, tendrá en última instancia un agente responsable de la conducta ilícita llevada a cabo por medio del uso de algoritmos, quien tras la investigación correspondiente, será acreedor a una sanción.

Con relación a ese último punto, la Ley en materia de competencia económica de la UE establece en un principio general, que las compañías serán responsables de cualquier práctica anticompetitiva de sus empleados, aún cuando ella demuestre que se han realizado las mejores prácticas para evitar dicho comportamiento; por su parte la Comisionada en materia de competencia económica de la UE, Margrethe Vestager, ha sugerido que dicho principio puede extenderse y aplicarse a los algoritmos, ya que “cuando una empresa utiliza algoritmos para fijar precios, es responsable de cualquier riesgo de competencia resultante y se le considerará estrictamente responsable”¹⁵⁴.

Un problema más complejo que pudiese surgir del uso de algoritmos por plataformas digitales, es la creación de cárteles en mercados digitales con base en un escenario “*hub-and-spoke*”¹⁵⁵. En un mercado digital dicho escenario aparece

153 Cfr. *Ibíd*em, p. 2.

154 Cfr. *Ibíd*em, p. 3.

155 Cfr. Harrington, Joseph E. La colusión *hub-and-spoke* ocurre cuando las firmas en el mercado coordinan su conducta comunicándose a través de un proveedor por encima de ellos en la cadena de valor o un consumidor por debajo de ellos en la cadena de valor. En “How Do Hub-and-Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Studies”, *Competition*

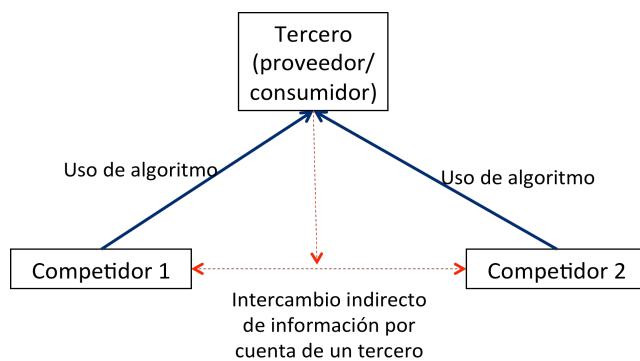
cuando los usuarios de un lado de la plataforma, competidores entre sí, usan el mismo algoritmo de precios proporcionado por un tercero o por la misma plataforma, para determinar el precio del mercado o para reaccionar a los cambios del mercado. En este caso en particular “el algoritmo no es necesariamente solo un medio para llevar a cabo un cártel, sino que es el uso del mismo algoritmo de fijación de precios por los competidores para monitorear los precios, lo que conduce a la fijación (posiblemente involuntaria) de los precios”¹⁵⁶. En este caso, aún cuando los agentes no tengan la intención de coludirse, de facto podría darse la realización de una PMA como lo es la fijación de precios, esto a través de un medio distinto a la comunicación directa entre los agentes económicos coludidos, es decir, a través del uso de algoritmos de una plataforma digital que en mayor o menor medida fija los precios.

Para facilitar lo anterior, a continuación se presentan dos esquemas:

Esquema 1:



Esquema 2:



156 *Policy International*, 5 de septiembre de 2018, <https://www.competitionpolicyinternational.com/how-do-hub-and-spoke-cartels-operate-lessons-from-nine-case-studies/#>, consultado el 11 de marzo de 2020.
Cfr. *Pricing algorithms: the digital collusion scenarios*, op. cit. p. 1.

En el primero de los esquemas se observa a dos competidores intercambiar directamente entre ellos la información necesaria para llegar a un acuerdo y coludirse. En el segundo esquema se observa a dos competidores que a través de un tercero (proveedor/consumidor) intercambian información para coludirse; este segundo caso es lo que se entiende como un escenario *hub-and-spoke*. En mercados digitales, el uso por parte de diferentes competidores del mismo algoritmo de una plataforma digital puede derivar en la fijación de precios y la creación de un cártel de facto por medio de un escenario *hub-and-spoke*¹⁵⁷.

En esos casos, “cuando los competidores voluntariamente usen el algoritmo de la plataforma sabiendo que otros competidores hacen uso del mismo algoritmo, y que el algoritmo fija precios a un cierto nivel, se puede considerar que realizan un clásico comportamiento de *hub-and-spoke*”¹⁵⁸. A la luz de la LFCE, aún cuando no han aparecido este tipo de casos en México, considero que lo pertinente es proceder a investigar y sancionar a los agentes económicos que conscientemente usaron el mismo algoritmo y eran conocedores de una posible fijación de precios. En tal caso, se tendrá que analizar si procede el sancionarlos conforme la fracción I del artículo 53 de la LFCE (por fijación de precios) o bien, si procede sanción conforme a la fracción V del mismo artículo (intercambio de información, aún cuando se haya dado a través de un tercero). Por último habría que analizar si la plataforma digital que participa en un escenario *hub-and-spoke*, al no competir con

157 Como ejemplo se puede mencionar el Caso Eturas en el cual Eturas es el administrador de un sistema común de reservas de viajes en línea y que mediante un correo les hizo saber a sus agentes de viaje que habría una nueva restricción técnica que limitaba los descuentos que estos últimos ofrecían en línea a un monto no mayor del 3%. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que las agencias de viaje que fueron consientes de dicho correo y trabajaron bajo tal restricción técnica, estaban participando en un cártel. Lo anterior se entiende toda vez que se daba una manipulación de precios. En este caso, el escenario *hub-and-spoke* se configuró cuando las agencias usaron la misma restricción técnica, logrando a través de ella afectar los precios. *Cfr. Caso "Eturas" UAB y otros contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, Asunto C-74/14*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de enero de 2016, [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&lgrec=es&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&parties=Eturas&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=1589868](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&lgrec=es&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&parties=Eturas&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=1589868), consultado el 11 de marzo de 2020.

158 *Ídem.*

los usuarios que usan el algoritmo, merece alguna sanción bajo la óptica de las prácticas monopólicas relativas.

En relación con la manipulación de la oferta como segunda PMA del artículo 53, se puede observar que en un mercado digital con el uso de algoritmos bien se podría saber el momento oportuno para restringir un bien o servicio, de tal forma que los agentes económicos puedan manipular los precios. Tratándose de una plataforma de dos o más lados o incluso de los famosos *marketplaces*, los competidores que participan en ella pueden usar algoritmos para saber cuándo sus competidores reducen la oferta de algún producto, de tal forma que el usuario del algoritmo también lo haga, o bien podría compartir con otros competidores la información recabada de los usuarios, lo que podría facilitar el conocer cuándo la demanda de los usuarios por un producto aumenta, provocando que los competidores deseen coludirse para reducir la oferta de dicho bien/servicio y con ello incrementar precios.

Tratándose de la división de un mercado digital, considero que se debe prestar particular atención al tipo de servicio o producto proporcionado en la plataforma digital, es decir, en la actividad en la que efectivamente compiten las plataformas digitales. Este primer elemento permitirá determinar a qué nivel territorial compiten los agentes económicos (a nivel municipal, estatal, regional, nacional o incluso internacional), por ejemplo, en el caso de una plataforma de alojamiento, es probable que un usuario en cualquier lugar de México pueda acceder a ella; pero por el contrario, tratándose de una plataforma de transporte de personas, es probable que los servicios prestados por la plataforma estén delimitados a una zona geográfica particular como podría ser a nivel estatal. En este último caso un usuario que acceda desde alguna zona geográfica particular para solicitar el servicio de transporte será conectado solo con los usuarios (*i.e.* conductores) que estén activos en la zona o zonas cercanas a aquella en la que fue solicitado el servicio.

De esa forma se puede observar que hay plataformas digitales que dada la naturaleza del producto/servicio prestado operan en distintos niveles territoriales; esa sería la primera observación que pueda hacerse para determinar el mercado geográfico en el que opera una plataforma.

El territorio no es el único elemento para dividir un mercado, dicha división se puede dar a través de la clientela. Al respecto, habría que poner atención a que los agentes económicos que compiten en un mismo servicio no intercambien información sobre los usuarios, de tal forma que modifiquen sus propios servicios para atender a grupos de clientes específicos. Por ejemplo, si en una zona geográfica determinada compiten dos plataformas de servicio de transporte, se tendría que observar que estas no almacenen información de los usuarios con el propósito de intercambiarla con el competidor, de tal manera que se dividan a la clientela conforme a las necesidades específicas de ésta última y ofrezcan servicios que aparenten competir cuando en el fondo los servicios están diferenciados por el tipo de usuario al que van dirigidos, y porque previamente así se haya acordado. También habría que poner atención en los sistemas de *software* y algoritmos usados para recabar la información de los usuarios para que no resulte en una segmentación de los clientes ni mucho menos un intercambio de dicha información.

La misma división señalada en el ejemplo anterior podría suceder con los proveedores, tal caso es cuando los agentes que compiten en un *marketplace* bien podrían acordar dividir los medios de transporte para la entrega de sus productos, así aunque dos competidores compitan en una misma plataforma digital, uno de ellos trabajaría solo con un distribuidor y el segundo trabajaría solo con el segundo distribuidor, ya que previamente los competidores así lo acordaron. En tal caso, resultaría conveniente por parte de la AI al iniciar una investigación por PMA en mercados digitales, el revisar los derechos que ofrece la plataforma a los usuarios competidores que participan en ella, así como los acuerdos que podrían existir entre competidores y agentes económicos que participen aguas arriba o aguas

abajo, lo anterior con la finalidad de determinar si existe algún patrón o indicio de algún acuerdo entre competidores.

Sobre la coordinación de posturas en licitaciones, habría que poner particular énfasis en aquellas licitaciones que soliciten servicios o productos a través de plataformas digitales. En caso de que estas lleguen a existir, se tendría que prestar atención a los tipos de *software* y algoritmos con los que los licitantes participan, si existe alguna interacción entre ellos o bien hay una completa independencia entre los mismos. Esto para evitar intercambios de información sensible que pudiesen afectar el proceso de licitación.

Finalmente, el intercambio de información es una PMA que dadas las características de las plataformas digitales, se crean las condiciones para que haya mayor facilidad para el intercambio de información competitiva sensible, ya sea de los propios competidores como lo es el precio, modelos de negocios, la forma en la que trabajan sus algoritmos, etcétera, así como información de los usuarios como sus intereses, tiempo de conexión a la plataforma, horario, y decisiones tomadas dentro de la plataforma, entre otras cosas. Si dicha información llegase a ser intercambiada entre los competidores (ya sea de forma voluntaria o bien, de forma involuntaria como podría suceder con ciertos algoritmos) la misma podría usarse para llevar a cabo cualquiera de las PMA sancionadas en la LFCE. Sin embargo, este simple intercambio de información si tiene por objeto o efecto realizar una PMA, será motivo de sanción por parte de las autoridades de competencia. Nuevamente, cabe recalcar que aquellos agentes que intercambien información de forma involuntaria e incluso de manera inconsciente (por la forma en la que podrían trabajar los algoritmos de su plataforma digital) incurren en responsabilidad conforme a la LFCE.

Conforme a lo mencionado hasta ahora, sugiero que las autoridades de competencia pueden actuar de la siguiente forma cuando se encuentren frente a un reto que implique PMA y mercados digitales. En un primer momento podrían

delimitar el mercado a investigar, ya sea a través de los bienes y servicios y la sustituibilidad de los mismos dada su función y utilidad, o bien determinando el modelo de negocio de los agentes económicos, es decir, si solo compiten entre plataformas digitales, si compiten entre estas y un negocio con un modelo tradicional o incluso considerar si la competencia se da dentro de una sola plataforma.

Recordando que las PMA surgen de un acuerdo entre competidores (cártel), la autoridad deberá detectar la existencia de los mismos; por ello un buen inicio sería monitorear las conductas de los agentes que actúan en mercados altamente concentrados (por ejemplo, el de plataformas de transporte de personas), pues dadas las pocas plataformas que participan y el difícil acceso que tienen nuevos competidores al mercado, las posibilidades de que los agentes que compitan creen un cártel, aumentan.

Iniciada la investigación, la autoridad podría requerir a los agentes económicos información respecto a los costos de creación de sus plataformas digitales y costos de operación; posteriormente podría compararlos con los costos de otros agentes económicos de tal forma que donde detecte que los costos son similares entre los competidores, podría significar una brecha más corta para que estos se coludan.

De igual manera, las autoridades de competencia deberán especializarse en cómo funcionan y se desarrollan, no solo las plataformas digitales, sino en general las nuevas tecnologías. Lo anterior beneficiaría a las autoridades en diversos aspectos dentro de esta área (por ejemplo, podrán ser capaces de detectar cuando una plataforma digital o *software* en general no trabaja con otro y por lo tanto hay una falta de *multi-homing*, creando una barrera a la entrada).

Siguiendo la idea anterior, si las autoridades cuentan con expertos que conozcan cómo funcionan las nuevas tecnologías, será más fácil para las mismas el detectar

cuando las plataformas digitales hagan uso de algoritmos que pudieran afectar la competencia; pero no solo eso, sino que podrían observar qué tipo de información recaban los algoritmos sobre los usuarios, los competidores, y más importante aún, si entre los propios algoritmos hay algún intercambio de información sensible que pudiese derivar en alguna PMA. Adicionalmente, un avance en el estudio de los medios tecnológicos y su función, por parte de la autoridad, podría significar prevenir escenarios de colusión más complejos (por ejemplo, a través de un *hub-and-spoke* donde el tercero sea un algoritmo).

3.3 Prácticas monopólicas relativas

3.3.1 Definición y alcance del concepto de prácticas monopólicas relativas.

En el apartado anterior se mencionó que las PMA se han visto fuertemente influenciadas por las prácticas *per se* del sistema jurídico estadounidense. Tratándose de prácticas monopólicas relativas (“PMR”) sucede algo similar, pues estas tienen gran semejanza con aquellas prácticas estudiadas bajo la regla de la razón. Por ello, antes de proporcionar una definición teórica de lo que deba entenderse por PMR, se observará cómo fue el desarrollo de la regla de la razón por los tribunales estadounidenses.

Se debe recordar que la regla de la razón implica que hay ciertas actividades que no necesariamente afectan al mercado y el proceso de competencia, y para determinar lo anterior las autoridades en la materia deberán estudiarlas caso por caso y verificar si las mismas generan eficiencias al mercado. En un primer momento, los tribunales estadounidenses interpretaron el artículo primero de la Ley Sherman de tal forma que del mismo derivó un catálogo con las prácticas *per se* cuya realización siempre será prohibida y perjudicial para el proceso de competencia; sin embargo, paulatinamente fueron reconociendo, bajo la óptica de la regla de la razón, la existencia de ciertas actividades que, en las circunstancias

y con elementos adecuados, no resultan perjudiciales para la competencia, pues podrían generar eficiencias al mercado.

En este sentido, *Standard Oil Co. v. United States* (1911) fue uno de los casos más relevantes en materia de competencia económica en EUA y de los primeros a partir de los cuales se empezaba a moldear la regla de la razón, ya que la Suprema Corte de EUA reconoció que el poder judicial estaba facultado para analizar si una conducta ilegal tenía efectos competitivos favorables, mayores a los daños que pudiese provocar. Esto resultó en que aquellas restricciones al comercio, que a juicio del juzgador resultaran irracionales, serían declaradas ilegales.

Una vez que la regla de la razón fue concebida, llegaría el momento para su aplicación, de tal forma que en uno de los casos en los que esta fue aplicada por primera vez¹⁵⁹, la Suprema Corte de EUA manifestó que era necesario hacer un análisis más profundo y con mayor detalle, que simplemente declarar ilegal *per se* la conducta, de tal forma que la prueba de la legalidad respecto a la conducta “consiste en saber si la restricción al comercio regula y tal vez promueve la competencia, o si más bien la suprime y la destruye”¹⁶⁰. Para resolver dicho dilema, en su momento la Suprema Corte de EUA consideró ciertas características de la operación, como las condiciones antes y después de la conducta, su efecto, el posible daño que pueda existir, la finalidad de la conducta, entre otras. Finalmente, la Suprema Corte de EUA sostuvo que las restricciones tenían consecuencias benéficas, pues mejoraban las condiciones de mercado y promovían la competencia.

159 El caso se refiere a *Chicago Board of Trade v. United States* (1918), en el cual los integrantes de una asociación de comercio de Chicago acordaron que cualquier miembro que quisiera comprar grano después de la jornada, tendría que hacerlo respetando el precio vigente al momento del cierre de tal día. Cfr. *Chicago Board of Trade v. United States*, Decisión 4 de Marzo de 1918, <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep246/usrep246231/usrep246231.pdf>, consultado el 31 de marzo de 2020.

160 Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 160.

El caso anterior, junto a otros¹⁶¹, pusieron sobre la mesa el análisis de las eficiencias que genera al mercado una conducta que en un primer momento pudiese mostrarse como adversa. Se puede apreciar de lo mencionado hasta este punto que la norma de la razón, a diferencia de la norma *per se*, tuvo una aplicación paulatina que exigía un análisis más riguroso para determinar si una restricción al comercio, de conformidad con las circunstancias y elementos mencionados, podría beneficiar al proceso de competencia y finalmente al mercado, o bien, ésta solo resultaba dañina sin tener beneficio alguno.

Sobre dichas bases conceptuales es de donde se nutren en un primer momento las PMR, siendo este un concepto propio del sistema jurídico mexicano. En este sentido, considero que las PMR son actividades o conductas que surgen de un acto unilateral de un agente económico o de un acuerdo entre agentes económicos usualmente no competidores entre sí, y con poder sustancial de mercado, cuyo objeto o efecto es adverso al proceso de competencia (por desplazar indebidamente a otros agentes económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de uno o más agentes) por lo que serán declaradas ilegales a menos que se demuestre que las mismas generan más beneficios a la competencia, al mercado y a los consumidores; y que estos superan sus posibles efectos anticompetitivos.

Al respecto, las PMR cuentan con elementos característicos que permiten que estas existan. Estos elementos consisten en: *i*) el o los agentes responsables deberán contar (individual o conjuntamente) con poder sustancial de mercado en el mercado relevante, *ii*) el objeto o efecto de la práctica debe ser anticompetitivo, *iii*) usualmente dichas prácticas se realizan entre agentes económicos no

161 Por ejemplo, *Appalachian Coals Inc. v. United States* (1933) en donde un cártel de carbón fijó el precio de reventa del mismo, el cual debería ser vendido por un agente de ventas previamente designado. El agente vendía al precio más alto el carbón de los miembros del cártel, sin embargo la Suprema Corte de EUA tomó en cuenta diversas circunstancias, incluyendo las condiciones económicas deplorables que en su momento tenía la industria del carbón, entre otros elementos, por lo que justificó la existencia del acuerdo. Cfr. *Appalachian Coals Inc. v. United States*, Decisión 13 de marzo de 1933, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/288/344/>, consultado el 31 de marzo de 2020.

competidores entre sí, es decir, agentes que participan en distintos niveles de la cadena de valor (*i.e.* en una relación vertical) y *iv)* los agentes tienen derecho a acreditar los beneficios de su conducta. Estas características esenciales de las PMR han sido reconocidas tanto en la doctrina¹⁶², como por la propia LFCE en su artículo 54, en donde se detallan estos elementos de existencia, con excepción del derecho de los responsables para probar eficiencias, el cual se establece en el artículo 56 de la misma ley.

A diferencia de las PMA en donde existe un catálogo que reconoce cinco conductas generales las cuales serán prohibidas y sancionadas cuando estas sean identificadas, las conductas objeto de los acuerdos entre agentes económicos no competidores entre sí o actos unilaterales de un agente económico que afecta a otro de distinto nivel de la cadena de valor, derivan en un catálogo de conductas o prácticas mucho más amplio que las PMA y que en conjunción con los elementos mencionados en el párrafo anterior, consolidan la existencia de las PMR.

Cada una de dichas conductas se realiza entre agentes económicos que no se encuentran en el mismo nivel de la cadena de valor, sino en diferentes eslabones de ella. Las consecuencias de una conducta pueden afectar aguas arriba o aguas abajo; debido a esas afectaciones verticales a lo largo de la cadena de valor, las PMR también son llamadas “restricciones verticales”. Pero al ser un catálogo de conductas más amplio que el de las PMA, por técnica legislativa y para brindar mayor claridad a la LFCE, dicho catálogo se lista en numerosas fracciones dentro del artículo 56 de la misma ley.

Sin embargo, para que dichas restricciones verticales sean sancionadas a la luz de la LFCE, es necesario que se acredite cada uno de los elementos de existencia de las PMR, es decir, que además de que exista cualquiera de las conductas mencionadas en el artículo 56, de forma paralela se acredite que los agentes

162 Cfr. Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p 161.

económicos responsables tengan individual o conjuntamente poder sustancial de mercado en el mercado relevante en donde se realiza la práctica, que la misma tenga efectos anticompetitivos y, en su caso, que se acrediten ganancias en eficiencias. Antes de analizar individualmente las conductas sancionadas en el artículo 56, se hará un análisis de los elementos de existencia de las PMR, para después observar su relación con cada conducta.

a) Poder Sustancial de Mercado

La LFCE no presenta una definición de lo que deba entenderse por poder sustancial, sin embargo, en documentos informativos, como se mencionó en el Capítulo 1, la COFECE se ha pronunciado al respecto y entiende por poder sustancial aquella situación en la que una empresa tiene la capacidad de fijar precios y/o restringir la oferta de bienes y servicios sin que pueda haber alguna reacción competitiva de alguna otra empresa para contrarrestarlo.¹⁶³

Cuando dicha situación se presenta, es tentador para el agente económico el realizar un posible abuso de su posición dominante. Generalmente se dice en términos económicos que existe posición dominante o poder dominante cuando “como consecuencia de la falta de competencia sustancial, una empresa puede unilateralmente modificar los precios u otras condiciones de mercado sin temor a una reacción contraria –pronta o intensa- por parte de las empresas o de los consumidores”¹⁶⁴. Esta condición de posición dominante se origina como

163 Otras autoridades también se han pronunciado sobre la definición de poder sustancial, por ejemplo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (“SCJN”) señala que este “consiste en la capacidad de un agente económico para incrementar los precios de un producto o servicio por encima de su costo marginal, pero también puede definirse como la capacidad para fijar precios por encima del de la competencia, entendido éste como el que se cobraría en condiciones de competencia perfecta (costo marginal)”. *Competencia Económica. Concepto de “Poder Sustancial” en esa materia.* Tesis aislada, Tesis I.1o.A.E.122 A, Primer Tribunal Colegiado De Circuito En Materia Administrativa Especializado En Competencia Económica, Radiodifusión Y Telecomunicaciones, Referencia Núm. 2011144, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, Libro 27, febrero de 2016, p. 2036.

164 Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, p.117.

consecuencia del poder de mercado¹⁶⁵ que posee el agente económico. Como se observa, de las definiciones que la doctrina otorga a dichos conceptos se intuye que la existencia de poder de mercado deriva en la posición dominante de uno o más agentes. Dichos conceptos suelen estar más relacionados al sistema jurídico estadounidense; pero el sistema jurídico mexicano parece que toma los elementos esenciales de cada uno de ellos para conceptualizar el poder sustancial de mercado.¹⁶⁶

Finalmente habrá que observar que cuando una empresa abusa de su poder sustancial de mercado, los consumidores finales resultan afectados, pues la oferta de productos baja y suben los precios, haciendo que los consumidores cuenten con opciones limitadas, pagando más por los bienes y servicios que adquieren.

Aunque en la teoría el concepto de poder sustancial de mercado se pueda explicar de forma relativamente sencilla, en la práctica puede resultar complejo para las autoridades de competencia determinar cuándo un agente tiene poder sustancial. Sobre éste análisis lo primero que se suele pensar es si el agente responsable cuenta con una alta participación en el mercado; si bien dicho elemento es importante y suele considerarse el más relevante para el análisis, este no debe considerarse aisladamente, pues utilizar la participación de mercado como único método para medir el poder sustancial de mercado presenta dificultades, ya que requiere necesariamente la delimitación del mercado relevante, que como se ha mencionado, no siempre es fácil; además dicho poder está íntimamente relacionado a la elasticidad de la oferta y demanda del mercado específico, y

165 El poder de mercado es la capacidad de un agente económico –o de unos pocos- para influir decisivamente en el precio de ciertos bienes o servicios en un mercado determinado. *Cfr. Ibídem*, p.106.

166 Es preciso mencionar que un agente que tiene una posición dominante, no necesariamente ha hecho trampa en el mercado para conseguirla, la misma puede surgir debido al propio éxito económico de la empresa, de su crecimiento orgánico o de la concentración de la empresa con otros agentes económicos; y esta misma situación sucede al tratarse de agentes con poder sustancial de mercado. *Cfr. Ibídem*, p.108.

dicha elasticidad depende de muchos otros factores que deben tomarse en cuenta y que en su conjunto podrán indicar si existe o no poder sustancial.¹⁶⁷

Para determinar si existe o no poder sustancial en manos de un agente, el artículo 59 de la LFCE establece una serie de elementos o circunstancias respecto al supuesto agente responsable, que se deben analizar para acreditar su existencia. Entre ellas se encuentran: *i*) su participación de mercado¹⁶⁸, *ii*) la capacidad que tiene para fijar precios unilateralmente o restringir el abasto sin que otros agentes puedan contrarrestarlo, *iii*) la existencia de barreras a la entrada, *iv*) la existencia y poder de los competidores, *v*) el acceso a insumos por estos y por el agente y *vi*) el comportamiento reciente de los agentes que participan en ese mercado.

Adicionalmente, las Disposiciones Regulatorias en su artículo 8º, establecen criterios que deben considerarse para determinar si uno o varios agentes económicos tiene poder sustancial en el mercado relevante; dichos criterios son: *i*) el grado de posicionamiento del bien/servicio en el mercado relevante, *ii*) la falta de acceso a importaciones o los costos elevados de internación y *iii*) diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.

Una vez que estos han sido analizados y de los mismos resulta que existen condiciones adversas o que dificulten el proceso de competencia, y además indican que gracias a dichas condiciones hay uno o más agentes que se benefician, entonces dichos agentes tienen poder sustancial y existe una mayor probabilidad de que abusen de su posición dominante.

Ahora bien, habrá que observar qué se entiende por objeto o efecto anticompetitivo como elemento de existencia de las PMR.

167 Cfr. *Ibídem*, p.107.

168 La COFECE en dicho artículo aclara que puede tomar en cuenta para determinar la participación de mercado, los indicadores de venta, número de clientes, capacidad productiva y cualquier otro factor que considere pertinente.

b) Objeto o efecto anticompetitivo

Respecto a este punto, el legislador fue claro al señalar desde la Ley Federal de Competencia (abrogada) y la LFCE vigente, cuáles son los escenarios en los que se considera que existe algún detrimiento a la competencia, de tal forma que en el artículo 54, fracción III, se establecen tres supuestos que implican situaciones anticompetitivas.

El primero de dichos efectos consiste en desplazar indebidamente a otros agentes económicos. Esta situación aparece cuando un agente empuja a otro para moverse del mercado, de tal forma que orilla a este último a reducir su participación en el mismo o incluso a salirse de él. Se debe tomar en cuenta que el desplazamiento que hay entre agentes económicos en un mercado puede ser una consecuencia natural del sano proceso de competencia, en donde los agentes que entienden las necesidades e intereses de los consumidores logran incrementar su participación de mercado provocando incluso que otros agentes económicos que no puedan continuar con tal ritmo, salgan del mercado.

La LFCE es clara al señalar dicho desplazamiento de forma indebida, es decir, a través de restricciones verticales y no como resultado de una estructura de competencia que permita una competencia sana. Cabe mencionar que el desplazamiento de un agente en un mercado puede darse de forma territorial, mediante la clientela, tiempos y/o espacios determinados.

El segundo efecto consiste en impedir sustancialmente el acceso de un agente al mercado. Este efecto anticompetitivo implica que un agente que está dentro del mercado y tiene fuerza en un mercado específico, impide que nuevos agentes entren a competir. Usualmente esta dificultad para entrar a un nuevo mercado se da a través de barreras a la entrada de distintos tipos¹⁶⁹. No obstante, corresponde

169 Xavier Ginebra señala que una barrera es “cualquier factor financiero, institucional o legal que dificulta o hace imposible la entrada de nuevas empresas a una industria, o en general,

a la autoridad de competencia el disminuir tales barreras, a pesar de ello, hay agentes que dada su posición en el mercado, pueden crear o hacer que permanezcan barreras que impiden su acceso a otros competidores. De igual forma pueden realizar distintas conductas unilaterales, o bien, acordarlas con agentes económicos aguas arriba o aguas abajo de la cadena de valor, para dificultar la entrada de un nuevo agente al mercado; por ejemplo un agente económico (A) le pide a su proveedor que no le venda a un agente económico (B) el insumo principal para fabricar un producto, por lo que este último no contará con los elementos necesarios para crear el producto y por lo tanto no podrá entrar a competir al mercado específico de dicho producto.

Finalmente, el tercer efecto es establecer ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes económicos. Este último efecto anticompetitivo, a diferencia del anterior y similar con el primero, afecta a los agentes que ya se encuentran dentro del mercado. El establecer ventajas exclusivas significa crear condiciones que facilitan a uno o varios agentes su participación en el mercado, pero que no representa ningún beneficio para aquellos agentes económicos que no gozan de dichas condiciones.

Las ventajas exclusivas se originan de una relación vertical, por ejemplo, retomando el supuesto anterior, si B le vende insumos a A, el primero está arriba del segundo en la relación vertical; suponiendo que B le venda insumos a un tercer agente económico (C), y que a éste le da un precio menor que a A estando en las mismas condiciones, entonces se está en presencia de una ventaja exclusiva a favor del último agente económico. Como se observa, cuando aparecen este tipo de situaciones, hacen que el terreno de juego sobre el cual compiten los agentes económicos, que aparentemente tienen las mismas condiciones, se vuelva desfavorable para alguno de ellos, lo que en un primer

a la actividad económica". Sin embargo, considero que las hay de más tipos, como lo son las barreras estructurales. *Cfr. Ibídem*, pp. 114 – 115.

momento genera afectaciones al mismo proceso de competencia, que eventualmente en un segundo momento afectarán al consumidor final.

A diferencia de las PMA, las PMR conceden a los agentes económicos responsables de las mismas, la oportunidad de demostrar que estas generan ganancias en eficiencias al mercado.

c) *Ganancias en eficiencia*

Como se mencionó, las PMA cuando son detectadas, se prohíben y se sanciona a los responsables, por otro lado las PMR exigen un paso más, que es el análisis de sus efectos anticompetitivos. Dicho análisis es sumamente delicado, pues a partir de él se determinará si una PMR tiene efectos anticompetitivos o si sus beneficios al mercado son superiores a los primeros.

El análisis sobre los efectos competitivos realizado por la autoridad de competencia es similar al análisis que se hace en EUA conocido comúnmente como “*Three-part inquiry: harm, benefit, alternatives*”, el cual en esencia “busca hacer un ejercicio de balanceo: valorar los beneficios en el proceso competitivo de una práctica, contra sus desventajas. Dependiendo del resultado se tildará de pro- o anticompetitivo”¹⁷⁰. Dentro de los aspectos que se analizan se encuentran las eficiencias, el cual, si bien no es un concepto que la LFCE defina, y que aún en la doctrina existen posiciones distintas respecto a su significado, la forma más sencilla y amplia de entender el concepto de eficiencias es desde la eficiencia económica, la cual se entiende como “cualquier evento que incrementa el valor total de activos”¹⁷¹.

170 González de Cossío, Francisco, “Ganancias en eficiencia: El *Zugzwang* de la competencia económica”, *Revista de Derecho de la Competencia*, Bogotá (Colombia), vol. 6 N° 6, 17-31, enero-diciembre 2010, p. 21.

171 *Ibídem*. p. 22.

En este sentido, existen distintos tipos de eficiencias¹⁷²: *i)* eficiencia productiva, aquella donde los productos son elaborados con el mínimo costo posible, *ii)* eficiencia innovativa, cuando se reducen costos relacionados con la investigación y desarrollo, *iii)* eficiencia asignativa, aquella donde para producir alguien está mejor y otro pierde, *iv)* eficiencia técnica, que consiste en la producción mediante la óptima combinación de insumos, *v)* eficiencia distributiva, que busca encontrar mejores formas de distribuir el ingreso o la riqueza y *vi)* eficiencia de pareto, aquella donde no puede encontrarse una utilización alternativa que ponga a una persona en mejores condiciones sin empeorar a otra.

Las eficiencias antes mencionadas generan un bienestar el cual puede clasificarse como bienestar hacia el consumidor y bienestar hacia el productor, que combinados crean el bienestar total. Sin embargo, el artículo 55 de la LFCE señala que las ganancias en eficiencia deben resultar en una mejora al bienestar del consumidor. No obstante, hay juristas como González de Cossío, cuya posición sobre este tema es en el sentido de que la competencia económica debe considerar de igual forma tanto el bienestar del productor como el del consumidor, ya que “cualquier fomento de cualquier bienestar (sea del consumidor o productor) incrementa el bienestar total, lo cual lo hace Pareto eficiente. Es decir, mejora la situación de alguien (aunque sea el productor) sin necesariamente lastimar a otro”¹⁷³.

Al respecto, me considero partidario de esta última posición, pues una ganancia en la eficiencia reflejada ya sea en el bienestar del consumidor o del productor, conviene a la economía en general, pues hay recursos que están siendo más eficientemente utilizados.

La LFCE en siete incisos del artículo 55, establece de manera enunciativa más no limitativa, diferentes situaciones que se pueden identificar en la práctica y que se

172 Cfr. *Ibídem*, pp. 22 – 25.

173 *Ibídem*, p. 30.

consideran ganancias en eficiencias. Algunas de ellas son: *i*) la introducción de nuevos bienes/servicios, *ii*) aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos, *iii*) introducir avances tecnológicos que produzcan bienes/servicios nuevos o mejorados y *iv*) mejoras a la calidad, entre otros.

Ya señalados los elementos característicos (o de existencia) de las PMR, habrá que explicar de forma individual en qué consiste cada una de las conductas o prácticas que la LFCE identifica como posibles PMR cuando aparecen en conjunto con los elementos mencionados.

d) Conductas

El sistema jurídico mexicano considera como PMR, conforme al artículo 56 de la LFCE a las siguientes conductas: segmentación de mercado, fijación de precios de reventa, ventas atadas, exclusividades, negativa de trato, boicot, depredación de precios, descuentos por lealtad o ventas condicionadas, subsidios cruzados, discriminación de precios, elevación de costos a rivales, obstáculos a la adquisición de un insumo esencial y estrechamiento de márgenes.

Cada una de dichas conductas no dañan por sí mismas la competencia, por ello para que sean calificadas como PMR éstas deben realizarse por uno o varios agentes que tengan poder sustancial de mercado en el mercado relevante y que tengan un objeto o efecto anticompetitivo. Además, el agente responsable de realizarlas podrá argumentar ganancias en eficiencias por lo que podrá evitar ser sancionado por beneficiar al mercado. Ahora bien, se analizará cada una de las trece conductas de forma individual.

Segmentación de mercado. También conocida como asignación territorial y de clientes, es una práctica muy similar a la división del mercado señalada como PMA, de la cual ya se habló. Pero, en ésta PMR la asignación de territorio o clientes (que necesariamente implica una división previa y repartición posterior),

se da en una relación vertical. Por ejemplo, un fabricante asignará a cada uno de sus distribuidores, un territorio/cliente distinto para que trabaje.

Este tipo de división o asignación se da a través de diversas cláusulas, la más común es la llamada “cláusula de manos atadas”. Dicha cláusula permite asignar territorios de dos distintas formas, la primera cuando un fabricante le asigna un territorio exclusivo a un distribuidor en donde sólo el podrá vender los productos del primero; la segunda cuando un fabricante le asigna a sus distribuidores una zona específica en la que podrán vender sus productos, pero sin salirse de ella. La cláusula también funciona para asignar clientes, esto cuando el fabricante indica que ciertos distribuidores solo venderán a mayoristas mientras otros solo a minoristas.

Respecto a la asignación de territorios, es común que también se use la famosa “cláusula territorial”, mediante la cual se establece que un distribuidor sólo podrá vender fuera de su territorio si previamente cuenta con el permiso del distribuidor del territorio en el cual quiere vender. Un tercer tipo de cláusulas que se usan para implementar estas restricciones es la “cláusula de cuota liberatoria”, por medio de la cual el fabricante asigna a un distribuidor una meta o determinado número de venta (ya sea por territorio o clientes) y una vez alcanzada, el distribuidor adquiere el derecho de ofrecer el producto en otro territorio o a diferentes clientes.

Otra cláusula usada para asignar territorios/clientes, es la “cláusula compensatoria”, mediante la cual si un distribuidor vende en un territorio o a clientes distintos de los que le fueron asignados, deberá pagar una compensación al distribuidor a cargo del territorio/cliente, sobre los cuales interfirió el primer distribuidor.

La asignación de territorios o clientes como restricción vertical tiene distintas aristas desde las cuales se pueden argumentar sus eficiencias. Por ejemplo, desde la perspectiva del fabricante, éste usa dichas restricciones con la finalidad

de evitar que exista competencia entre sus distribuidores y por lo tanto dentro de la marca¹⁷⁴. Desde la óptica de los distribuidores se considera que si el fabricante establece restricciones para evitar la competencia interna, el distribuidor podrá vender mejor el producto utilizando servicios y métodos de venta más sofisticados, esto se debe a que los distribuidores se protegen del aprovechamiento de terceros y protegen su inversión obteniendo más utilidad.

Otras eficiencias que se pueden argumentar son: *i*) facilitar la penetración de mercado, *ii*) asegurar la calidad del producto y *iii*) aumentar la seguridad del cliente. Dichas eficiencias, junto a las antes mencionadas, son aceptadas en México dado que siguen la idea de que “las restricciones de la competencia dentro de la marca se justificarán si los efectos de las mismas son fortalecer a la misma marca en la competencia con las demás marcas”¹⁷⁵.

Fijación de precios de reventa. También conocida como imposición de precios de reventa, consiste en una situación en la que un agente económico (A), impone a otro agente económico (B), que se encuentra por debajo del primero en la cadena de valor, un precio fijo (mínimo o máximo) con el cual tendrá que vender el producto/servicio del primero. Lo anterior se ejemplifica cuando un fabricante le impone un precio al cual debe vender el producto uno de sus distribuidores a otros minoristas.

Esta práctica puede ser perjudicial para el mercado ya que puede crear un cártel en cualquiera de los dos niveles. Por ejemplo, puede servir como un mecanismo para estabilizar los precios al nivel de los fabricantes, creando un cártel. Respecto a los distribuidores, estos pueden obligar al fabricante a ser el organizador del

174 Cfr. Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p 162. En EUA se desarrolló el concepto de *intrabrand-interbrand competition*. La competencia *intrabrand* es la que existe entre los agentes participantes en la producción, venta o comercialización de un bien/servicio pertenecientes a una misma marca, esto se conoce como competencia dentro de la marca. La competencia *interbrand* es la que existe entre agentes participantes en la producción, venta o comercialización de bienes/servicios de diferentes marcas, esta se conoce como competencia entre las marcas.

175 *Ibídem*, p. 180.

cártel entre los mismos distribuidores; lo anterior coaccionándolo con diversos medios, como la simple amenaza de que los distribuidores vayan con otro fabricante. Otro posible efecto perjudicial de esta conducta es el crear un poder monopólico cuando el agente involucrado tiene poder de mercado suficiente.

Empero, existen elementos a favor de esta práctica por los cuales no se sanciona *per se*. Por ejemplo, si un fabricante establece un precio de reventa respecto a sus distribuidores, podría estar asegurando que exista un margen (aunque sea mínimo) para el distribuidor, y esto puede funcionar como incentivo para este último quedarse como distribuidor del fabricante. Otra posible ventaja consiste en que el fabricante, que no actúa como organizador de un cártel entre distribuidores, sino conforme a sus propios intereses, pondrá un precio de reventa diferente al que posiblemente se establezca como resultado de un cártel.

Un argumento adicional que se utiliza es que hay ocasiones en que los fabricantes invierten dinero para crear una determinada imagen de su producto relacionada con el prestigio o calidad del mismo; por ello es probable que los fabricantes no estarán de acuerdo en que su producto se revenda con precios de descuento, para evitarlo el fabricante establece un precio de reventa. Lo mismo sucede cuando un distribuidor utiliza la imagen de un producto (A) para atraer clientes, con la idea de que existe un descuento en dicho producto, sin embargo los clientes posiblemente escojan otro producto (B). Lógicamente a un fabricante no le gustará que su producto juegue el papel de señuelo con un descuento para que el cliente adquiera otro producto, por lo que una forma de evitarlo son los precios de reventa.

Finalmente el argumento más sólido en competencia económica para no sancionar *per se* la fijación de precios de reventa es para evitar el “aprovechamiento de terceros” o *free riding*. Esto sucede cuando un fabricante considera que la mejor forma de competir es logrando una combinación entre

precios competitivos y servicios relacionados al producto¹⁷⁶. Dichos servicios tienen un costo que repercute en el precio del producto, por lo que el distribuidor al momento de vender el producto del fabricante tendrá que tomar en cuenta dicho costo de los servicios respecto al precio del producto, de tal forma que el precio final incluirá el costo del producto y el costo de los servicios. En este contexto, lo que usualmente ocurriría en la práctica es que un cliente se acercaría con un primer distribuidor (que tiene servicios adicionales, como publicidad) para obtener mayor información sobre el producto y una vez que esté informado, compraría el producto con el segundo distribuidor, pues lo vende a un precio más bajo en comparación con el primero, ya que no contrató servicios adicionales, por lo que no considera ese costo.

Por ejemplo, si un fabricante vende un producto a los distribuidores a 10 pesos, y un distribuidor decide proporcionar servicios adicionales como publicidad y demostraciones que tienen un costo de 2 pesos, deberá revender el producto al menos a 13 pesos para que tenga una utilidad de 1 peso. Por otro lado hay un distribuidor que no invierte en dichos servicios, por lo que puede revender el producto a 12 pesos, 1 peso más barato a comparación con el primer distribuidor y teniendo una utilidad de 2 pesos. Lo que probablemente sucedería es que muchos clientes acudirían con el primer distribuidor a ver demostraciones y la publicidad, pero adquirirían dicho producto con el segundo, puesto que es más barato.

Como se observa de la situación anterior, el segundo distribuidor está beneficiándose de los servicios contratados por el primer distribuidor, pero sin invertir recursos para tal efecto. Eso es lo que se conoce como aprovechamiento de terceros. Para evitar ese terreno desfavorable para uno de los distribuidores, el fabricante establece un precio mínimo de reventa que contemple el costo de los servicios; lo que haría que los distribuidores compitan en campos distintos al

176 Cfr. Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 167. Estos servicios pueden tratarse de una buena publicidad en los puntos de venta, demostraciones de productos por personal capacitado, servicios de garantía o de otro tipo después de efectuada la venta.

precio, lo cual en última instancia beneficia a los consumidores finales por el tipo de servicio que se prestará.

Ventas atadas. Esta PMR consiste en “una transacción en la que el vendedor establece como condición para efectuar la venta de un producto, que se adquiera un segundo bien o servicio”¹⁷⁷. Un requisito para que exista la venta atada es que el producto o servicio adicional debe ser distinto o distingible del bien principal.

Un segundo requisito es que el cliente debe tener el mismo interés (y deseo de adquirir) el producto “atado”, como lo tiene por el bien principal. A *contrario sensu*, si a un cliente se le vende un producto respecto del cual tenga interés y un producto atado por el cual no tiene gran interés, entonces no hay venta atada. Para ser venta atada el cliente deberá tener interés por igual en ambos productos, y cuando tiene ese doble interés y se le obliga a comprar un bien atado, es probable que se le esté limitando la posibilidad de comprar tal bien en circunstancias de competencia normales. Por ello, habrá que cuestionarse si al cliente se le priva de la oportunidad de adquirir dicho bien en un escenario de sana competencia, cuando se le obliga a comprarlo de forma atada al bien principal.¹⁷⁸

Existen distintos tipos de ventas atadas, por ejemplo aquellas donde se vende el bien principal y el atado en “paquete” y se ofrece a un mismo precio. Otro tipo es el que se hace sobre “bases de reciprocidad”, es decir, que un agente económico vende un producto condicionando al comprador a adquirir otro producto ofrecido por un tercero.

En EUA, para que una venta atada sea sancionada debe cumplir con los siguientes supuestos¹⁷⁹: *i)* Deben ser 2 productos diferentes, *ii)* el vendedor debe forzar al cliente para comprar el producto atado, como condición para vender el bien principal, *iii)* el vendedor cuenta con poder sustancial en el mercado relevante

177 *Ibídem*, p. 194.

178 *Ibídem*, p 195.

179 *Ídem*.

y iv) la venta tiene efectos adversos en el mercado del bien atado. En México también se siguen dichos requisitos para sancionar la venta atada, a menos que se demuestre que tiene ganancias en eficiencias.

Para argumentar las eficiencias, se suele decir que se trata de un solo producto (aún cuando sean distinguibles), esto para proteger a la marca y fortalecerla frente a otras marcas, así como para beneficiar al consumidor, quien puede adquirir a menores precios. Por ejemplo, la venta de un auto implica una venta atada respecto de los neumáticos, sin embargo se argumenta que se trata de un solo bien (a pesar de que el carro y las llantas sean distinguibles uno del otro) y que beneficia al cliente, pues probablemente dada la cantidad de llantas que el distribuidor adquiere del fabricante, el primero las compra a un precio mucho más bajo en comparación al cliente que decida comprar las llantas directamente con el fabricante.

Exclusividades. Esta práctica, muy similar al boicot como se verá más adelante, consiste en una situación en la que un agente económico (A) vende un producto a otro agente económico (B) por debajo de la cadena de valor, con la condición de que este último no adquiera productos de un tercero, usualmente competidor del primer agente económico. Por lo general, el agente económico (B) acepta la condición, aún cuando perjudica a un tercero, debido a que existe cierta coerción sobre él, como podría ser la amenaza de que si no deja de comprar al tercero, a él le dejan de vender.

Por ejemplo, un fabricante bien posicionado en el mercado de lápices, dada la buena imagen de su marca, vende a su distribuidor los lápices pero la venta está condicionada a que el distribuidor deje de adquirir dicho producto de otros competidores del fabricante. En este caso, suponiendo que el fabricante tenga poder sustancial de mercado, lo que ocurrirá es que desplazará a los competidores creando una situación tipo monopólica.

Otro ejemplo, considerando al mismo fabricante, con la misma venta, pero condicionada a que el distribuidor deje de adquirir un producto distinto a los lápices (por ejemplo, plumas) de un tercero, se puede suponer que el fabricante buscará desplazar a los agentes participantes en el mercado de plumas ya que el primero desea incursionar en el mismo y acapararlo.

Algunos de los argumentos para defender las eficiencias de esta práctica son, desde la óptica del distribuidor, que la aplicación de exclusividades genera especialización de los distribuidores respecto a la marca del fabricante, por lo que mejoran las técnicas de venta y esto conlleva a mayores ganancias. De igual forma, desde la óptica del fabricante se dice que reduce el aprovechamiento de terceros, pues los servicios adicionales solo representarán beneficios para la marca del fabricante.

Negativa de trato. También llamada denegación de trato, es una conducta similar a la exclusividad y a la segunda forma que adopta el boicot (como se menciona más adelante). Esta práctica consiste en una conducta unilateral por parte de un agente económico mediante la cual se rehúsa a vender algún bien/servicio a otro agente económico que se encuentre aguas en un nivel abajo, aún cuando dicho bien sí se ofrece a terceros.

Este tipo de práctica tiene efectos adversos en el mercado del cliente (distribuidor) y en el del competidor (vendedor). El primer caso sucede cuando un fabricante decide negarse a vender a algún cliente, esto podría ocultar la voluntad del fabricante con poder sustancial, para ampliar su monopolio también en el mercado de los distribuidores, es decir, que busca fabricar y adicionalmente distribuir sus propios productos.

El segundo caso sucede cuando el agente económico se niega a vender un producto, considerado como insumo esencial, a otros agentes económicos del mercado, sean consumidores o no. En este caso se les priva a otros agentes de la

materia prima necesaria para que sigan produciendo el bien o servicio con el cual compiten.

Boicot. En materia de competencia económica se puede hablar de dos tipos de boicot los cuales son reconocidos en la LFCE aunque no necesariamente con este nombre. El primero de ellos hace referencia a “un acuerdo entre competidores con el fin de ejercer cierta presión con algún proveedor o cliente, a fin de que ese proveedor adopte ciertas medidas respecto de otro competidor de los miembros del boicot, tendientes a desplazarlo del mercado”¹⁸⁰. Como se observa, a través de este tipo de boicot el agente económico perjudicado se encuentra en una relación horizontal (de competencia) con los miembros del boicot, por lo que funciona para desplazarlo del mercado en donde los segundos compiten.

El segundo tipo de boicot es entre un solo agente económico y alguno de sus proveedores o clientes, con el mismo efecto de desplazar a alguno de los competidores del primero¹⁸¹. La diferencia de este tipo de boicot y el primero, radica en que uno se hace de forma individual y por lo tanto es un acto unilateral, mientras que en el otro se forma un grupo para ejercer presión al proveedor o cliente. Como se observa, ese segundo tipo de boicot es lo que la LFCE denomina como “exclusividades”, pues como se mencionó antes, estas son un acto unilateral que implica una condición cuyo efecto es perjudicar a un tercero mediante su desplazamiento. Sin embargo en ambos casos hay una coerción para lograrlo, la cual implica una amenaza para el proveedor o cliente de hacerlo o dejar de comprarle/venderle productos.

Se suele argumentar a favor de este tipo de prácticas, que estos evitan el aprovechamiento de terceros, o bien, que el boicot se hace para presionar a un agente económico que no sigue los estándares de la industria, mientras que los demás sí los siguen.

180 *Ibidem*, p. 204.

181 *Cfr. Ibidem*, p. 205.

Depredación de precios. Conocida también como precios predátorios, esta restricción vertical se puede definir como “una actividad en la que un agente sacrifica parte de la utilidad que podría estar ganando en circunstancias de competencia normales, con el fin de inducir la salida de otro agente y posteriormente obtener utilidades adicionales de tipo monopólico”¹⁸². Lo anterior implica que un agente económico (A) reducirá el precio de los productos que vende para establecer su precio por debajo de su costo de producción, dejando de percibir una utilidad, de tal forma que el competidor (B) también tenga que bajar sus precios para seguir compitiendo contra los precios de (A), hasta que dada las bajas o nulas utilidades que percibe (B), éste decida salirse del mercado. Dicha conducta del agente económico (A), se clasifica como PMR cuando no existe una explicación a la misma más que considerarla un intento para sacar a otros competidores del mercado con la finalidad de percibir utilidades de tipo monopólico cuando el competidor esté fuera del mercado.

El sistema jurídico de EUA establece dos requisitos para acreditar los precios predátorios: *i)* que los precios estén por debajo del costo y *ii)* que exista una gran probabilidad para el agente económico responsable de recuperar las pérdidas derivadas de la actividad predatoria. Este último requisito es indispensable para que esta práctica sea calificada como PMR, pues el agente responsable deberá mantener el poder monopólico en el mercado durante un largo periodo de tiempo, de tal forma que pueda recuperar las ganancias perdidas y obtener ganancias adicionales. Por ejemplo, en EUA para que la práctica sea ilegal no basta con que el precio esté por debajo del costo, además se debe probar que habrá una repercusión de dichas pérdidas durante el periodo predatorio.¹⁸³

En el caso de México, también se consideran dichos requisitos, además de criterios secundarios. Para acreditar la existencia de precios predátorios y para

182 *Ibidem*, p. 214.

183 *Cfr. Ibidem*, p. 217.

que éstos sean sancionados, deben registrarse pérdidas tanto para el agente económico responsable como para el agente económico desplazado.

Por otro lado, se debe considerar que existen diversas razones para realizar esta conducta sin que se tenga un fin anticompetitivo, por ejemplo, introducir nuevos productos al mercado o agotar existencias, terminar inventarios, promocionar algún producto, entre otros.

Descuentos por lealtad o ventas condicionadas. Esta práctica consiste en que un agente económico proporcionará algún incentivo a otro agente económico a cambio de que este último se obligue a no usar los productos de un tercero (usualmente competidor del primer agente económico). Como se observa la conducta es muy similar a las exclusividades, en donde la venta de un bien se condiciona a que el comprador no adquiera el bien de un tercero, no obstante en los descuentos por lealtad existe un elemento que ofrece el vendedor y detona el interés del comprador para cumplir con dicha condición impuesta por el vendedor y que afecta a un tercero, ese elemento es el incentivo. Normalmente dicho elemento es un descuento en los bienes comprados o algún beneficio.

Se debe tener en cuenta que ésta práctica también puede incluir la condición de que el bien adquirido no sea revendido a terceros señalados por el vendedor. El principal problema de esta práctica es que va excluyendo sistemáticamente a otros competidores de continuar participando en el mercado, esto al irles quitando ventas que usualmente harían, pero que dada la condición celebrada entre el vendedor y el comprador, el otro competidor deja de percibirlas.

Subsidios cruzados. Esta práctica implica una situación en la que un grupo determinado de clientes pagan por un producto un precio por encima de su costo de producción (y servicios relacionados), mientras que otros clientes pagan, por el

mismo producto, un precio muy por debajo de su costo.¹⁸⁴ Es decir, que mientras un cliente paga por un bien un precio menor al de su producción, otro cliente pagará un precio mucho mayor al de su producción, de tal forma que el excedente de dicho precio sirva para cubrir el costo de producción del bien comprado por el primer cliente.

La LFCE no establece los subsidios cruzados desde la perspectiva de los clientes, sino desde las utilidades del agente económico responsable. Por ello en la fracción IX del artículo 56, los señala como “el uso de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta (...) de un bien (...) para financiar las pérdidas con motivo de la venta (...) de otro bien”. Como se observa, la situación sigue siendo la misma pero es vista desde el otro lado del lente, pues ahora se menciona que las ganancias por un producto vendido se usarán para subsidiar los costos de producción (pérdidas) de otro bien (vendido a menor precio que su costo medio variable).

Uno de los efectos anticompetitivos que pueden presentarse cuando el agente con poder sustancial aplica subsidios cruzados es que podría fijar precios de un bien por debajo de su costo de producción y recuperar dicha pérdida con las ganancias que obtiene de otro bien. Por otro lado, el principal argumento usado para defender la aplicación de subsidios cruzados es que estos tienen como objetivo permitirle el acceso a un producto, a clientes de diferentes estratos socioeconómicos, siendo aquellos con más ingresos quienes subsidien los costos de producción de los bienes para aquellos con menos ingresos.

184 Otros autores definen los subsidios cruzados como una situación que “implica cobrar tarifas por debajo de los costos a un grupo de usuarios (usualmente domésticos) y tarifas por encima de costos a otros (frecuentemente a usuarios industriales y al comercio)”. Yepes, Guillermo, *Los subsidios cruzados en los servicios de agua potable y saneamiento*, Washington D.C., EUA, Banco Interamericano de Desarrollo, 2003, p. 1. Por su parte, Gustavo Ferro sostiene que estos “existen cuando un usuario paga menos que el costo medio variable directo de prestarle el servicio”. En *Políticas tarifarias para el logro de los objetivos de desarrollo del milenio (ODM): situación actual y tendencias regionales recientes*, Santiago de Chile, Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2013, p. 27.

Discriminación de precios. Esta práctica consiste en una situación en la que “la diferencia de precios al que se vende un producto similar en cantidad y calidad no refleja la diferencia del costo marginal que implica venderle a dos clientes diferentes”¹⁸⁵. Esto se refiere a un fabricante que vende el mismo producto en calidad y cantidad, a dos clientes en igualdad de condiciones y circunstancias, pero a un precio distinto.

Esta conducta, para que sea calificada como PMR, debe cumplir ciertas condiciones o realizarse bajo determinadas circunstancias. Entre ellas están: *i*) debe tratarse de una compraventa, *ii*) se debe acreditar que las dos compraventas (una en condiciones normales y la otra con precio discriminado) sucedieron con poca diferencia de tiempo¹⁸⁶, *iii*) la calidad y cantidad del producto vendido debe ser igual o similar y *iv*) debe existir un daño al proceso de competencia.

Respecto al último punto se argumenta que el daño aparece cuando la discriminación de precios se da respecto a productos que son usados como insumos para la elaboración de otro producto, pero si el producto es para el consumidor final, entonces no hay daño a la competencia. Considero que lo anterior no debería ser un requisito para calificar a esta conducta como discriminación de precios; primero porque se debe recordar que uno de los fines de la competencia económica es la protección del cliente o consumidor (sea éste partícipe en alguno de los niveles intermedios de la cadena de valor o se trate del consumidor final) y al pensar que el daño que éste pueda recibir como resultado de esta conducta impide calificarla como discriminación de precios, entonces se está traicionando la protección que la competencia económica debe brindar al consumidor. En un segundo momento, pienso que un consumidor final sigue siendo un agente económico conforme a la definición que la propia ley establece;

185 Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 228.

186 Para determinar la “poca” diferencia de tiempo, se debe observar: la periodicidad de las ventas en la industria, la fungibilidad de los productos, si la venta es de trato sucesivo y los cambios en las condiciones de mercado. Cfr. *Ibidem*, pp. 228 – 229.

y es partícipe (aunque sea en el último eslabón) de la cadena de valor, y por lo tanto del proceso de competencia.

Sobre la discriminación de precios, hay argumentos que defienden su realización y las eficiencias o beneficios que la misma traería al mercado. Por ejemplo, para que el vendedor pueda igualar los precios de sus competidores cuando el costo (por la venta, distribución o entrega del producto) es distinto debido a la cantidad solicitada del producto (*i.e.* venta al mayoreo); cuando las condiciones de mercado cambian y afectan los productos (por ser fungibles), por lo que el vendedor querrá deshacerse de ellos, entre otros.

Elevación de costos a rivales. Esta conducta consiste en que uno o varios agentes económicos crean circunstancias u obstáculos que les impiden a agentes económicos terceros, participar en igualdad de condiciones. Dichas circunstancias se presentan de tres distintas formas: *i)* incrementando costos para el agente económico afectado, es decir, que pagará más por la producción del bien/servicio, que el resto de agentes económicos, *ii)* obstaculizando el proceso de producción para el agente económico afectado, por ejemplo, mediante barreras de mercado y *iii)* reduciendo la demanda del agente económico afectado, por ejemplo, quitándole clientes o dividiendo el mercado.¹⁸⁷

Otro ejemplo de esta práctica sucede cuando entra en vigor una nueva norma relacionada a la protección del medio ambiente. Los agentes económicos con poder sustancial en el mercado de la producción de papel obtienen excepciones a dicha norma, que favorecen a las empresas que ya compiten en el mercado. Esta situación genera una barrera u obstáculo que dificulta que nuevos agentes económicos entren a competir a dicho mercado, pues no tendrán dichas excepciones y deberán cumplir con la nueva normativa.

187 *Herramientas de competencia económica*, Comisión Federal de Competencia Económica, México, 2016, p. 24. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/Herramientas_CompetenciaEconomica_vf250815.pdf#pdf, consultado el 03 de junio de 2020.

Obstaculización a la adquisición de un insumo esencial. También llamada denegación de acceso a insumos esenciales, es una práctica que consiste en una situación en la que un agente económico que posee un insumo esencial, niega el acceso al mismo a los agentes económicos que necesitan dicho insumo para producir un bien.

Usualmente esta práctica puede implicar que el agente económico niegue el insumo a sus propios competidores, o bien, que lo niegue a agentes económicos aguas abajo. Esta práctica puede resultar sumamente dañina para el mercado, pues cuando los insumos de un bien o servicio se encuentran en manos de uno o unos cuantos agentes económicos, se crea una situación similar a la de un monopolio, en donde el bien es proporcionado por un solo agente, creando la posibilidad de incrementar los precios y limitar las opciones al consumidor.

Estrechamiento de márgenes. Esta práctica sucede cuando un agente económico (A) busca reducir el margen de ganancia de otro agente económico (B), es decir, que el margen existente entre el costo del insumo esencial y el precio del bien producido con dicho insumo por el agente económico (B), sea menor en comparación con el agente económico (A) que usa el mismo insumo a un precio menor o bien, con el precio del bien en un rango mayor, haciendo que el margen de ganancia de (A) sea mayor al de (B), el cual ha sido reducido.

Por ejemplo, si un agente económico (A) paga 5 pesos por el costo de un insumo esencial y el producto final lo vende en 10 pesos, significa que tiene un margen de ganancia de 5 pesos. Sin embargo, si dicho agente (A) vende el insumo a otro agente (B), a un precio mayor a 5 pesos (por ejemplo, a 6 pesos), y dicho agente (B) vende el producto final a 10 pesos (para que sea competitivo con el precio del producto de (A)), significa que (B) tiene un margen de ganancia de 4 pesos, por lo que éste se ha estrechado 1 peso en comparación con el margen de ganancias del primer agente económico.

Uno de los efectos anticompetitivos de este tipo de prácticas es que desnivela el campo de juego de los agentes económicos, rompiendo la igualdad de condiciones para competir.

Como se ha observado hasta este momento, las PMR resultan más difíciles de identificar para las autoridades de competencia, pues no se trata de la existencia de un cártel en el mismo nivel de la cadena de valor, sino que estas prácticas involucran distintos niveles de la misma. Además el análisis para su detección es más riguroso, pues se deben acreditar los elementos de existencia antes mencionados y en paralelo acreditar la existencia de al menos una de las conductas anteriores. En caso de que exista alguna PMR, los agentes responsables tendrán oportunidad de demostrar las ganancias en eficiencias que generan al mercado, lo cual implica otro análisis detallado por parte de la autoridad.

3.3.2 Regulación de las prácticas monopólicas relativas en la Ley Federal de Competencia Económica.

El libro segundo, título único de la LFCE establece la prohibición de las conductas anticompetitivas. El capítulo dos del mismo libro, distingue las PMA de las PMR, las primeras señaladas en el artículo 53, las segundas se establecen en tres artículos distintos. Los elementos de existencia de las PMR son señalados en el artículo 54, el derecho de los agentes económicos responsables de las PMR para acreditar ganancias en eficiencias y cuáles son éstas, se establecen en el artículo 55 y finalmente las conductas en particular que pueden ser sancionadas como PMR se señalan en el artículo 56. El artículo 54 establece en su primer parte:

“Artículo 54. Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:

I. Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de esta Ley;”

De esta primera parte del artículo 54 se observan dos características que no se pueden pasar por alto. En un primer momento la norma establece el origen de esas prácticas, este puede ser un contrato o convenio (cuyas características y derivados de cada uno ya se mencionaron anteriormente) entre agentes económicos que normalmente pertenecen a distintos niveles de la cadena de valor. Además, a diferencia de las PMA que solo surgen de acuerdos entre competidores, es decir, que la existencia de las mismas depende de al menos dos agentes, las PMR pueden surgir de “actos”. Si bien no es necesario definir qué es un acto, esta palabra dentro del artículo 54 es usada puntualmente ya que existen PMR que no necesariamente se originan en el seno de un acuerdo, sino de forma unilateral por parte de un solo agente económico.

Señaladas las fuentes de las PMR, el artículo 54 establece los elementos de existencia para que pueda acreditarse una PMR. La fracción primera de dicho artículo indica como primer elemento de existencia, que la conducta realizada por el agente económico responsable debe encuadrar en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 56, que como se mencionó, lista un catálogo de trece conductas consideradas PMR. Lo anterior implica que si la conducta encuadra en alguna práctica indicada con posterioridad, posiblemente se estará frente a una PMR.

La fracción II del mismo artículo establece como elemento de existencia de una PMR que se acredite el poder sustancial del mercado en el que se realiza la práctica:

“II. Lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y”

En el apartado anterior se habló del concepto de poder sustancial de mercado. Es interesante indicar que este poder puede ser individual o bien, considerado de forma conjunta, es decir, se hace un análisis para determinar el poder de cada agente supuestamente responsable y los resultados se pueden juntar, de tal forma que se determine si entre dichos agentes son capaces de alterar el mercado sin que alguien pueda contrarrestarlo.

Finalmente, la fracción III de dicho artículo establece el tercer elemento de existencia de las PMR, este es el objeto o efecto anticompetitivo que la misma pueda tener:

“Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.”

El artículo 54 es claro al señalar qué circunstancias específicas son consideradas daños al mercado, las cuales fueron mencionadas y detalladas en el apartado anterior. Sin embargo, algo característico de esta fracción es que establece que el objeto o efecto anticompetitivo no necesariamente debe darse en el mercado relevante, sino que pueden considerarse como objeto anticompetitivo el daño que se haga a mercados secundarios o que estén pegados al mercado relevante. Con respecto a esto último, habrá que notar que la fracción II de este artículo es clara al señalar que la PMR existe cuando hay poder sustancial de mercado en el que también se realice la práctica. Por el contrario, el objeto anticompetitivo no necesariamente debe existir en el mercado en el que efectivamente se realiza la práctica, sino que puede darse en un mercado alterno.

Cuando la autoridad logra acreditar los elementos de existencia de las PMR señalados en el artículo 54, no se sanciona automáticamente a los agentes económicos responsables (como sería el caso de las PMA) sino que la LFCE

reconoce un derecho de dichos agentes por medio del cual tendrán la oportunidad de acreditar que la realización de la PMR incide favorablemente en el mercado. Ello se indica en el artículo 55 de la LFCE:

“Artículo 55. Las prácticas serán ilícitas y se sancionarán si son demostrados los supuestos de las fracciones anteriores, salvo que el Agente Económico demuestre que generan ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resultan en una mejora del bienestar del consumidor. Entre las ganancias en eficiencia se podrán incluir alguna de las siguientes:”

Como se observa en el precepto citado, la ley concede al agente económico responsable el derecho para acreditar que las prácticas que cometió generan ciertos beneficios al proceso de competencia. Esta es la única excepción que existe para que el agente económico evite ser sancionado, pues de no lograr acreditar eficiencias, se le aplicará la sanción correspondiente.

Sin embargo, de la lectura del artículo se advierte que se deben cumplir distintas condiciones para acreditar los beneficios de la práctica cometida. En un primer momento el artículo indica que se deben demostrar “ganancias en eficiencia”, como se mencionó en el apartado anterior, las hay de distintos tipos, por lo que el agente responsable debe acreditar la existencia de al menos una de ellas.

No basta la simple existencia de las eficiencias, ya que el artículo señala que estas “deben incidir favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia”. Lo anterior implica que en el fondo hace una distinción entre los beneficios al consumidor y los beneficios al productor que generan las eficiencias, considerando que solo el beneficio al consumidor es aceptable como favorable para el proceso de competencia, mientras que el beneficio que reciba el productor o fabricante solo le beneficia a él pero no a la estructura de competencia. Al

respecto considero que pensar que hay eficiencias que no favorecen al proceso de competencia o pensar que el beneficio al productor no incide favorablemente en dicho proceso, es erróneo. Esto porque las eficiencias (ya sea que generen un beneficio al consumidor o al fabricante) implican un uso eficiente de los recursos y esto, desde mi percepción, sin duda siempre beneficia al proceso de competencia, a la economía en general y al consumidor final.

A pesar de ello, la ley se mantiene firme en considerar que solo las eficiencias son aceptables si benefician solo al consumidor, esto al señalar en dicho artículo que las eficiencias deben “resultar en una mejora del bienestar del consumidor”. Como se observa, el discurso que sigue dicho artículo es probar la existencia de eficiencias que favorezcan el proceso de competencia sólo cuando estas mejoren el bienestar del consumidor. Por mi parte sostengo que mantener esa perspectiva es erróneo, pues al considerar solo el bienestar del consumidor se olvida que hay un bienestar total (el del consumidor junto al del productor) que siempre incide favorablemente en el proceso de competencia, y en la medida en que dicho proceso funcione de forma óptima los beneficios del consumidor final se maximizan.

Finalmente el artículo 55 señala algunas de las que son consideradas ganancias en eficiencias:

- “a) La introducción de bienes o servicios nuevos;
- b) El aprovechamiento de saldo, productos defectuosos o perecederos;
- c) Las reducciones de costos derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción;
- d) La introducción de avances tecnológicos que produzcan bienes o servicios nuevos o mejorados;

- e) La combinación de activos productivos o inversiones y su recuperación que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes o servicios;
- f) Las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución, y
- g) Las demás que demuestren que las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivadas de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos.”

Sobre dichos incisos se debe hacer dos observaciones. La primera implica que las eficiencias señaladas son enunciativas más no limitativas, es decir, que el agente económico responsable podrá argumentar eficiencias distintas a las establecidas en la ley. La segunda es sobre el inciso (g) el cual recalca la postura de la LFCE respecto al bienestar del consumidor, sin considerar las eficiencias que benefician al productor y al proceso de competencia.

Posteriormente el artículo 56 establece en trece fracciones el catálogo de prácticas que son consideradas como PMR. Estas prácticas fueron explicadas a detalle en términos de efectos anticompetitivos y eficiencias en el apartado anterior.

Al igual que las PMA, para que la autoridad en materia de competencia detecte y sancione las PMR, debe iniciar una investigación. Los elementos más importantes sobre la investigación ya fueron citados en el apartado de PMA y dichos elementos también son aplicables tratándose de investigaciones por PMR. Sin embargo, la investigación que se hace por la presunta existencia de PMR tiene sus particularidades.

La primera de dichas particularidades es que la investigación se inicia por la AI en conjunto con la Dirección General de Investigaciones de Mercado, lo anterior para delimitar el mercado a investigar y establecer las líneas de investigación a seguir. En este caso, la investigación es de orden público, por lo que incluso si un

denunciante decidiera retirar la denuncia, la investigación continuaría, pues se busca proteger el proceso de competencia.

Una segunda característica de la investigación por PMR consiste en que la AI deberá acreditar que el agente económico responsable cuenta con poder sustancial de mercado en el mercado relevante. Al respecto el artículo 59 de la LFCE establece elementos que debe considerar para determinar la existencia de dicho poder sustancial. Entre ellos se encuentran la participación de mercado del agente responsable y si este es capaz de manipular los precios o de restringir el abasto al mercado relevante sin que exista un contrapeso; que haya barreras a la entrada y elementos que puedan alterarlas (incrementándolas o haciéndolas más rígidas) así como alterar la oferta de bienes; se tiene que analizar el poder de mercado que tienen los otros competidores (esto para determinar si existe algún contrapeso o bien para ver qué tan fragmentada está la participación de mercado total); la facilidad con la que el agente responsable y competidores pueden acceder a insumos (esto implicaría determinar si existen barreras respecto a los insumos).

Además, las Disposiciones Reglamentarias establecen en el artículo 8°, tres criterios adicionales, el primero consiste en saber qué posición ocupan los bienes en el mercado, el segundo implica determinar si el mercado se compone de agentes nacionales o bien hay competidores externos que importan sus productos y el tercero implica saber si existe un costo promedio que los consumidores pagan o bien, si estos cambian de proveedores, los costos representan altas variaciones en el precio.

Analizando dichos elementos, la Dirección General de Investigaciones de Mercado podrá determinar un elemento de existencia de las PMR, este es la existencia de poder sustancial de mercado de uno o varios agentes económicos.

A diferencia de las PMA, en donde se establece el programa de inmunidad al cual pueden acogerse los responsables, para las PMR se establece un programa que consiste en la dispensa o reducción del importe de las multas, al cual pueden acogerse los responsables de una PMR y que se establece en el artículo 100 de la LFCE:

“Artículo 100. Antes de que se emita el dictamen de probable responsabilidad, en un procedimiento seguido ante la Comisión por práctica monopólica relativa o concentración ilícita, el Agente Económico sujeto a la investigación, por una sola ocasión, podrá manifestar por escrito su voluntad de acogerse al beneficio de dispensa o reducción del importe de las multas establecidas en esta Ley, siempre y cuando acredite a la Comisión:

- I. Su compromiso para suspender, suprimir o corregir la práctica o concentración correspondiente, a fin de restaurar el proceso de libre concurrencia y competencia económica, y
- II. Los medios propuestos sean jurídica y económicamente viables e idóneos para evitar llevar a cabo o, en su caso, dejar sin efectos, la práctica monopólica relativa o concentración ilícita objeto de la investigación, señalando los plazos y términos para su comprobación.”

De lo anterior se observa que si el agente desea acogerse al programa de dispensa y reducción de sanciones, deberá hacerlo antes de que la autoridad emita el DPR, esto porque una vez emitido la autoridad ya habrá establecido una presunta responsabilidad al agente, por lo que lo ideal sería que el agente reconozca su responsabilidad. Además, establece algunos requisitos que resultan interesantes. Por ejemplo, que este programa sólo acoge al agente responsable por una única ocasión, por lo que si vuelve a realizar alguna PMR ya no podrá acogerse al beneficio. Adicionalmente, la única forma en la que el agente puede

manifestar su deseo de acogerse a dicho programa es de forma expresa, por escrito.

Para que la autoridad de competencia analice si el responsable de las prácticas puede acogerse al programa, el agente deberá acreditar que la PMR que realizaba será por completo suprimida, de tal forma que el proceso de competencia retome su curso de manera saludable. En un segundo momento, el agente debe demostrar con qué métodos o qué medios usará para suprimir la PMR (ya sean medios económicos o jurídicos), además del plazo estimado para poder aplicar la metodología y el plazo estimado en el cual la PMR se habrá suprimido por completo.

Las particularidades antes mencionadas solo aplican a la investigación que se realiza por PMR (además de concentraciones ilícitas), el resto de la investigación sigue las mismas directrices que se señalaron en el apartado de PMA. Cuando la investigación y el procedimiento seguido en forma de juicio (si es el caso) hayan concluido, la autoridad deberá emitir una resolución ya sea librando de responsabilidad a los agentes presuntamente responsables, o bien aplicando las sanciones correspondientes.

Las sanciones aplicables a las PMR también se regulan en el artículo 127 de la LFCE, sin embargo no son iguales a las sanciones aplicables a las PMA. En este sentido la autoridad de competencia podrá aplicar al agente económico responsable de cometer una PMR una multa hasta por el ocho por ciento de los ingresos de dicho agente, además de la responsabilidad civil que pudiese existir. La diferencia con la multa aplicable a las PMA es que esta alcanza un límite del diez por ciento de los ingresos del agente, mientras que la multa de la PMR tiene un límite del ocho por ciento.

Además, las personas físicas que participen en la realización de una PMR como representantes o por cuenta y orden de una persona moral, podrán ser

sancionados suprimiendo su facultad para ejercer como consejeros, administradores, gerentes, representantes, apoderados, etcétera, de una persona moral, hasta por cinco años; más las multas a las que sean acreedores. Cabe señalar que la LFCE establece otro tipo de sanciones, además de las económicas, para evitar que continúe la PMR.

3.3.3 Los mercados y plataformas digitales y su relación con las prácticas monopólicas relativas.

Hasta este punto se ha observado que las PMR presentan elementos adicionales, tanto de existencia como por el amplio número de conductas, que podrían dificultar la tarea de las autoridades de competencia para detectarlas, y en su caso, sancionarlas. Adicionalmente usar los elementos comunes para el análisis de las PMR dentro de entornos digitales, en contextos de mercados o plataformas, implicaría incrementar la dificultad del análisis que las autoridades actualmente hacen. Por ello a continuación se expone la relación de los elementos de existencia de las PMR con los entornos digitales, para posteriormente dar ejemplos de las mismas y sus posibles soluciones.

Respecto del acto unilateral de un agente económico o un acuerdo entre agentes, como fuente de las PMR. En un mercado digital o en su caso una plataforma, la autoridad tendrá que estudiar la conducta de forma individual para determinar si la misma entra en alguno de los supuestos señalados por el artículo 56 de la LFCE y de los cuales ya se ha hablado. Al respecto, podrá señalar si se trata de una conducta que nace de un acto unilateral, o bien, existen diversos agentes involucrados.

Cuando la autoridad, en un mercado digital, haya determinado la existencia de una conducta que encuadre en alguno de los supuestos del artículo 56 y haya señalado el origen de la misma, tendrá que observar si existen efectos anticompetitivos. Habrá que recordar que los efectos anticompetitivos implican

desplazar a otros agentes del mercado, impedirles su acceso o establecer exclusividades; para determinar este efecto anticompetitivo de la conducta, la autoridad deberá acreditar que esta existe en el mercado relevante o bien, en mercados relacionados. Al respecto, en una plataforma digital habrá que observar cuántos lados tiene, es decir, si es de dos o más lados, y como se mencionó en el Capítulo 2, si ambos lados de la plataforma pertenecen a un mismo mercado o bien, hay mercados diversos que participan en la plataforma.

En caso de tratarse de una plataforma de dos lados en donde ambos lados pertenecen a un mercado, la autoridad deberá determinar si hay daños al mismo originados de la PMR. Tratándose de una plataforma de dos o más lados en donde se trate de mercados diferentes, la autoridad no podrá dejar exento de su análisis a alguno de ellos, es decir, tendrá que observar si hay daños a alguno de ellos. Si se acredita la existencia de daños causados por conductas anticompetitivas en alguno de dichos mercados, se acredita el objeto o efecto anticompetitivo como elemento de existencia de la PMR. Adicionalmente habrá que observar qué tipo de plataforma es, si esta compite con otras plataformas, con algún grupo de usuarios o con empresas con modelo de negocio tradicional; además se debe observar quiénes participan en la cadena de valor de la plataforma y cuál es el nivel que la misma tiene en dicha cadena. Tomando en consideración estos puntos, será más fácil para la autoridad determinar el número de mercados involucrados directa e indirectamente con la plataforma digital y si en alguno de ellos hay daños derivados de la conducta estudiada.

Si la autoridad logra determinar en un mercado digital la existencia de una conducta derivada de un acto unilateral o de un acuerdo entre agentes económicos, y que además la misma tiene un efecto anticompetitivo, ya habrá obtenido varios de los elementos de existencia de una PMR. Sin embargo, la sola presencia de una conducta como las señaladas en el artículo 56 de la LFCE y sus efectos anticompetitivos, no basta para indicar que la misma es una PMR, pues falta un elemento primordial: demostrar la existencia de poder sustancial de

mercado en el mercado relevante, en manos del agente económico que realiza la conducta.

Para determinar la existencia de poder sustancial es necesario delimitar el mercado relevante. En el Capítulo 2 se habló de las dificultades que existen para delimitar el mercado en un contexto digital. Al respecto mencioné que la delimitación del mercado relevante, en mercados digitales, se puede hacer mediante el análisis del supuesto incremento en la calidad del bien o servicio, observando la sustituibilidad de un bien basándose en su utilización, prestando atención a las teorías del daño y colusión y además, consideré como fórmula para delimitar el mercado relevante, el observar el grado de competencia entre plataformas, es decir, si hay competencia interna, si hay competencia entre plataformas o bien entre plataformas y modelos de negocio tradicional.

Tomando los métodos anteriores en consideración, se podrá delimitar el mercado relevante dentro de los múltiples mercados digitales existentes. Sin embargo, ahora habrá que delimitar el poder sustancial de mercado, tarea que se dificulta dadas las diversas circunstancias que los mercados y plataformas digitales presentan. En un mercado digital, donde los competidores son las propias plataformas digitales o compiten a través de estas, se presentan muchos aspectos que dificultan determinar la existencia de poder de mercado. A continuación se mencionarán algunos de ellos.

Existen mercados donde a pesar de la alta fragmentación que el mercado presenta (es decir, que la participación de mercado está fragmentada) el poder sustancial de mercado existe. Por ejemplo en el mercado de la venta de periódicos pocas personas leen más de un periódico, y por lo tanto el periódico que esa persona lee tiene un monopolio sobre el acceso del lector a dicho periódico, incluso si el mercado de venta de periódicos está fragmentado; esta situación también se presenta en mercados digitales.¹⁸⁸ En este tipo de mercados los

188 Cfr. Cremer, Jacques, *op. cit.*, p. 49.

competidores buscarán adquirir y conservar dicho poder monopólico sobre los clientes que ya estén usando su plataforma y esto puede derivar en un abuso de su posición dominante.

Además, como se mencionó en el Capítulo 2, la propiedad que algunas plataformas digitales tienen sobre los datos de los usuarios y *big data*, podría convertirlos en agentes con posición dominante en el mercado, cuando no permiten que la información que poseen esté disponible a nuevos entrantes al mercado, lo que genera una desventaja competitiva. A esta situación habrá que agregar que aquellos agentes económicos que tengan posición dominante que derive de la posesión de datos, podrán buscar extender dicha dominancia a mercados adyacentes donde se usa la misma información que ya tienen y que podría darles posición dominante en un segundo mercado (por ejemplo en mercados de servicios complementarios a las plataformas digitales). Este segundo mercado también habrá que revisarlo en caso de que exista una PMR, pues puede ser golpeado por los efectos anticompetitivos derivados de la práctica.

En el apartado anterior se mencionó que el principal indicador que la autoridad toma en cuenta para determinar la existencia de poder sustancial de mercado, son las participaciones de mercado. Sin embargo, incluso medir la participación de mercado de los agentes se vuelve complejo en mercados digitales. Por ejemplo, cuando existen efectos de red (ya sea directos o indirectos) y estos se combinan con bienes o servicios ofrecidos a un lado de la plataforma con precios cero, los precios no necesariamente representan el valor de dicho bien o servicio para los consumidores o para las empresas que las venden, por lo que el porcentaje de ventas no hará mucho sentido. Lo anterior no implica que las estadísticas que puedan existir, así como las participaciones de mercado, no sean de utilidad, pero tampoco pueden considerarse conclusivas para determinar la existencia de poder de mercado.¹⁸⁹

189 Cfr. *Ibidem*, pp. 48 – 49.

En este sentido, dada la estructura de los mercados digitales, se deben considerar elementos adicionales para determinar poder sustancial de mercado, por ejemplo, en Alemania la autoridad de competencia promovió una reforma a su ley en la materia para considerar de forma expresa nuevos criterios en el análisis de poder de mercado, entre ellos se encuentran¹⁹⁰: *i) los efectos de red, ii) el uso paralelo de múltiples servicios (multi-homing), iii) costos de cambios para el usuario (switching costs), iv) el acceso a información relevante para la competencia y v) la presión competitiva derivada de la innovación.*

Sobre la medición de poder sustancial de mercado, dentro de mercados digitales, autoridades de competencia (como la Comisión Europea) han señalado que no hay un solo parámetro para medirlo, por el contrario, se debe hacer un análisis de conformidad con el caso en particular (caso por caso) y considerando distintos elementos como “la perspectiva sobre la fuerza de los sesgos que los consumidores tienen de forma automática hacia las opciones que les ofrecen y sus beneficios, y estar conscientes de todas las formas por las cuales los agentes que entran a un mercado están protegidos de la competencia”¹⁹¹.

Como se observa, determinar la existencia de poder sustancial de mercado en manos de un agente económico dentro del mercado digital representa un nuevo desafío para la autoridad, pues de no poder determinar su existencia, no se podrá corroborar que una PMR se está llevando a cabo. Suponiendo que la autoridad considere los elementos y criterios antes mencionados para demostrar que existe poder sustancial en manos de un agente que realiza alguna conducta anticompetitiva en mercados digitales, también habrá que observar qué características adoptan estas conductas cuando se realizan en un entorno digital.

190 Burkhardt, Beiten, “The new german competition law in a nutshell”, *LEXOLOGY*, Alemania, 26 de junio de 2017, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=535d2bda-4598-413d-86c6-05b592b1c7b5>, consultado el 06 de abril de 2020.

191 Sobre el análisis de posición dominante en mercados digitales la Comisión Europea sigue a línea de pensamiento de la Profesora Fiona Scott Morton. *Cfr. Cremer, Jacques, op. cit.*, p. 50.

Por ello a continuación se exponen las conductas anticompetitivas a la luz de las PMR que pudiesen surgir en mercados digitales.

En el Capítulo dos se habló de los conceptos de *multi-homing* e interoperabilidad, cuando una plataforma tiene una posición dominante en el mercado, es común que busque impedir que nuevos agentes entren a competir con ella en el mercado relevante o en mercados relacionados en los que también participe, por eso buscará formas de impedir que nuevos agentes puedan tener plataformas que sean compatibles con la suya ni que puedan cambiarse de una plataforma a otra con facilidad, lo que obligará a los clientes a quedarse con el primero dado los costos de cambio.

La forma en la que la plataforma con poder sustancial establece barreras para el *multi-homing* es a través de cláusulas de exclusividad para prohibirles a los usuarios que ofrezcan sus productos en otras plataformas que compitan con la primera. Otra forma de establecer barreras al *multi-homing* es aprovechando los costos de cambio, esto es, “impedir a los usuarios transferir su información, por ejemplo, su “reputación”, su historial, etc., de una plataforma dominante a otra. (...), lo anterior podría implicar una desventaja para las plataformas que busquen entrar al mercado”¹⁹². En este tipo de situaciones la plataforma con poder sustancial está impidiendo la entrada a nuevos agentes económicos al prohibir que se dé el *multi-homing* y la interoperabilidad, por lo que debe ser sancionada a menos que argumente las sólidas eficiencias al mercado y consumidor. En este caso, la plataforma tiene el deber de asegurar el *multi-homing* con competidores (cuando tenga poder sustancial de mercado) y la interoperabilidad con los proveedores de servicios complementarios.¹⁹³

De igual forma, en el Capítulo 2 se mencionó que existen plataformas digitales que, dado su tamaño, crean reglas internas para regular a los distintos grupos de

192 Palacios Prieto, Alejandra, *op. cit.*, p. 28.

193 Cfr. Cremer, Jacques, *op. cit.*, p. 71.

usuarios. Las plataformas con poder sustancial de mercado que apliquen reglas a sus distintos usuarios deben asegurar que dichas reglas no impiden una competencia sana y no distorsionada, lo anterior para que exista un campo de juego nivelado para todos los competidores. En este sentido, “la plataforma dominante debe garantizar la igualdad de condiciones en el mercado y no debe utilizar su poder para establecer normas con el fin de determinar el resultado de la competencia”¹⁹⁴. Tratándose de PMR, la creación de normas internas se puede prestar para establecer barreras normativas e impedir que nuevos competidores entren al mercado, para crear exclusividades “reguladas” por las mismas normas que podrían beneficiar a unos competidores y a otros no, para desplazar a agentes del mercado digital al orillarles a cumplir un mayor número de requisitos o incluso para determinar precios, tarifas, descuentos o la cantidad de bienes/servicios proporcionados.

Por ello cuando existan normas internas en una plataforma digital, desde mi punto de vista la autoridad deberá revisarlas con la finalidad de evitar que faciliten alguna conducta de las previstas en el artículo 56 de la LFCE ni que estas tengan efectos anticompetitivos. Al respecto, también se busca que las plataformas digitales que actúen como reguladores, en caso de que tengan poder sustancial de mercado, aseguren que la plataforma crea normas que regulan a todos los lados de la plataforma de una forma pro-competitiva.

Otra situación que puede presentarse en mercados digitales, en un contexto de PMR, es la auto-preferencia de la que ya se habló en la sección de mercado digital del Capítulo 2. Recordando, hay auto-preferencia cuando una plataforma compite con algún grupo de usuarios y crea las condiciones para promover o darle tratamiento exclusivo a su producto, por encima del de los competidores. Esta situación, al igual que todas las PMR, no son anticompetitivas *per se*, a menos que no pasen el análisis de eficiencias. En este caso, si la plataforma digital tiene normas que regulan a los grupos de usuarios, pero además le da preferencia a

194 *Ibidem*, p. 6.

sus productos, lo que puede suceder es que crea un escenario en el que excluye a otros productos que compitan con el suyo, de tal forma que por un lado crea una exclusividad para su propio producto y a su vez está desplazando los productos de los competidores. Por ello, si se demuestra la existencia de una conducta de auto-preferencia, la plataforma responsable deberá probar que su conducta no tiene efectos de exclusión con productos terceros además de las eficiencias que pudiese haber.

Como se ha mencionado a lo largo de la presente tesis, los datos de los usuarios y el *bigdata*, junto con los algoritmos desarrollados, podrían limitar la competencia de diferentes maneras, ya sea creando barreras a la entrada, facilitando una posición dominante (cómo se explicó con anterioridad) o bien podría facilitar la colusión. Desde la óptica de las PMR, una conducta que impida el acceso de agentes al mercado podría considerarse como PMR. En este caso, el que una plataforma digital posea información sobre los usuarios podría constituir una barrera a la entrada respecto a los agentes que deseen entrar al mercado. Por ejemplo, cuando se trata de información valiosa para competir¹⁹⁵ y nuevos agentes no tienen acceso a dicha información, posiblemente se vean imposibilitados para entrar al mercado.

Existen ocasiones en las que la información de los usuarios es tan valiosa que sin ella nuevos agentes no pueden entrar a competir a un mercado o podrían fallar si lo intentan. Esto implicaría que la información adquiere ciertas características equivalentes a las de un insumo esencial, por lo que si un competidor no cuenta con dicha información podría no competir en el mercado o competir en condiciones desiguales. En este caso, dada la equivalencia de la información a la de un insumo esencial, la plataforma poseedora de ella podría obstaculizar la adquisición del insumo esencial, cayendo en uno de los supuestos de la LFCE considerado PMR.

195 Por ejemplo, puede ser información relacionada a las tendencias de consumo, la localización de los consumidores y sus preferencias. *Cfr. Repensar la competencia...*, cit., p. 25.

Por otro lado, el uso de algoritmos, al igual que en las PMA, podría facilitar a plataformas digitales con poder sustancial de mercado el realizar alguna conducta clasificada como PMR. En este sentido, una plataforma digital podría usar algoritmos para monitorear las decisiones de los usuarios que ingresan a la plataforma por debajo de su nivel en la cadena de valor. Así si una plataforma que es intermediaria de dos grupos de usuarios, pero a su vez compite con alguno de ellos, usando el algoritmo podrá detectar cuando un competidor suyo dentro de la plataforma, venda un producto a un consumidor final con un precio menor del que la plataforma lo ofrece, de tal manera que la plataforma detectará dicho precio del competidor y buscará la forma de ejercer presión para que el competidor iguale sus precios a los de la plataforma.¹⁹⁶

En un segundo caso, suponiendo que la plataforma se limite a ser intermediaria de los grupos de usuarios y no compita con alguno de ellos, con el algoritmo podría obligar a sus usuarios a cobrar precios más bajos por sus productos que los precios a los que se venden en otras plataformas; esta situación obligaría a los competidores a bajar sus precios hasta desplazar a aquellos que no puedan seguir compitiendo e impediría la entrada de nuevos competidores.¹⁹⁷ En este último caso se estarían fijando restricciones en el precio del producto, lo cual bien podría tener efectos anticompetitivos y calificar como una PMR si el agente cuenta con poder sustancial de mercado.

Otro tipo de PMR que podrían presentarse en el contexto de mercados digitales, es mediante la aplicación de la cláusula de nación más favorable mediante la cual

196 Un ejemplo fue Amazon en el mercado de *e-books* y aparatos de lectura de libros electrónicos (*Kindle*). En este caso, dos años antes de que saliera *Kindle* al mercado, Amazon bajó los precios de los *e-books* por debajo del precio de los libros físicos, dos años después Amazon vendía el 90% de los *e-books* y los clientes compraban el *Kindle* para poder leerlos. En este caso Amazon usó *bigdata* que tenía para recomendar libros y hacer descuentos personales a sus clientes, además de que les resultaba más difícil cambiarse de hardware (otro aparato como *Kindle*) y de tienda de libros *online*. Cfr. *Repensar la competencia...*, cit., p. 28.

197 Un ejemplo muy ilustrativo de esta segunda situación puede ocurrir en una plataforma de transporte de personas cuando obliga a sus choferes a cobrar tarifas más bajas que las que cobrarían en otra plataforma (competencia de la primera) de tal forma que orillen a la última hasta que salga del mercado. Cfr. *Ibidem*, p. 29.

una de las partes garantiza a la otra un mejor precio en un producto, tema que también se trató en el Capítulo 2. Por ejemplo, en el Reino Unido la autoridad de competencia investigó los acuerdos entre *Amazon* y los vendedores de distintos productos a través de su plataforma, y descubrió que los vendedores se habían comprometido a no vender más barato sus productos en otras plataformas, ni siquiera en las propias tiendas de los vendedores. Al respecto la autoridad indicó que este tipo de acuerdos resultaba en fijación de precios entre competidores, por lo que *Amazon* tuvo que eliminar la cláusula.¹⁹⁸

Otra restricción vertical en un mercado digital aparece cuando se obliga a mantener precios de reventa. Nuevamente, retomamos como ejemplo un caso ocurrido en Reino Unido, en donde el grupo de interés económico *Intercontinental Hotels* estableció como restricción a *Expedia* y *Booking* (dos plataformas para el alojamiento) que no ofrecieran descuentos en los precios de sus habitaciones cuando los usuarios solo reservaban la habitación y no ésta con algún paquete vacacional. Lo anterior implicó que los usuarios no se beneficiarían con menores precios, por lo que la autoridad de dicho país determinó que debía quitar dicha restricción.¹⁹⁹

Otro caso aparece cuando se restringe o se prohíbe la venta de un producto en ciertas plataformas. En este caso un fabricante obliga a sus distribuidores a vender sus productos sólo en sus plataformas digitales y no las de terceros. Esta situación genera una exclusividad de conformidad con la fracción IV del artículo 56 de la LFCE, y en caso de que el agente económico responsable (ej. el fabricante) cuente con poder de mercado, se corroboren los efectos anticompetitivos y no demuestre ganancias en eficiencias, será sancionado.²⁰⁰

198 Cfr. *Ibidem*, p. 48.

199 Cfr. *Ibidem*, p. 49.

200 Un ejemplo de esta situación con un agente económico con poder sustancial de mercado se presentó en 2012 cuando Adidas limitó a sus distribuidores a vender sus productos en sus sitios web, pero no en otras plataformas como *Amazon*, *eBay* o *Rakuten.de*; además de exigir a sus distribuidores que los clientes que compraran en línea, no llegaran a sus sitios web por medio de plataformas como las antes mencionadas. Cfr. *ídem*.

Como se observa de los ejemplos antes mencionados, los mercados y plataformas digitales presentan nuevas variables que modifican sustancialmente los exámenes que la autoridad debe hacer para determinar la existencia de una PMR. Pero una vez que se acredita la existencia de ésta, el agente económico responsable (en este caso, la plataforma digital responsable) podrá acreditar ganancias en eficiencias.

Al respecto, para el análisis de ganancias en eficiencias dentro de un mercado digital, se pueden considerar nuevas variables; por ejemplo: el grado de innovación del agente responsable, la protección de datos personales y datos del mercado, los roles que toman los participantes del mercado y sus vínculos (lo cual implicaría revisar el nivel de la cadena de valor en el que se encuentran y qué tanta dependencia hay uno del otro), además de los elementos que se presenten en el estudio que se haga caso por caso.²⁰¹

Las PMR en mercados digitales representan un nuevo reto para las autoridades de competencia, quizá incluso uno más grande que el que representan las PMA. Sin embargo, ya se han propuesto algunas posibles acciones que se podrían seguir para afrontar los escenarios antes mencionados. Entre dichas acciones se encuentran: *i*) Pasar por alto el tamaño de la plataforma digital y enfocarse en las conductas que podrían dañar la competencia y al consumidor, *ii*) reducir barreras a la entrada en los mercados, fomentando el emprendimiento y la innovación²⁰², *iii*) las plataformas que actúen como reguladoras de los grupos de usuarios que participan en ella deben asegurar que se regula a todos los grupos de usuarios de forma pro-competitiva, *iv*) las plataformas dominantes deben asegurar la interoperabilidad con los proveedores de servicios complementarios y *v*) se debe asegurar un mayor acceso a la información considerada como insumo esencial a los competidores de un mercado, así como aquellos que deseen entrar al mismo.

201 Cfr. *Ibidem*, p. 51.

202 Respecto a esas acciones, la COFECE sigue la línea de pensamiento de Robert Shapiro. Cfr. *Repensar la competencia...*, *op cit.*, p. 44.

3.4 Concentraciones

Como se mencionó al inicio del presente capítulo, se abordarían solamente las conductas más relevantes dentro de la LFCE; entre ellas se encuentran las PMA, las PMR y las concentraciones. Estas conductas se consideraron así por ser las que más se traman y que mayor análisis requieren por parte de las autoridades de competencia económica. A lo largo de este capítulo ya se han explicado a detalle las prácticas monopólicas sancionadas por la ley, sus principales características, procedimientos y sanciones. Finalmente, queda analizar qué son las concentraciones en materia de competencia económica y cómo se ven afectadas cuando estas ocurren en entornos digitales.

3.4.1 Definición y alcance del concepto de concentración.

El concepto de concentración tiene un mayor uso en el área de la economía y no tanto así como un tecnicismo que suela usarse con frecuencia en el área jurídica. Sin embargo, para efectos de la materia de competencia económica, la idea de concentración hace referencia a lo que usualmente se conoce en otras jurisdicciones como fusiones y adquisiciones (*mergers & acquisitions*). El propio concepto de lo que implica fusiones y adquisiciones y los procedimientos ante las diversas autoridades que éste conlleva (los cuales abarcan áreas como Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Corporativo e incluso Derecho Administrativo), da la posibilidad para escribir de una multiplicidad de temas.

Lo mismo sucede con el concepto de concentración desde una perspectiva jurídica; si bien es complejo crear una definición de este concepto que alcance a cubrir todo lo que éste implica, se ha buscado facilitar su entendimiento. En este sentido, la propia COFECE ha definido el concepto de concentración como aquella situación en la que “dos o más empresas se fusionan y adquieran parte de

otras”²⁰³. Como se observa, incluso el propio concepto formulado por COFECE retoma la idea de fusiones y adquisiciones sin ahondar en ella; esto no debe ser motivo de falla, pues como se mencionó, ahondar en dichos conceptos representa una tarea de alta complejidad.

Por otro lado, la LFCE en su libro segundo, Capítulo VI, establece en la sección I la definición de lo que esta ley considera por concentración. Cabe mencionar que es la única definición que la ley reconoce y señala como tal; si bien existen elementos que podrían ayudar a inferir lo que se entiende por otros conceptos (como fue el caso de las PMA o las PMR), en este caso la ley sí señala de forma expresa el concepto de concentración. Al respecto el artículo 61 indica que por concentración se entiende “la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos”. Esta definición que la ley proporciona nos arroja diversas figuras jurídicas que requieren cierta explicación.

Al respecto, la definición se puede dividir en tres partes, la primera de ellas implica el acto por el cual se lleva a cabo la concentración; la segunda parte de la definición implica el objeto de dicho acto, es decir lo que efectivamente se va a concentrar (ya sea personas morales, bienes o incluso derechos) y la última parte de la definición indica quiénes son los sujetos que pueden llevar a cabo una concentración.

En este sentido, comenzando por la primera parte, la idea de fusión implica una doble perspectiva económica y jurídica. Desde el lado económico la fusión se entiende como “la unión o mezcla del patrimonio de dos o más sociedades para integrar un patrimonio común único, cuyo titular será una de las empresas, parte

203 “¿Qué es una concentración?”, Comisión Federal de Competencia Económica, México, 2018, <https://www.cofece.mx/que-es-una-concentracion/>, consultado el 07 de abril de 2020.

en la fusión, o una nueva que surge de la unión de aquellas”²⁰⁴; desde la perspectiva jurídica la fusión implica “la integración de varias personas jurídicas en una sola. Es la unión de varias sociedades que se integran para formar una entidad jurídicamente unitaria, que sustituye la personalidad de sociedades”²⁰⁵. Se recuerda que hay dos tipos de fusiones, aquella donde se crea una nueva persona moral y tanto la fusionada como la fusionante dejan de existir (ej. A se fusiona con B, ambas dejan de existir y se crea C), y aquella en la que en la que solo una empresa subsiste (ej. A se fusiona con B, por lo que A deja de existir y solo persiste B).

Cuando la definición de concentración habla de adquisición de control, la ley no proporciona una idea de lo que deba entenderse por este control. Al respecto la Guía para la Notificación de Concentraciones, a pesar de no ser un documento vinculante, indica que para este tema debe tomarse en cuenta lo que señala la SCJN al indicar que “un agente económico puede ejercer una influencia decisiva o control sobre otros para actuar en los mercados ya sea como consecuencia de actos jurídicos (*de iure*) o en los hechos (*de facto*)”²⁰⁶. Adicionalmente, la Guía indica que debe considerarse lo que la Ley del Mercado de Valores indica por la idea de control²⁰⁷.

Posteriormente la propia definición de concentración indica que esta es la fusión o adquisición de control, pero amplía su definición al señalar cualquier acto por el cual se unan agentes económicos. Sobre este tema resulta ocioso indicar los

204 Arce Gargollo, Javier, *Fusión de sociedades mercantiles*, 2^a. ed., México, Editorial Porrúa, 2007, Colección Colegio de Notarios del Distrito Federal, p. 7.

205 *Ibidem*, p. 8.

206 *Guía para la notificación de concentraciones*, *op.cit.* p. 7.

207 El artículo 2º de dicha ley señala que el control es la capacidad de una persona o grupo de personas para: a) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral. b) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral y c) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma.

actos por los cuales se unen agentes económicos, pues habrá un número ilimitado de ellos; lo que debe destacarse es que no importa de qué acto se trate, siempre y cuando tenga como objeto o efecto el unir agentes económicos.

Sobre la segunda parte de la definición, es decir el objeto de la concentración, implica a los agentes (personas morales) o bienes que pueden concentrarse (o unirse). La definición inicia hablando de sociedades; al respecto cabe aclarar que no distingue entre sociedades mercantiles (que realizan alguna actividad comercial y tienen fines de lucro) y sociedades civiles (las cuales bien pueden participar en alguna actividad comercial, sin tener fines de lucro, es decir, no hay una especulación comercial); esto porque ambos tipos de sociedades son consideradas agentes económicos que pueden incidir y participar directa o indirectamente en el proceso de competencia. Posteriormente menciona las asociaciones, en este punto se sigue la misma idea que el de las sociedades, pues ya sea que se trate de asociaciones civiles o de asociaciones en participación (mercantiles) ambas inciden en el proceso de competencia y se consideran agentes económicos.

Continuando sobre esta idea de quiénes o qué se pueden unir o fusionar, la definición menciona a los fideicomisos. Si bien estos no implican ninguna persona moral, sino más bien son considerados contratos, los fideicomisos pueden convertirse en vehículos a través de los cuales se realicen actos que incidan en la competencia, por ello también se consideran agentes económicos y están sujetos a la obligación de notificar la concentración en caso de que participen en una.

Una vez que se ha mencionado quiénes son objeto de una concentración, habrá que indicar lo que la definición considera que (a pesar de no ser persona moral) puede ser objeto de una fusión o unión. En este caso menciona las acciones y las partes sociales; al respecto estos “son los instrumentos legales mediante los cuales se adquiere la propiedad de las sociedades mercantiles” (acciones para la sociedad anónima y partes sociales para la sociedad de responsabilidad

limitada)²⁰⁸, en este caso habrá que señalar que en una concentración no solo se revisa la transmisión de acciones y partes sociales, sino también cuando estas surgen por medio de la constitución de una nueva sociedad. Al respecto habrá que cuidar de esta última que sus accionistas no participen a través de otra sociedad en el mercado en el que se da la concentración, pues de ser el caso estarían incrementando su participación de mercado.

Junto a las acciones y partes sociales, la definición de concentración abarca los activos en general. Esta idea de activos en general amplía aún más el panorama de lo que deba entenderse por concentración, pues ya no solo se trata de la fusión de entes jurídicos o la unión de estos a través de actos jurídicos que involucren las acciones o partes sociales, sino que habla de activos que pueden ser objeto de una concentración, sin que necesariamente una sociedad sea absorbida por otra. Sobre la idea de activos en general se pueden mencionar “maquinaria y equipo, derechos de propiedad intelectuales incluyendo patentes, marcas y secretos industriales, y bienes raíces (...) cartera de clientes, cuentas por cobrar, entre otros”²⁰⁹. Como se observa, la idea de activos en general crea la posibilidad de que cualquier bien o servicio pueda ser transferido de un agente económico a otro y que dicha transferencia sea considerada una concentración.

Finalmente la tercera parte de la definición indica quiénes son los agentes económicos reconocidos en la ley para realizar una concentración. En este caso, se habla de competidores, proveedores, clientes y demás agentes económicos. Tomando en cuenta cada uno de ellos, las concentraciones se pueden clasificar en: *i*) horizontales (aquellas que son efectuadas entre competidores), *ii*) verticales (aquellas entre proveedores y clientes) y *iii*) conglomeradas (aquellas entre cualesquiera otros agentes económicos). De cada tipo de concentración se hablará más adelante.

208 Peredo Rivera, Amílcar, *op. cit.*, p. 247.

209 *Ídem.*

Una vez que se ha abordado la definición del concepto de concentración, debe mencionarse que quizá el mayor objetivo por el cual agentes económicos deciden concentrarse es para expandir su mercado geográfico o bien para ampliar su línea de productos, reducir costos, aumentar poder de mercado, ganar eficiencias, entre otros. Estos objetivos suelen ser los más comunes que persiguen los agentes al momento de concentrarse, pero ello no significa que existan diversos objetivos (lícitos), así como objetivos ilícitos (el fundamento de esta idea es que cuando dos agentes se concentran se elimina la competencia entre ellos, lo que puede tener efectos anticompetitivos).

Ahora bien, entendiendo qué es una concentración, surge la pregunta ¿cuándo los agentes que participan en una tienen la obligación de notificarla ante la autoridad de competencia? Para resolver esta cuestión la LFCE en su artículo 86 establece los supuestos que detonan la obligación de los agentes para notificar la concentración. Estos supuestos están basados en umbrales económicos, es decir, que se establecen límites que son monetariamente cuantificables y una vez que son alcanzados, las partes de la concentración tienen la obligación de notificarla ante la autoridad.

Los umbrales monetarios se establecen en tres distintas fracciones del artículo 86 y cada uno de ellos sirve para medir los distintos aspectos de una concentración; de tal forma que la fracción primera se refiere al tamaño de la concentración en sí misma, la fracción segunda se refiere al tamaño del objeto de la concentración y la fracción tercera se refiere al tamaño de los agentes económicos que participan en la concentración. En este sentido, cuando se alcanza un umbral monetario que mide cualquiera de los tres aspectos anteriores, la concentración debe notificarse.

Una vez que queda claro para los agentes partícipes de una concentración si deben notificarla o no ante la autoridad de competencia respectiva, surge una segunda cuestión ¿en qué momento de la concentración vista como una operación completa, se debe realizar la notificación a la autoridad? Sobre este

punto la ley es clara al indicar los momentos específicos (sobre la totalidad de la operación) en la que debe realizarse la notificación. En este sentido, el artículo 87 de la ley indica que los agentes económicos deben obtener la autorización para realizar la concentración antes de que suceda cualquiera de lo siguiente: *i*) que el acto jurídico se perfeccione o se cumpla la condición suspensiva a la que está sujeto, *ii*) se adquiera/ejerza el control (*de iure* o *de facto*) sobre el otro agente, se adquiera activos, participación en fideicomisos partes sociales o acciones, *iii*) se firme el convenio de fusión entre los agentes involucrados y *iv*) en caso de sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos por virtud del cual se rebasa algún umbral monetario.

Cuando los agentes económicos deseen notificar la concentración, ésta deberá cumplir una serie de formalidades que la propia ley exige, por ejemplo deberá ser por escrito, acompañada del acto jurídico o proyecto de acto jurídico que da origen a la concentración (ej. el contrato de compraventa de acciones, de fusión etc.), el nombre de las partes involucradas, sus estados financieros, además de datos específicos del mercado relevante en el que ocurre la concentración. Esta información, a pesar de parecer muy diversa y numerosa es de utilidad para la autoridad de competencia, pues con ella “definirá el mercado relevante de que se trata, el poder de los participantes en dicho mercado, así como la existencia y poder de los competidores, la existencia de barreras a la entrada, entre otros, con el fin de determinar los posibles efectos de la operación que se analiza”²¹⁰.

Un primer paso para analizar los efectos que la concentración pudiese tener en el mercado (así sean anticompetitivos), es determinar si se trata de una concentración horizontal, vertical o de tipo conglomerado. Por ello a continuación se expone cada uno de dichos tipos.

Concentraciones horizontales. Este tipo de concentración es aquella en la que los agentes económicos que se concentran compiten entre sí, es decir, se encuentran

210 *Ibidem*, p. 256.

en un plano horizontal uno respecto al otro. La característica primordial de las concentraciones horizontales es que compiten en el mismo mercado geográfico. Dadas las características particulares de este tipo de concentraciones, la autoridad de competencia pone mayor atención al tratarse de la unión de dos o más competidores.

Dentro de los efectos anticompetitivos que pueden presentar las concentraciones horizontales se encuentran²¹¹: *i*) la eliminación de la competencia entre los agentes que se concentran, lo cual dependerá del tamaño de los mismos, *ii*) la concentración de los agentes puede derivar en darles poder de tipo monopólico en donde puedan unilateralmente disminuir la oferta de productos para aumentar su precio y *iii*) si la concentración incrementa el grado de concentración de poder en el mercado relevante, puede derivar en la coordinación para fijar precios, oferta o la creación de un cártel por parte del resto de los competidores del mercado.

Cabe mencionar que los efectos anticompetitivos antes mencionados, no solo pueden presentarse en el mercado relevante donde participan los agentes que buscan concentrarse, sino también en mercados alternos o secundarios (aguas arriba o aguas abajo en la cadena de valor), por ello es que la autoridad pone énfasis no sólo en el mercado relevante, sino aquellos en los que indirectamente participan los agentes económicos.

Sobre las concentraciones horizontales se siguen ciertos criterios para su análisis. Estos criterios, vistos desde el lado de las partes de una concentración, son los argumentos que deben aportar para facilitar y obtener una resolución favorable por parte de la autoridad. Vistos desde el lado de la autoridad, son las etapas de análisis que debe seguir para llegar a una resolución definitiva. A continuación se mencionarán los más relevantes.

211 Sobre los efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales, sigo la línea de pensamiento trazada por Amílcar Peredo. Cfr. *Ibidem*, p. 266.

La autoridad de competencia tiene como punto de partida el definir el mercado relevante en el que se realizará la concentración. Posteriormente se debe determinar qué tan concentrado se encuentra dicho mercado; para lograrlo se debe identificar a los agentes que participan en el mismo. En este sentido se identifican dos tipos de participantes en el mercado: actuales competidores dentro del mercado y aquellos que podrían entrar a competir al mercado ante un alza en el precio. Los competidores “actuales” son los más sencillos de identificar, pues son los que efectivamente participan en el mercado. Sin embargo, determinar los agentes que puedan entrar a competir requiere de un análisis más complejo.

Sobre estos últimos agentes, se observa si ante una pequeña pero significativa alza en el precio del producto relevante un agente puede elaborar otro producto sin dejar de producir su bien principal para entrar al mercado del nuevo producto, o bien, si puede ampliar su producción actual del bien en un plazo menor a un año sin que dicha ampliación implique incurrir en costos hundidos de entrada y salida.²¹² Al respecto, si hay agentes económicos que cumplen con cualquiera de las situaciones antes mencionadas, entonces también serán considerados como participantes en el mercado relevante en donde se lleva a cabo la concentración.

Ya identificados los participantes en el mercado relevante, la autoridad debe determinar qué tan concentrado se encuentra el mercado en el que se realiza la operación. Para determinar este grado de concentración se debe observar la participación de mercado de los agentes económicos, la cual como se mencionó con anterioridad, solo sirve como un indicio para saber qué tan concentrado está el mercado, pero esta no debe ser determinante ni el único criterio a considerar. Las participaciones de mercado de los agentes partes de la operación, así como

212 Estas situaciones implican dos conceptos distintos. Por un lado está la “sustitución de la producción”, que se refiere al cambio que un agente realiza en la utilización de sus activos para producir y vender otro producto distinto al que ha estado produciendo. Y por el otro lado está la “ampliación de la producción” que se refiere al incremento en el uso de los activos que debe hacerse tanto para la fabricación del producto que dicho agente ha estado elaborando como para la fabricación que se requiera para la elaboración del producto del mercado relevante al que el agente ingresaría ante la eventual alza del precio. *Cfr. Ibidem*, p. 270.

las del resto del mercado, son los datos que se usan dentro del Índice Herfindahl-Hirschman (“IHH”) antes y después de la concentración, los cuales funcionan para determinar qué tan concentrado está el mercado y si dicho grado de concentración implica que habrá efectos anticompetitivos en el mercado. Sobre estos índices se hablará más adelante.

Los índices anteriores serán el principal indicio para saber si una concentración debe o no ser aprobada por la autoridad. En caso de que los índices indiquen que no hay una alta concentración y además se promueve la competencia, el análisis de la concentración llegará a su fin y esta podrá ser aprobada por la autoridad. En caso de que los índices indiquen lo contrario, los criterios para el análisis de concentraciones horizontales continúan. En este sentido, si bien los resultados de IHH pueden derivar en prohibir la concentración, no basta con que la autoridad indique la prohibición de la misma, sino que debe expresar los argumentos sobre los efectos competitivos que tiene la concentración. Por ello, la autoridad deberá argumentar sobre los efectos que pueda tener la concentración después de llevarse a cabo; entre los efectos anticompetitivos la autoridad puede señalar que la concentración derive en un poder de tipo monopólico para el agente que subsista a la concentración, de tal forma que podría unilateralmente fijar precios o restringir el abasto o suministro de productos en el mercado relevante sin que existan contrapesos. Un segundo argumento puede basarse en que el agente que subsista a la concentración podría realizar prácticas monopólicas.

Otro argumento sobre los efectos anticompetitivos consiste en que el agente que participe en la concentración podrá tener el control en la producción de productos diferenciados, es decir, de productos que pueden diferenciarse entre sí y por lo tanto no son perfectos sustitutos uno del otro. Esto podría tener efectos anticompetitivos cuando el agente económico fabrica los productos que los consumidores consideran primera y segunda opción.

Otro criterio para el análisis de concentraciones horizontales que debe ser observado por la autoridad, es la existencia de barreras a la entrada; “cuando las condiciones de un mercado son tales que la entrada a nuevos competidores resulta sencilla, no obstante se presenten las dos circunstancias anteriores (mercado concentrado y condiciones para efectos anticompetitivos), no debiera de objetarse la operación, ya que un eventual alza de precios atraería nuevos competidores al mercado”²¹³; como se observa, mientras más fácil sea el acceso de nuevos competidores al mercado, menor será la preocupación de la autoridad en que pueda crearse una situación de tipo monopólica o donde se faciliten las condiciones para realizar alguna práctica anticompetitiva.

Un criterio que la autoridad debe estudiar son las ganancias en eficiencias que la concentración pueda tener. Sobre este tema en particular se ha mencionado lo suficiente en el apartado de PMR; en el contexto de las concentraciones las eficiencias implican que los agentes, mediante su concentración, harán un mejor uso de los activos existentes. Sin embargo, en el caso de las concentraciones, aún cuando los agentes económicos puedan argumentar eficiencias, éstas no serán aceptadas por la autoridad cuando la concentración dé como resultado la creación de situaciones de tipo monopólicas.

Este estudio sobre las ganancias en eficiencias suele ser detonado por parte de los agentes envueltos en la operación, es decir, ellos son los que presentan ante la autoridad las eficiencias, que a decir de ellos, van a derivar de la operación. Posteriormente es la autoridad la que se encarga de estudiar los argumentos propuestos por las partes en este tema. Sobre este punto, los agentes económicos tienen que proporcionar elementos que permitan demostrar las ganancias en eficiencias y que faciliten a la autoridad “verificar la posibilidad de que efectivamente se actualicen, la magnitud de las mismas, cómo y cuándo se presentarán, de qué manera incrementarán y estimularán su habilidad para competir y el hecho de que solamente se pueden alcanzar mediante la

213 Cfr. *Ibidem*, p. 280.

concentración pretendida”²¹⁴. Si la autoridad comprueba que las ganancias en eficiencia pueden obtenerse por separado, es decir, fuera de la concentración sin que los agentes se unan, entonces no las aceptará; además de que sólo aceptará lo argumentos de las partes que puedan ser verificables.

Dentro de este contexto de las concentraciones, la autoridad suele aceptar dos principales eficiencias: las eficiencias en la producción, que se presentan cuando los agentes de la operación, al concentrarse, logran disminuir costos de producción a largo plazo, como resultado de un manejo efectivo de los recursos; y las eficiencias en innovación, las cuales se presentan cuando los agentes partes de la operación unen sus inversiones destinadas a la investigación y desarrollo de tecnología o bien, cuando unen tecnologías, lo cual resulta en mejores o nuevos productos.

De cualquier forma, la autoridad observa más detenidamente las eficiencias en la producción ya que estas son más fáciles de comprobar y porque las eficiencias pueden trasladarse más fácilmente al consumidor en forma de precios más bajos. En general, la autoridad de competencia considera que las ganancias en eficiencias “deben ser, primero, resultado de la concentración, segundo, acreditar que efectivamente serán trasladadas al consumidor y, tercero, hacer un balance entre las ganancias en eficiencia y los posibles efectos anticompetitivos de la concentración”²¹⁵. Sobre los beneficios sólo al consumidor, mantengo la postura antes expuesta en donde considero que los beneficios a los productores (en este caso, a los agentes partes de la concentración) también generan eficiencias reflejadas en los beneficios totales.

Finalmente, un último criterio relevante que la autoridad debe de observar en el análisis de concentraciones horizontales es el de la firma decadente. La idea de la firma decadente consiste “en que una concentración que en principio pudiera tener

214 *Ibidem*, p. 291.

215 *Ibidem*, p. 294.

efectos anticompetitivos no será objetada debido al hecho de que la compañía que se está adquiriendo tiene una situación financiera crítica”²¹⁶, es decir, que el agente económico que pretende concentrarse, lo hace como solución a la situación financiera por la que se encuentra, pues ha dejado de percibir las ganancias usuales que tenía, ya no puede seguir el ritmo de la competencia o bien cualquier otra causa que la orille a salirse y por lo tanto desaparecer del mercado.

La idea de que se acepten concentraciones entre agentes competidores entre sí en donde uno de ellos es una firma decadente, se basa en dos razonamientos; el primero de ellos es que en caso de que la firma decadente abandone el mercado, esto traerá consecuencias adversas debido al daño que pueden recibir los accionistas, los acreedores y empleados de la empresa; adicionalmente al daño que habrá para el consumidor final pues los precios pueden afectarse y las opciones disminuyen. El segundo de dichos razonamientos considera que, hay una afectación mucho menor al mercado cuando la firma decadente es adquirida por un competidor, a la afectación que se causaría como consecuencia de que los activos de la firma decadente abandonen el mercado.

Junto al concepto de firma decadente se encuentran los conceptos de división decadente y firma debilitada, el primero hace referencia a una situación similar a la firma decadente, pero por parte de alguna filial o subsidiaria dentro de una empresa. El segundo se refiere más bien a una empresa que si bien no está al punto de la quiebra, no puede seguir compitiendo en el mercado como usualmente lo hacía. La autoridad de competencia suele aceptar las concentraciones por medio de las cuales se “salve” a la firma debilitada siempre y cuando se acredite que se ha hecho lo posible para salvar a la firma, antes de llegar a la concentración, pero no se tuvo éxito.

Como se ha observado, estos son los cinco principales criterios que sigue la autoridad para analizar una concentración horizontal (recapitulando estos criterios

216 *Ibidem*, p. 296.

son: *i*) la determinación del mercado relevante y el grado de concentración, *ii*) los argumentos sobre los efectos competitivos, *iii*) las barreras a la entrada, *iv*) las ganancias en eficiencias y *v*) la existencia de una firma decadente como parte de la concentración). Existen otros criterios que la autoridad puede tomar en cuenta cuando se trata de este tipo de concentraciones.

Por ejemplo, la autoridad puede considerar estudiar los efectos que la concentración tendrá sobre agentes económicos y consumidores de mercados relacionados al relevante; podrá observar la participación que los agentes involucrados en la concentración tienen en mercados relacionados al mercado relevante de la operación; podría estudiar la existencia de una empresa *Maverick*²¹⁷ como parte de la concentración; entre otros.

Se aprecia que los criterios para analizar una concentración horizontal son muy variados y diversos, lo que resulta en una tarea laboriosa y de sumo cuidado por parte de la autoridad. Ahora habrá que observar qué sucede con las concentraciones no horizontales, éstas son aquellas que se realizan entre agentes económicos no competidores entre sí, ya sea que estén en diversos eslabones de la cadena de valor o participen en industrias y mercados distintos. Al no ser las partes de la concentración agentes que compiten en el mismo mercado, no genera los efectos anticompetitivos que pueden existir en las horizontales, ya que como resultado de la operación “las participaciones de mercado no se alteran, lo que implica que la amenaza de un posible monopolio o colusión que se presenta en las operaciones horizontales, aquí no existe”²¹⁸. Las concentraciones no horizontales se clasifican en concentraciones verticales y concentraciones conglomeradas.

217 El concepto de empresa *Maverick* también surge en EUA para referirse a “una empresa que generalmente ofrece bienes o servicios a un precio bajo, provocando que los demás competidores del mercado se tengan que ajustar a dicho precio bajo (...) la concentración de esta puede resultar adversa ya que la firma que provocaba que los precios se mantuvieran bajos desaparece o se encuentra bajo el dominio de otro competidor, teniendo como resultado que se dejen de ofrecer bienes a un precio más bajo”. *Ibidem*, p. 302.

218 *Ibidem*, p. 304.

Concentraciones verticales. Esta concentración es aquella en donde los agentes involucrados participan en la misma cadena de valor de una industria, en niveles diferentes pero adyacentes (es decir, que son niveles en donde uno está a continuación por debajo del otro). En este tipo de concentración los niveles adyacentes en una cadena de valor se presentan cuando las partes de la operación son proveedor y cliente, fabricante y distribuidor, etcétera.

Al ser concentraciones que involucran niveles adyacentes de la cadena de valor, es lógico pensar que los agentes partes de la concentración no compiten entre ellos y la principal finalidad de la misma es que el agente que subsista a la concentración entre a competir al mercado adyacente, ya sea hacia arriba (en caso de que un cliente haya absorbido a un proveedor) o hacia abajo (por ejemplo que el fabricante absorba al distribuidor). Ya sea que el agente concentrado entre a competir al nivel de arriba o abajo, el resultado de la operación es el mismo, las participaciones de mercado (de ambos mercados en los que participa cada uno de los agentes) permanecen iguales, sólo se sucede un cambio de tenencia accionaria en el agente concentrado.

El hecho de que este tipo de concentraciones no se dé entre agentes competidores entre sí, si bien disminuye la posibilidad de efectos anticompetitivos, no implica que estos dejen de existir. Por ejemplo, se puede facilitar la creación de barreras a la entrada; cuando un agente se integra con otro, aguas arriba o aguas abajo, posiblemente se puedan reducir costos, por lo que los agentes que compiten en el mercado tendrán que integrarse para seguir compitiendo con dichos costos menores. Lo mismo sucede con los agentes que deseen ingresar al mercado, tendrán que buscar la forma de competir en ambos mercados, de forma integrada, o pagarán costos más elevados.

Otro efecto anticompetitivo es la privación, es decir que “como resultado de una integración vertical, los demás agentes se puedan ver privados, ya sea de un suministro si la integración es hacia abajo y se adquiere a un proveedor, o de un

cliente si la integración es hacia arriba. En este caso, si el cliente le compraba a los demás productores, ahora ya no lo hará, ya que solamente le comprará a la firma que integró”²¹⁹. Lo que sucede con este efecto anticompetitivo es que se crea un escenario en el cual se excluyen a competidores cuando se ha cooptado al agente que proveía o compraba principalmente algún bien; a *contrario sensu*, los agentes que no formaron partes de la concentración, quedaron excluidos de recibir los beneficios del agente concentrado.

Por otro lado, se argumentan diversas eficiencias a favor de las concentraciones verticales, por ejemplo, que la tensión que suele existir en la relación entre proveedor-cliente deja de existir al concentrarse, se puede evitar la venta de productos defectuosos, la mora en la entrega o pago de la mercancía, se pueden reducir costos de transporte, inventario, entre otros. Lo que sucede detrás de estas eficiencias es que la relación que existía entre dos agentes económicos diferentes e independientes uno del otro, pasa a ser más una relación de tipo sociedad, lo que beneficia la producción y se ve reflejado en una baja a los costos de la misma.

Concentraciones conglomeradas. Por este tipo de concentración se puede entender como “aquella en la que no hay relación económica alguna entre la firma adquirente y la adquirida. Es decir, los agentes involucrados no son ni competidores, ni clientes ni proveedores uno del otro, ni existe una relación horizontal o vertical entre ellos”²²⁰. Este tipo de concentraciones se caracteriza porque los agentes que participan en la concentración compiten en mercados totalmente diferentes que no se relacionan entre sí; cuando se demuestra que no existe ni una sola relación entre un mercado en el que participa un agente y el otro mercado en el que participa el otro agente, se trata de un conglomerado puro.

219 *Ibidem*, p. 306.

220 *Ibidem*, p. 308.

A su vez, hay una subclasificación dentro de este tipo de concentraciones. Las concentraciones conglomeradas de extensión de línea de productos, y las concentraciones conglomeradas de extensión de mercado. Las primeras se refieren a aquellas en donde los productos que produce el agente que se adquiere son complementarios a los del adquirente, además de que los primeros podrían producirse, distribuirse y promocionarse de formas muy similares a las que se usan para hacerlo con el producto del adquirente. Las segundas se refieren a concentraciones en donde ambos agentes participan en el mismo mercado del producto relevante pero en distintos mercados geográficos; es decir que a pesar de que vendan el mismo producto, cada uno lo vende en distintas zonas, por lo que la finalidad de la concentración es ampliar la extensión de mercado del agente adquirente²²¹.

Las concentraciones conglomeradas son las que presentan menos efectos anticompetitivos, por lo que la autoridad no suele negarlas ni imponer condiciones para llevarlas a cabo. Pero dentro de los pocos efectos anticompetitivos que podrían existir, es que el agente adquirido tenga poder sustancial de mercado, pero el adquirente sea una empresa mucho más grande y con mayor poder sustancial, lo que podría facilitar el incremento de barreras a la entrada y desmotivar a los agentes competidores de continuar compitiendo agresivamente.

Otro tipo de efecto anticompetitivo es que a través de estas concentraciones se pueden eliminar potenciales competidores. Habrá que recordar que para determinar un competidor potencial se hace un ejercicio de una pequeña alza en el precio y si ante dicha alza agentes económicos ajenos al mercado pueden entrar al mismo en un plazo no mayor a un año, con precios más bajos al precio con el alza, entonces se consideran potenciales competidores. Si se da una concentración en la que se concentre a un potencial competidor, lo que puede

221 Por ejemplo, una empresa que fabrica vidrio en el extranjero, compra una empresa que fabrica vidrio en México; las participaciones en el mercado nacional de fabricación de vidrio no cambian con motivo de la operación, lo único que cambia es la propiedad sobre la empresa mexicana, que ahora pertenece a una extranjera. *Cfr. Ibidem*, p. 309

suceder es que el agente adquirente podría subir el precio de los productos y ante dicha alza no habría un nuevo competidor que ingrese al mercado con precios bajos.

Como se ha observado hasta este momento, las concentraciones son una conducta que resulta relevante para las autoridades de competencia ya que de las mismas podrían derivar tanto efectos pro-competitivos como anticompetitivos. Sin embargo, el estudio de las mismas requiere análisis rigurosos y, en muchas ocasiones, también especulativos, puesto que no se tiene certeza si un efecto realmente aparecerá una vez perfeccionada la concentración. Adicionalmente, dado el tamaño de las concentraciones, estas siempre inciden (favorable o desfavorablemente) en el mercado de los agentes participantes, por lo que se vuelve prioridad para las autoridades de competencia, mantener una estricta regulación sobre las mismas.

3.4.2 Regulación de concentración por la Ley Federal de Competencia Económica.

Las concentraciones ante las autoridades de competencia requieren cumplir un procedimiento con diversos formalismos y requisitos que se indican en la LFCE. A continuación se mencionarán los requisitos más importantes para presentar una notificación de concentración ante la autoridad, así como un bosquejo general del procedimiento a seguir.

Antes de poder presentar la notificación, los agentes económicos deben saber si es obligatorio notificar ante la autoridad la concentración que pretenden realizar. De igual forma la autoridad debe saber qué concentraciones son las que debe estudiar y cuáles no. En el apartado anterior se mencionó que para resolver esta cuestión, se establecieron umbrales monetarios que miden el tamaño de la concentración, el objeto de la concentración y el tamaño de los agentes

participantes, de tal forma que si uno de esos umbrales se actualiza, los agentes económicos tienen la obligación de notificar la concentración.

La LFCE establece en su artículo 86 tres diversas fracciones que incluyen los distintos umbrales mencionados a partir de los cuales, cuando alguno de ellos es alcanzado, se debe obtener autorización de COFECE (y en su caso, del IFT) para realizar la concentración. La fracción primera señala lo siguiente:

“I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en el territorio nacional, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal” (ahora Ciudad de México).

Antes de hablar de lo que interesa en esta fracción se debe comentar brevemente que por decreto del Ejecutivo Federal²²², se dejó de usar el salario mínimo como unidad para el pago de derechos y obligaciones y en su lugar se decretó el uso de la unidad de medida y actualización (“UMA”) cuyo monto actualizado es publicado cada año²²³.

La fracción anterior menciona que el importe de la operación debe ser equivalente al resultado de multiplicar dieciocho millones de veces la UMA, la cantidad resultante es el umbral monetario que si es actualizado, detona la obligación de las partes para notificar. En este sentido, por importe se refiere única y

222 Al respecto, el decreto en cuestión señala que “todas las menciones al salario mínimo como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, estatales, del Distrito Federal, así como en cualquier disposición jurídica que emane de todas las anteriores, se entenderán referidas a la Unidad de Medida y Actualización”. *DECRETO por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo*, Diario Oficial de la Federación, publicado el 27 de enero de 2016. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5423663&fecha=27/01/2016, consultado el 07 de abril de 2020.

223 Al 07 de abril de 2020, la unidad de medida y actualización tenía un valor de \$86.88 MXN, diarios. Consultado en <https://www.inegi.org.mx/temas/uma/>, el 07 de abril de 2020.

exclusivamente al monto de la operación, sin considerar activos de las partes, sus ventas o su tamaño.²²⁴ En la práctica el importe de la operación es lo que efectivamente un agente económico paga a otro por el objeto de la transacción, es decir, es el precio en moneda que pagará por adquirir o fusionarse con otra sociedad. Generalmente el precio como importe de la operación suele pactarse en el contrato de compraventa, el acuerdo de fusión o cualquier proyecto de acto jurídico que sea la base de la operación, por lo que es dicho documento jurídico el que permite más fácilmente su identificación.

El precio o importe de la operación indica qué tan grande o pequeña es la concentración en su totalidad. Es decir, que por medio de este umbral monetario se está midiendo el tamaño de la concentración como un todo y si el precio actualiza el umbral, las partes tendrán la obligación de notificar dicha concentración y obtener la autorización correspondiente para llevarla a cabo.

La fracción primera también señala que este umbral se puede alcanzar mediante un acto o sucesión de actos. La ley no define lo que deba entenderse por sucesión de actos, sin embargo en la Guía para la Notificación de Concentraciones se indica que por dicho concepto se entiende “la secuencia o serie de actos jurídicos u operaciones que permiten a un agente económico unir empresas, acciones, partes sociales, o activos de un mismo agente o grupo de interés económico”²²⁵. La regla general aplicable a las tres fracciones es que si a través de una secuencia de actos en un periodo de tiempo se actualiza algún umbral, la concentración es notificable, esto se debe a que aún cuando un acto por sí solo no detona dicha obligación de los agentes, el conjunto o la suma de ellos actualizó el límite monetario establecido para obligarse a notificar. En la práctica se considera que el periodo de tiempo es de cinco años, de tal forma que si dentro de dicho

224 La Guía establece que por importe se puede considerar “al valor o precio que paga el adquirente por las acciones, partes sociales o activos en general objeto de la adquisición, ubicados en México, incluyendo dinero, asunción de pasivos, o algún tipo de intercambio accionario o de otros activos”. *Guía para la notificación de concentraciones, op. cit.* p. 13.

225 *Ibidem*, p. 14.

plazo hay una serie de actos que en conjunto alcancen el umbral, se notifica la concentración.

Usualmente la fracción primera se usa para operaciones nacionales, donde es fácilmente identificar el precio de la operación. Posteriormente la fracción segunda del artículo 86 establece:

“II. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, o”

Cuando la operación no es solo a nivel nacional, sino internacional o global, resulta complejo determinar el importe en el territorio nacional, pues en la práctica se establece un precio global y no necesariamente un precio por cada país en el que surta efectos la concentración. En caso de que no exista dicho importe de la operación en el territorio nacional, se utilizarán las fracciones segunda y tercera del artículo 86 para determinar si debe notificarse la concentración.

La fracción segunda establece un umbral para medir solamente el tamaño del objeto de la concentración, es decir, lo que efectivamente se va a adquirir o a concentrar (ya sea activos o alguna sociedad objeto de la operación). Esta fracción se divide en dos partes, la primera de ellas establece que el agente que va a adquirir debe por lo menos adquirir el treinta y cinco por ciento del objeto de la operación, esta adquisición se hace a través de las acciones de la sociedad objeto de la operación (por lo cual se entiende que lo que se está adquiriendo es una sociedad) o bien, a través de los activos de dicha sociedad (donde el objeto son activos pero no la sociedad en sí misma). Si la operación efectivamente

concentra al menos este treinta y cinco por ciento del objeto de la transacción, entonces se cumple el primer requisito de la fracción.

Posteriormente, la segunda parte de dicha fracción establece el método para medir el tamaño del agente económico que se está adquiriendo. Este método implica observar las ventas que en el plazo de un año se originen en México cuando lo que se adquiere es la sociedad en sí misma, o bien, observar el valor total de los activos en México, cuando lo que se adquiere son los activos de alguna sociedad pero no la sociedad en sí. Si el valor de dichas ventas o de los activos equivale al resultado de multiplicar la UMA por dieciocho millones de veces (es el mismo umbral monetario que en la fracción primera), entonces se detona la obligación de notificar la concentración.

Finalmente, la fracción tercera establece:

“III. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más Agentes Económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.”

Por medio de esta fracción se establece un umbral para medir por un lado el tamaño de los agentes económicos que participan en la operación, complementándolo con la medición del tamaño de lo que se está adquiriendo. Esta fracción también está compuesta de dos partes. La primera de ellas establece el método para medir el tamaño de lo que efectivamente se va a concentrar. Al respecto, la fracción señala que la operación debe implicar acumular ya sea activos o capital social (con esto se deduce que el objeto de la

operación que se adquirirá es una sociedad o activos) cuyo valor sea equivalente al resultado de multiplicar la UMA por ocho millones de veces. Como se observa, este resultado es menor al que se establece en las fracciones anteriores.

Si el valor de lo que se concentra (activos o capital social) alcanza o rebasa dicho límite monetario, entonces se continúa con el análisis de la segunda parte de la fracción III. Esta parte es la que se encarga de medir el tamaño de los agentes económicos que participan en la concentración. Sobre este tema, la fracción establece que para medir a las partes de la concentración se observará el valor de sus ventas durante el plazo de un año, originadas en el territorio nacional o el valor de sus activos que estén en el territorio nacional. Si el valor de las ventas o activos de las partes (conjunta o separadamente) es equivalente al resultado de multiplicar la UMA cuarenta y ocho millones de veces, entonces se actualiza el umbral y se detona la obligación de los agentes de notificar.

Si los agentes económicos que participan en la concentración advierten que la misma (ya sea por el tamaño de la concentración, el tamaño del objeto de la concentración o el tamaño de los agentes participantes) actualiza aunque sea uno de los tres umbrales establecidos en el artículo 86, entonces deberán notificar la concentración ante la autoridad correspondiente. Suponiendo que se actualice alguno de los umbrales, el siguiente paso es realizar el escrito por medio del cual se notifica la concentración. Sin embargo, surge la duda ¿qué formalismos debe cumplir dicho escrito y qué información se proporciona a la autoridad para realizar su análisis? La respuesta se encuentra en el artículo 89 de la LFCE.

El artículo 89 señala de forma expresa que la notificación debe hacerse por escrito, teniendo como contenido (o acompañando) la información que enlista.

Dentro de los requisitos e información se encuentran los nombres, denominaciones o razones sociales de los agentes que participan en la concentración; el nombre de los representantes legales y el documento que

contenga las facultades necesarias, así como el nombre de los representantes comunes, junto con el domicilio para oír y recibir notificaciones; el escrito de notificación también deberá incluir una descripción de la operación y el proyecto del acto jurídico correspondiente; se deberá acompañar información de cada una de las partes donde expliquen sus motivos para realizar la concentración; también deben acompañar al escrito los documentos corporativos de cada agente (actas constitutivas, reformas y compulsas); se deberá describir cómo está compuesta la estructura del capital social de cada agente; se deberá indicar si los agentes participan (por medio de otros agentes económicos ajenos a la operación) en mercados relacionados al mercado relevante; se deberá indicar las participaciones de mercado de cada agente y la localización de sus plantas, oficinas, fabricas, etc.; se deberá ofrecer una descripción de los bienes/servicios que cada agente produce y también se deberá agregar cualquier elemento que, a decir de los agentes, puedan facilitar la resolución favorable por parte de la autoridad.

Cuando los agentes económicos que pretendan concentrarse tienen listo el escrito de notificación, lo presentan vía electrónica a la autoridad y a partir de entonces se inicia el procedimiento correspondiente. El artículo 90 de la ley establece en ocho fracciones distintas el desahogo del procedimiento de notificación.

En términos generales se establece que desde el momento en que se presenta la notificación a la autoridad, esta deberá revisar que cumpla con los requisitos de forma, en caso de que advierta que no cumple con todos ellos, tendrá un plazo de diez días hábiles contados a partir del día en que se presentó la notificación para emitir un requerimiento de información básica; dicho requerimiento se notifica a las partes para que puedan completar los requisitos de forma necesarios para admitir la notificación. Las partes tendrán un plazo de diez días hábiles contados desde que surta efectos la notificación del requerimiento para dar contestación al mismo.

Cuando la autoridad haya recibido dicha contestación al requerimiento, podrá entrar al estudio de la concentración con la información proporcionada en el

escrito de notificación; pero si advierte que la misma es incompleta o considera que debe agregarse información adicional, tendrá un plazo de quince días hábiles contados a partir de que recibe la contestación al requerimiento, para emitir un requerimiento de información adicional. Por medio de este segundo requerimiento la autoridad puede solicitar información para complementar el análisis de la concentración. Usualmente es información relacionada al proyecto del acto jurídico de que se trate, información del mercado, de competidores, etcétera.

Los agentes económicos tendrán un plazo de quince días hábiles contados a partir de que surta efectos la notificación correspondiente, para dar contestación al requerimiento de información adicional. Una vez que se ha contestado, la autoridad puede determinar si se tiene la información suficiente para considerar que la notificación ha sido presentada cumpliendo todos los requisitos o en caso contrario puede determinar que está incompleta y desecharla. Si la autoridad considera que cuenta con la información suficiente para realizar el análisis de la concentración, ésta tendrá un plazo de sesenta días hábiles para emitir una resolución. Dicho plazo, considerando la complejidad de la operación, podrá ser aplazado hasta por cuarenta días hábiles adicionales. Pasado dicho plazo la autoridad deberá emitir una resolución en donde se autorice la concentración o en donde ésta se niegue. En este último caso la autoridad deberá argumentar las razones por las que prohibió la concentración.

La resolución que sea favorable para las partes tendrá una vigencia de seis meses; es decir que las partes tendrán que ejecutar la concentración en dicho plazo, sin embargo si consideran que no es un plazo suficiente podrán solicitar la prórroga de la misma, por única ocasión y con la debida justificación (dicha prórroga es de seis meses). En caso de que la autorización no se encuentre vigente, y las partes no hayan concluido la concentración, deberán notificarla de nuevo ante la autoridad y esperar recibir resolución favorable.

Cuando las partes han concluido la concentración dentro del plazo en el que se encuentra vigente la autorización, deberán presentar ante la autoridad un aviso por medio del cual se acredite el cierre de la operación. Dicho aviso suele denominarse en la práctica como aviso de cierre. Al respecto las partes deben acreditar frente a la autoridad que la concentración se cerró en los términos y condiciones en que fue presentada ante la autoridad. En caso de que se haya cerrado de forma distinta a los términos que la autoridad aprobó, ésta última podrá objetarla y no producirá efectos jurídicos.

Es preciso señalar, que la LFCE en paralelo a la definición de concentración, también indica cuándo se está en presencia de una concentración ilícita. El artículo 62 de la ley señala que se consideran ilícitas aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica. Estas concentraciones son aquellas que tienen efectos anticompetitivos en el mercado relevante o mercados relacionados. Sobre este tema ya se ha escrito lo suficiente en el apartado anterior. Cabe señalar que se puede diferenciar entre concentraciones ilícitas siendo estas aquellas que dañan la libre concurrencia o la competencia, de las concentraciones que no fueron notificadas cuando legalmente debieron hacerlo.

Finalmente, la ley establece distintas sanciones para quienes llevan a cabo una concentración ilícita y una concentración aún cuando no se notificó. Sobre las concentraciones ilícitas la LFCE señala en su artículo 127 las sanciones aplicables, entre ellas se encuentran: *i)* ordenar la corrección o supresión de la concentración ilícita; *ii)* ordenar la desconcentración parcial o total de la concentración ilícita, la terminación del control o la supresión de actos; *iii)* multar hasta por el ocho por ciento de sus ingresos a los agentes que realicen una concentración ilícita, con independencia de la responsabilidad civil en que incurran; *iv)* inhabilitar hasta por cinco años a las personas físicas para ejercer como funcionarios de una sociedad y multa hasta por doscientas mil veces la UMA, cuando participen directa o indirectamente en la concentración ilícita; *v)*

multa de hasta ciento ochenta mil veces la UMA a quien coadyuve, propicie o induzca una concentración ilícita.

Sobre las sanciones aplicables a una concentración que se llevó a cabo sin la autorización previa correspondiente, el artículo 127 prevé lo siguiente: multa desde cinco mil veces la UMA y hasta el equivalente al cinco por ciento de los ingresos del agente económico por no notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse. Adicionalmente la ley establece una sanción para los funcionarios que, dotados de fe pública, intervengan en actos relacionados a una concentración que se llevó a cabo sin previa autorización, al respecto señala la aplicación de una multa de hasta ciento ochenta mil veces la UMA. Por último habrá que agregar, que si la autoridad así lo considera, podrá indicar que la concentración realizada sin haber obtenido la autorización correspondiente podrá tener efectos adversos al mercado, por lo que podría calificarla de concentración ilícita y aplicar las sanciones antes mencionadas.

3.4.3 Los mercados y plataformas digitales y su relación con las concentraciones.

Hasta este punto se ha expuesto lo que en la doctrina se entiende por la idea de concentración, sus principales características, la clasificación que de ella existe, así como sus efectos anticompetitivos y posibles eficiencias. De la misma se ha observado la forma en la que el marco jurídico mexicano la regula por medio de la LFCE. Corresponde a continuación explicar cómo es que una concentración (y su estudio) se ve afectada cuando sucede en un contexto digital.

Como consecuencia de los avances tecnológicos, actualmente el número de concentraciones relacionadas a plataformas digitales va incrementándose. Sin embargo, esto conlleva nuevos retos y dilemas para las autoridades encargadas de su estudio. La doctrina ha señalado un problema particular que aparece en concentraciones entre plataformas digitales; este dilema se refiere a la adquisición

de nuevas plataformas (*start-ups*) que al momento de la concentración tienen un muy bajo volumen de ventas y por lo tanto no actualizan los umbrales correspondientes para su notificación.

Este dilema esconde dentro de sí una gran variedad de retos para la autoridad. Para abordarlos habrá que recordar que en el Capítulo 2 se mencionó que en mercados digitales, cuando estos se encuentran altamente concentrados, es común que los agentes económicos deseen entrar a competir a los nichos de mercados secundarios, o bien, entren a competir con las grandes plataformas bajo un esquema de negocio innovador y precios bajos, de tal forma que tengan una entrada disruptiva y puedan ganar un gran número de usuarios acogidos en la idea de que “el ganador se lo lleva todo”. Cuando esto sucede es probable que durante un plazo considerable la nueva plataforma opere con ganancias negativas, es decir, que a pesar de que siga funcionando y ganando más usuarios, no obtendrá ganancias, sino pérdidas reflejadas en sus utilidades.

Estas ganancias negativas “por lo menos un tiempo, se relacionan con el hecho de que en mercados de múltiples lados es importante alcanzar una masa crítica de usuarios en uno o varios lados del mercado con el fin de hacer rentable el negocio”²²⁶. Como consecuencia de las ganancias negativas, sería lógico pensar que al no tener utilidades la plataforma, no tiene un gran valor monetario; pero lo que sucede en la práctica es que parece que las concentraciones carecen de racionalidad económica, es decir que una plataforma se concentra con otra y paga por ésta última un precio demasiado elevado en comparación con sus ganancias (pues opera con pérdidas)²²⁷. Esta situación abre dos posibilidades, por un lado que el precio, el valor del objeto de la operación y el tamaño de los agentes, no actualicen los umbrales por lo que no se notificaría (lo cual no implica que pueda

226 Palacios Prieto, Alejandra, *op. cit.*, p. 51.

227 Por ejemplo, cuando *Facebook* adquirió *Whatsapp* en 2014, pagó 19 mil millones de dólares cuando ésta última tenía ganancias por tan solo 1.2 millones de dólares. Olson, Parmy, “Facebook closes \$19 billion WhatsApp deal”, *Forbes*, 06 de octubre de 2014, <https://www.forbes.com/sites/parmyolson/2014/10/06/facebook-closes-19-billion-whatsapp-deal/#6b15e3995c66>, consultado el 08 de abril de 2020.

haber efectos adversos al mercado). Por otro lado, aún cuando se actualice un umbral y deba notificarse la concentración, no explica la supuesta irracionalidad económica que la misma esconde.

Sobre la segunda posibilidad, aunque parezca que no existe una racionalidad económica para que una plataforma digital con gran presencia en el mercado pague una gran cantidad por otra plataforma pequeña que no tiene grandes utilidades, existen otro tipo de razones por las cuales se buscan realizar estas concentraciones.

Al respecto, hay concentraciones en donde una plataforma adquiere a otra con bajos ingresos pero que tiene en su propiedad recursos de información (datos) porque la finalidad del adquirente es poseer dicha información. Este tipo de concentraciones puede tener efectos pro-competitivos, por ejemplo prestar servicios nuevos derivados del uso de la información que se adquiere. Por otro lado, puede tener efectos anticompetitivos al ser el adquirente el único en el mercado que posea información valiosa y que no es fácil de conseguir, daría como resultado que solo las partes de la operación tengan un mejor acceso (por no decir único) a la información, en comparación al resto de los competidores. Tener dicha facilidad de acceso a cierta información bien podría fortalecer el poder sustancial que ejerza la plataforma en el mercado y reafirmar su posición dominante.

Otro problema que se presenta en un contexto digital son aquellas “adquisiciones de pequeñas pero exitosas *start-ups* con una base de usuarios de rápido crecimiento y un importante potencial competitivo por las plataformas dominantes”²²⁸. El problema esencial que presentan este tipo de concentraciones es que se da la posibilidad de eliminar a un potencial rival en el mercado relevante de la concentración, es decir que como resultado de la concentración desaparece la plataforma *start-up* que posiblemente en un futuro pudo competir con la plataforma adquirente. Si se adquiere una plataforma pequeña (posiblemente

228 Cremer, Jacques, *op. cit.*, p. 110, (Traducción propia).

tenga pocas utilidades) lo cual podría implicar que no se alcancen los umbrales y por lo tanto la autoridad no conozca dicha concentración, consecuentemente no podrá percatarse del dilema mencionado.

En muchas ocasiones, este tipo de concentraciones entre plataformas grandes (firmemente establecidas en el mercado) y *start-ups*, pueden tener eficiencias y sinergias que benefician a la competencia. Por ejemplo la *start-up* podrá compartir sus ideas, productos y servicios innovadores, mientras que la plataforma ya cuenta con las habilidades, activos y recursos financieros para producir a mayor escala los productos/servicios de la primera y posteriormente comercializarlos²²⁹. Dentro de las preocupaciones que existen sobre estas concentraciones es que la adquisición de la *start-up* puede resultar en fortalecimiento de la posición dominante del adquirente y por lo tanto impedir o disminuir la competencia ya sea a través del desplazamiento de competidores o creando barreras a la entrada que impiden que nuevos agentes compitan. Un primer paso para impedir que esto suceda es observar si existe algún patrón de comportamiento por parte de las plataformas dominantes en el que sistemáticamente adquieran plataformas que sean nuevas en el mercado.

Los dilemas sobre concentraciones en contextos digitales antes explicados presentan a la autoridad dos retos. El primero es que posiblemente las concentraciones escaparán de su estudio por parte de las autoridades de competencia ya que es probable que no actualicen umbrales monetarios (principalmente porque la plataforma adquirida no tiene un gran volumen de ventas o utilidades); y segundo, aún cuando actualicen algún umbral monetario, será difícil para la autoridad el distinguir entre aquellas operaciones cuyos efectos son neutros o pro-competitivos, de aquellas con efectos anticompetitivos.

Se debe recordar que en una concentración horizontal el análisis de la misma comienza viendo el traslape que existe en las participaciones de mercado (es

229 Cfr. *Ibidem*, p. 111.

decir, lo que efectivamente se acumulará como resultado de la operación), pero cuando este análisis se desea hacer dentro de concentraciones que presentan los dilemas anteriores, es probable que del análisis se observe que la adquisición no resultará en un traslape horizontal significativo o que pueda levantar sospecha por parte de la autoridad, pero esto no implicaría que los posibles efectos adversos no existan.

Por otro lado, en aquellas concentraciones no horizontales, no existirá traslape entre el mercado relevante del adquirente y el mercado relevante del agente adquirido; sin embargo habrá que estudiar qué tan cercano es un mercado uno del otro, de tal forma que se pueda hablar de una concentración vertical o una concentración conglomerada. En cualquiera de estas, lo que podría suceder es que si los mercados que integran la cadena de valor de las plataformas digitales que participan en la operación, están altamente concentrados por plataformas con altas participaciones de mercado y posiciones firmes en ellos, la adquisición de la *start-up* podría fortalecer la posición dominante del adquirente sobre su mercado y el resto de la cadena de valor, incluso si no hay traslapes de participaciones de mercado dentro del mercado relevante del adquirente.

En cualquiera de las concentraciones (horizontales, verticales o conglomeradas) si suceden en un contexto digital es probable que las preocupaciones antes mencionadas se originen, pues el propio entorno digital facilita las circunstancias para que ello suceda. Dichas circunstancias se refieren al mercado altamente concentrado, fuertes barreras a la entrada y efectos de red; elementos de los que se ha hablado a lo largo de la presente tesis. Cuando dichas circunstancias se presentan “la adquisición de la *start-up*, aún sin un traslape entre el adquirente y el adquirido (o sin preocupaciones competitivas respecto un traslape parcial), puede que más adelante levante barreras a la entrada y/o expanda los mercados controlados y dominados por el adquirente y reduzca la perspectiva de una innovación independiente y descentralizada”²³⁰.

230 *Ibidem*, p. 113. (Traducción propia).

Tratándose de un escenario en el que una plataforma con posición dominante adquiere a una *start-up* que ofrezca productos o servicios en mercados marginales al mercado donde participa el adquirente (concentración conglomerada), puede dar lugar a eliminar las posibles amenazas competitivas, lo que puede ser especialmente problemático si se hace de manera sistemática.

Este tipo de concentración inicialmente no genera preocupaciones a la autoridad; pero cuando una plataforma con poder sustancial en un mercado principal de la cadena de valor adquiere una *start-up* que se encuentra activa en un mercado separado pero relacionado con el mercado del adquirente, y la *start-up* tiene potencial para convertirse en competidor del adquirente en el mercado donde participa éste último, entonces las autoridades de competencia deberán observar si los agentes económicos participantes en la concentración, operan en el mismo “espacio tecnológico” o “espacio de los usuarios”²³¹ de tal forma que logren resolver los siguientes planteamientos: i) ¿La plataforma adquirida es una amenaza competitiva actual o potencial dentro del espacio tecnológico/espacio de los usuarios o dentro de la cadena de valor? ii) ¿Su eliminación incrementa el poder de mercado dentro de ese espacio? y en su caso, iii) ¿La concentración se justifica por las eficiencias, debidamente acreditadas por las partes?²³².

Una situación que puede presentarse tratándose de concentraciones en mercados digitales, es lo que se denomina como *killer acquisitions* que podrían entenderse como concentraciones asesinas; “aquellas en las que un agente adquiere a un potencial competidor que tiene un proyecto innovador que se encuentra en una etapa temprana de su desarrollo y subsecuentemente termina el desarrollo del proyecto del agente concentrado para evadir un efecto de desplazamiento”²³³. Al tratarse de una concentración asesina, el adquirente busca eliminar cualquier

231 Los conceptos de espacio tecnológico o espacio de los usuarios (*technological space* o *users space*, respectivamente), son elaborados por la Comisión Europea y entiendo que hacen referencia al lugar digital en el que coinciden los usuarios finales de las plataformas digitales. *Cfr. Ibidem*, p. 117.

232 *Cfr. Idem.*

233 *Idem.*

posible competencia por parte del agente adquirido el cual amenaza la posición dominante que tiene el primero. Las características de los mercados digitales propician las circunstancias adecuadas para que se realicen con mayor facilidad las concentraciones asesinas, además de situaciones bastante similares en donde los proyectos de *start-ups* mueren. Por ejemplo, cuando una plataforma pequeña busca entrar a competir a un mercado contra las grandes empresas, puede dudar de su propia entrada al mercado con un servicio innovador, ya que de tener éxito, las plataformas que dominan el mercado podrían copiar o comprar fácilmente dicho servicio innovador y no permitir el crecimiento de la *start-up*.

Para buscar resolver estos problemas generados por las concentraciones asesinas o por situaciones similares donde muere el proyecto de la *start-up*, la Comisión Europea ha sugerido que las autoridades correspondientes deben explorar los efectos de “canibalismo” que pudieran surgir, para detectarlos deben responder a dos preguntas: *i)* ¿Hay un escenario plausible en el que el agente adquirido, usando sus innovaciones, podría ganar gran participación en el mercado del adquirente? y en su caso, *ii)* ¿El adquirente tendrá algún incentivo para cancelar o eliminar la potencial innovación?²³⁴.

Otra forma de impedir que por medio de una concentración se elimine la innovación de una *start-up* es aplicando medidas que normalmente se aplican en otras industrias; esto consiste en observar las relaciones de competencia que existen durante la fase de innovación, antes de que se de la competencia del producto en el mercado²³⁵. En particular lo que debe observarse en un contexto digital serían las capacidades e insumos necesarios, los datos e información a la que efectivamente tengan acceso ambas partes, las habilidades en ingeniería y el alto poder computacional que tengan los agentes (esto para ver qué capacidad pueden tener las plataformas), así como el capital de riesgo con el que cuentan

234 Cfr. *Idem*.

235 Respecto a las industrias sobre las cuales son aplicadas las medidas son la industria farmacéutica y agroalimentaria. Los elementos propuestos para aplicar las medidas en un contexto digital son los que considera la Comisión Europea. Cfr. *Ibidem*, p. 120.

(por medio del cual se podría determinar la magnitud de la inversión y el alcance del proyecto).

Tratándose de concentraciones en mercado digitales, los agentes económicos que participan en la operación pueden argumentar frente a la autoridad las ganancias en eficiencias que se generarán con la concentración. Nuevamente, los agentes deben demostrar que las eficiencias que se generen serán mayores a los efectos anticompetitivos que pudiesen surgir. Particularmente la carga de la prueba del agente adquirente consiste en demostrar que los usuarios de su servicio o producto se verán beneficiados al recibir mayores o mejores servicios en cuestión de calidad, después de la concentración. Por su parte el agente adquirido debe acreditar que los usuarios de su producto o servicio se verán beneficiados por mayores efectos de red. En cualquier caso, si cualquiera de estas eficiencias se puede alcanzar a través de acuerdos de acceso no exclusivo (que permitan el *multi-homing*) o por medio de acuerdos que permitan la interoperabilidad y no necesariamente por medio de la concentración que pretende llevarse a cabo, entonces la autoridad podría rechazarla.

A lo largo del presente apartado se han mencionado distintos escenarios en donde las concentraciones en mercados digitales pueden tener consecuencias adversas tanto para el proceso de competencia como para los consumidores. De igual manera se abordaron las posibles razones (que pueden calificarse de pro- o anticompetitivas) con base en las cuales los agentes económicos se encuentran motivados para realizar estas concentraciones. A continuación se mencionarán algunos posibles métodos que la autoridad podría aplicar para detectar y eliminar los daños que estas concentraciones provocan al mercado.

A pesar de que se pretenda realizar la adquisición de una *start-up* que cuenta con una idea innovadora, una gran cantidad de usuarios y potencial de crecimiento, pero que en paralelo su modelo de negocio no le permite obtener grandes utilidades; es muy probable que no alcancen los límites monetarios establecidos

en la ley y por lo tanto no actualice los umbrales, quedando los agentes exentos de la obligación de notificar. Al respecto, modificar los umbrales monetarios para establecer un límite menor lo único que provocaría sería una sobrecarga de trabajo para la autoridad, pues conocería incluso de aquellas concentraciones que no afectan al mercado. Lo que se propone es que a los umbrales monetarios se les agregue criterios más técnicos, por ejemplo que las concentraciones que pretendan realizar plataformas digitales con poder sustancial de mercado en mercados con fuertes efectos de red, sean obligatoriamente notificadas.

Tratándose de concentraciones conglomeradas en donde los agentes económicos participan en mercados diferentes (pero que pueden estar relacionados sin llegar a ser adyacentes uno del otro) se ha recomendado que se observen los efectos no coordinados y los efectos coordinados. Los primeros se enfocan en el riesgo de exclusión que puede surgir cuando el acceso de los competidores reales o potenciales a los suministros, datos o mercados se ve obstaculizado como resultado de la concentración. Los segundos hacen referencia a los cambios en la naturaleza del proceso de competencia como consecuencia de la operación, de tal manera que la coordinación entre las empresas se hace significativamente más probable después de la concentración.²³⁶

Otro método que podría funcionar para entender las estrategias que usa un agente dominante para defender su posición²³⁷, consiste en observar los efectos que la concentración tendrá en la posición de la cadena de valor (es decir, cómo afectará cada uno de sus mercados) y en las barreras de entrada a dicha cadena de valor. Con esta teoría del daño se debe observar el “espacio de los usuarios” con lo cual se pretende alcanzar a ver todas las necesidades de ellos. En tal caso, el agente adquirente buscará expandir los efectos de red en toda la cadena, lo cual por un

236 Al respecto, la Comisión Europea es quien propone observar este tipo de efectos. Este método ya ha sido usado por la misma en concentraciones en un contexto digital, por ejemplo en el Caso M.8124 – Microsoft/LinkedIn. *Cfr. Ibidem*, p. 121.

237 En un contexto digital se debe poner especial atención al comportamiento de *defensa de la posición de monopolio*, esta situación se presenta cuando una empresa compra a otra solo para conservar su poder monopólico en un mercado. *Cfr. Repensar la competencia...*, cit., p. 53.

lado hará más valiosos sus servicios para sus clientes, así como para los clientes del agente que se pretende adquirir. Este incremento en los efectos de red que benefician a ambos, puede ser la razón por la cual un agente paga un precio muy elevado por una *start-up*, pues como consecuencia de la elevación de los efectos de red (de ambas partes), las barreras a la entrada se incrementan impidiendo la entrada de nuevos competidores, el adquirente mantiene a salvo su posición dominante e impide que el agente adquirido se haya convertido en un posible competidor suyo.

En adición a la teoría del daño mencionada, se debe incluir un método que permita analizar toda una cadena de valor, y su relación con otras, en un contexto digital; de tal forma que de estas se pueda entender la estrategia que las plataformas más grandes adoptan para proteger dichas cadenas de las amenazas competitivas de la periferia.

Adicionalmente se debe reconocer que las autoridades de competencia en México ya están buscando métodos que permitan lidiar con las concentraciones que en contextos digitales generen los dilemas de los cuales se ha hablado. Al respecto, se ha mencionado el desarrollo de procedimientos que permitan monitorear estas concentraciones, promover la notificación voluntaria (lo cual podría lograrse o facilitarse por medio de incentivos) y en su caso, considerar si los criterios establecidos en la LFCE y sus Disposiciones Reglamentarias son los correctos o deben modificarse.²³⁸

3.4.4 Cálculo de mercados digitales poco, medio y altamente concentrado.

Para medir el grado de concentración de un mercado se utiliza el IHH (antes y después de la operación) que sirven para determinar si dicho grado de concentración provoca efectos anticompetitivos en el mercado. Estos índices se

238 Estas propuestas han sido enunciativas, más no limitativas; además de que las mismas se mencionan en un trabajo de divulgación y no como parte de algún acto vinculante. *Cfr. Ibidem*, p. 54.

obtienen usando las participaciones de mercado tanto de los agentes involucrados en la operación, como del resto de competidores. Los resultados de los índices nos mostrarán cuál es el grado de concentración y cómo afecta al mercado la concentración antes y después de que esta ocurra. Los resultados que arrojan los índices suelen tomarse como los más decisivos para determinar los efectos de la concentración, de tal forma que si resulta que la concentración derivará en un mercado más concentrado, es probable que ésta se rechace. Sin embargo, estos resultados se deben considerar como indicios, pues a pesar de que en la mayoría de los casos el poder sustancial de un agente económico es resultado de su participación en el mercado, existen elementos distintos a considerar, pues hay operaciones que a pesar de que causarán un aumento en el grado de concentración, pueden tener efectos pro-competitivos²³⁹.

Para obtener el IHH se deben usar los datos de las participaciones de mercado; para obtener estas últimas se debe saber el valor monetario o por volumen de las ventas totales de dicho mercado y el valor de las ventas totales del agente económico, de tal forma que se obtenga el porcentaje que representa las ventas del agente económico respecto a las ventas totales. Este porcentaje se obtiene usando una regla de tres en la que el valor de las ventas totales del mercado equivale al cien por ciento. Por ejemplo, si en un mercado hubo ventas anuales equivalentes a \$100, 000,000.00 MXN (que equivalen al 100% de dicho mercado) y un agente económico (el adquirente) tuvo ventas anuales de \$5, 000,000.00 MXN, entonces la participación de mercado de dicho agente es de un 5% (este es

239 Como parte de un análisis más completo para determinar las consecuencias que la concentración tendrá, además del grado de concentración en el mercado, la autoridad tomará en cuenta las barreras a la entrada, el poder de mercado de los competidores, el acceso a las fuentes de insumos, el comportamiento reciente de los agentes, el acceso a importaciones, la existencia de diferenciales elevados en costos que pueden enfrentar los consumidores si acuden con otros proveedores. Cfr. *Criterios Técnicos para el Cálculo y Aplicación de un Índice Cuantitativo para Medir la Concentración del Mercado, Acuerdo CFCE-102-2015 ct-001/2015*, Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, 23 de abril de 2015, p. 5. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/criterios_tecnicos_para_medir_concentracin_del_mercado.pdf, consultado el 09 de abril de 2020.

el resultado de multiplicar 5,000,000 por 100%, entre 100,000,000 = 5%). La misma operación aritmética debe hacerse con los agentes de la operación.

Una vez que se han estimado las participaciones de los agentes económicos que participan en la operación así como las del resto de los competidores, los porcentajes que se obtengan serán usados para calcular el IHH. Para hacerlo los porcentajes de todos los agentes en dicho mercado (que equivalen a su participación de mercado) se deben elevar al cuadrado y al final se suman dichas cantidades. Este procedimiento se hace antes y después de la operación.

Por ejemplo: El 5% del adquirente se eleva al cuadrado, lo que da un resultado de 25. Lo mismo se hace con el resto de los agentes, supongamos que tenemos sus participaciones de mercado de tal forma que cada una se eleva al cuadrado y al final todas se suman (antes y después de la operación):

Mercado (antes de la concentración)		
Agente	Participación	Elevado al cuadrado
1 (adquirente)	5%	25
2(adquirido)	10%	100
3	25%	625
4	20%	400
5	40%	1600
Total	100%	2750

Mercado (después de la concentración)		
Agente	Participación	Elevado al cuadrado
1 y 2	15%	225
3	25%	625
4	20%	400
5	40%	1600
Total	100%	2950

La suma total de las participaciones de mercado elevadas al cuadrado de todos los agentes competidores en él, es el IHH; éste nunca podrá resultar en un número mayor de diez mil porque sumando las participaciones de mercado (los porcentajes) el resultado mayor será de 100%, el cual si se eleva al cuadrado resulta en 10,000.

Como se observa, el IHH puede tomar valores entre cero y diez mil; entre más se encuentren dichos valores cerca del cero, el grado de concentración en el mercado relevante es menor; en tanto que mayores valores del índice (más cercanos a diez mil) indican un grado de concentración más alto. La variación que existe entre el IHH antes de la concentración y después de ésta, indica el cambio en el grado de concentración en el mercado relevante; dicha variación se obtiene de restar al resultado del IHH después de la concentración el resultado del IHH antes de la concentración. (ej. a 2950 se le resta 2750, obteniendo 200).

La COFECE considera que la concentración tendrá poca probabilidad de afectar la competencia y libre concurrencia cuando: *i)* la variación que existe entre el IHH antes y después de la concentración sea menor a 100 puntos; *ii)* el valor del IHH después de la concentración sea menor a 2,000 puntos y *iii)* el valor del IHH después de la concentración sea entre 2,000 y 2,500 puntos con una variación en el grado de concentración entre 100 y 150 puntos, y el agente que resulte de la concentración no se encuentre dentro de los cuatro agentes económicos con mayor participación en el mercado²⁴⁰.

Conforme al ejemplo propuesto la variación entre el grado de concentración es mayor a 100 puntos, el valor del IHH después de la concentración es mucho mayor a 2000 puntos y dicha variación alcanza casi los 3000 puntos, por lo que no cumple los criterios de la COFECE para considerarse una concentración con bajas probabilidades de afectar al mercado.

Aplicar el IHH antes y después de una concentración cuyos agentes económicos participan en mercados digitales puede presentar ciertas complicaciones. Por ejemplo, respecto a las plataformas de dos o más lado habrá que determinar si cada lado es un mercado distinto o si se trata de un solo mercado, en tal caso habrá que calcular el grado de concentración en los múltiples mercados y en cada uno de ellos aplicar los criterios correspondientes. Adicionalmente puede haber

240 Cfr. *Ibidem*, p. 7.

plataformas que no solo sirvan de intermediarias, sino que también participen en alguno de dichos lados, lo que nuevamente implica calcular el índice considerando las participaciones de mercado de la plataforma en ambos mercados. Al respecto considero que si después de realizar el cálculo de los IHH en todos los mercados afectados, alguno de ellos no acredita los criterios mencionados, entonces la concentración deberá prohibirse (ello al menos que se demuestre ganancias en eficiencias en todos los demás mercados).

También se tiene que poner particular énfasis en aquellas plataformas que operan durante un largo periodo de tiempo con ganancias negativas. Sería erróneo pensar que debido a que sus ganancias se encuentran bajas o son nulas, su participación de mercado es mínima, por ejemplo se puede pensar en una plataforma que haya penetrado profundamente el mercado pero dados las ganancias negativas su participación es mínima. En paralelo habrá que considerar aquellas plataformas de dos lados en donde a un lado se le aplican precios cero; sobre dicho lado la ganancia monetaria será nula pero no significa que su participación de mercado también lo sea. Considero que se deben usar otras variables además del volumen de ventas por cantidad y precio; por ejemplo al mercado de un lado de la plataforma podrá aplicarse el IHH usando las participaciones de mercado basadas en el número o precios de ventas; mientras que al otro lado habrá que aplicar el IHH calculando las participaciones de ganancias con un estimado del número total de usuarios que existen en el mercado relevante. Al respecto, el número total de usuarios que tiene la plataforma y demás competidores también puede representar el porcentaje que cada agente económico tiene en el mercado.

Como se ha explicado en diversas ocasiones a lo largo de la presente tesis, los mercados digitales suelen tener un bajo número de competidores dadas sus características tan particulares. Que exista un bajo número de plataformas competidoras implica que el mercado en cuestión se encuentra poco fragmentado y por lo tanto altamente concentrado. Esto representa un problema cuando se le

aplica a dicho mercado el IHH, pues es probable que sus valores sean muy altos y por lo tanto no acrediten los criterios establecidos por COFECE. Por ello es de gran relevancia poner mayor atención tanto a los efectos anticompetitivos y teorías del daño existentes, como a las ganancias en eficiencia que la concentración pueda generar.

Finalmente se podría volver a utilizar el índice de Dominancia el cual sirve para observar aquellas operaciones que, a pesar de tener cierto grado de concentración, podrían aumentar la competencia en el mercado en cuestión. Sobre este índice la COFECE decidió abandonar su uso debido a que “no tiene una vinculación clara y precisa en la teoría económica y (...) podría subestimar riesgos de afectación al proceso de competencia, en caso de que una concentración pueda incrementar de manera importante los niveles de concentración en el mercado y reducir el número de competidores”²⁴¹; sin embargo si los valores del índice después de la operación disminuyen, significa que la competencia aumenta; por el contrario si dichos valores aumentan significa que hay un efecto adverso.

241 Cfr. *Ibidem*, p. 3.

Capítulo 4: Mercados digitales en el ámbito internacional y propuesta de regulación en México

4.1 Experiencia internacional en la regulación de mercados digitales.

En los capítulos anteriores se abordaron diferentes temas que van desde los antecedentes de la competencia económica y conceptos clave para entenderla; pasando por los conceptos que la teoría ha formulado para el estudio de los mercados y la estructura de competencia en un entorno digital; hasta llegar a observar cómo las conductas más relevantes que existen en la LFCE se materializan dentro de mercados digitales a través de plataformas de la misma índole.

Como se observó, los mercados y plataformas digitales implican situaciones novedosas que se traducen en nuevos retos (jurídicos) para las autoridades de competencia en cualquier parte del mundo. Por lo que hoy en día las autoridades de distintas jurisdicciones buscan afrontar estas situaciones en contextos digitales por medio de distintos métodos. Sobre este tema considero que autoridades como las de EUA o la UE se encuentran unos cuantos pasos por delante de las autoridades mexicanas en la materia, sin embargo, esto podría ser beneficioso para México, pues a diferencia de otras jurisdicciones en las que los problemas de competencia en contextos digitales surgieron sin que las autoridades tuviesen las herramientas suficientes para combatirlos, en México a penas comienzan a darse los primeros casos en materia de competencia económica dentro de contextos digitales, lo que implica una oportunidad para las autoridades nacionales para observar cuáles fueron algunos métodos usados en otras latitudes y buscar la forma de aplicarlos o mejorarlos antes de que vayan incrementando este tipo de casos.

Para lograrlo, a continuación se exponen algunos de los casos más relevantes que se han resuelto en EUA y la UE en donde los agentes económicos son plataformas digitales que compiten en mercados digitales. Se observarán (tanto en

prácticas anticompetitivas como en concentraciones) los distintos planteamientos originados por el contexto digital de cada caso y los métodos usados para resolverlos.

4.1.1 Experiencia en Estados Unidos de América

En el presente apartado se exponen algunos casos resueltos por el Departamento de Justicia o la Comisión Federal de Comercio; ambas autoridades de competencia económica de EUA. En dichos casos se plantean algunas de las problemáticas que presentan los mercados digitales cuándo se busca realizar algún análisis sobre estos.

El primero de dichos casos se presentó en el año 2018 cuando la Comisión Federal de Comercio emitió una denuncia administrativa (*complaint*) en contra de una concentración que se realizaría entre vendedores de software que, a decir de la Comisión, violaba las leyes de competencia. De conformidad con la denuncia presentada, la concentración se llevaría a cabo por medio de un contrato de compraventa de acciones por el cual *CDK Global, Inc.* adquiriría el cien por ciento de *Auto/Mate, Inc.*²⁴²

Ambas partes de la operación son proveedores de sistemas de gestión de concesionarios automotrices para la franquicia de éstos (mercado relevante). En particular este software se utiliza por los proveedores para administrar casi todos los aspectos de sus negocios, incluyendo la contabilidad, la nómina, el inventario de partes vehiculares y vehículos, horarios de servicio de reparación y financiamiento de vehículos.²⁴³ La Comisión consideró que en EUA hay dos grandes proveedores de software en este mercado, de los cuales uno de ellos es *CDK Global*, dichos proveedores tienen modelos de negocios similares. Por su

242 Cfr. Denuncia administrativa, *Federal Trade Commission v CDK Global, Inc., Auto/Mate, Inc.*, p. 1. https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/docket_no_9382_cdk_automate_part_3_complaint_redacted_public_version_0.pdf, consultado el 21 de abril de 2020.

243 Cfr. *Ibidem*, p. 2.

parte, *Auto/Mate* era un competidor innovador y disruptivo que en los últimos años había expandido constantemente su base de clientes e ingresos por medio de una política de precios agresivos y adaptando sus productos para que se adecuaran a las preferencias de los distintos proveedores automotrices. Esto podría significar una importante competencia para los dos agentes más importantes del mercado.²⁴⁴

En el año 2016 *Auto/Mate* se puso a la venta, por lo que *CDK Global* buscaría comprarla; sobre esto la Comisión consideró que pudo tratarse de una estrategia a partir de la cual *CDK Global* eliminaría a un potencial y fuerte competidor, pues en caso de que fuese comprado por alguien más, existía la posibilidad de que *Auto/Mate* fuese financiada y se hiciera más fuerte en el mercado. Este plan por parte de *CDK Global* proporcionó un apoyo sustancial a la conclusión de la Comisión de que este agente económico buscaba reducir la competencia.²⁴⁵

En caso de que la adquisición se consumara, ésta podría eliminar la posible gran competencia que existiría entre *CDK Global* y *Auto/Mate* ya que si esta última continuaba con el crecimiento que tenía, existía la posibilidad de que ofreciera menores precios, gran innovación, términos de contratos más flexibles y un mejor servicio. Adicionalmente se consideró que *CDK Global* incrementaría su participación de mercado de tal forma que no pasaría el IHH.²⁴⁶

La Comisión también consideró que el mercado estaba altamente concentrado, y que la entrada de nuevos competidores al mercado no sería rápida, pues existen considerables barreras a la entrada incluyendo inversiones iniciales y prolongadas en el desarrollo del producto, en paralelo a las distintas certificaciones que se debían obtener.²⁴⁷ Debido a dichas condiciones del mercado, los proveedores de software encontraban grandes dificultades para cambiar de un proveedor de

244 Cfr. *Ídem*.

245 Cfr. *Ibidem*, p. 3.

246 Cfr. *Ídem*.

247 Cfr. *Ídem*.

software a otro, es decir, había grandes costos de cambio (*switching*), principalmente que tendrían que invertir gran tiempo de entrenamiento para aprender a usar el nuevo software, lo que a su vez representa pérdidas en el negocio.²⁴⁸

La presunta ilegalidad de la concentración se remarcaba con el hecho de la participación de mercado que tendría *CDK Global* después de la concentración, pues rebasaba el IHH; sin embargo, también se indicó que las participaciones de mercado de *Auto/Mate* con las que se realizó el análisis no reflejaban de forma efectiva la trayectoria de crecimiento que esta empresa tenía ni reflejaban el gradual crecimiento que posiblemente seguiría teniendo.²⁴⁹

Si *CDK Global* consumaba la adquisición de *Auto/Mate* es probable que la primera tuviese los incentivos y la habilidad para incrementar los precios y disminuir la calidad de sus servicios, perjudicando al cliente. Además de que el resto de los competidores en el mercado, al ya no estar *Auto/Mate*, podrían relajar la competencia existente.²⁵⁰ Tanto las partes de la operación, como la propia Comisión, no lograron identificar ganancias en eficiencias derivadas de la concentración.²⁵¹ Debido a las razones mencionadas, la Comisión Federal de Comercio decidió proceder a la presentación de la denuncia administrativa contra la presunta concentración. Las partes finalmente decidieron abandonar la concentración, de tal forma que al no llevarla a cabo la denuncia perdía su objeto y la Comisión terminó por desecharla.

Como se observa del presente caso, el software que proporcionaban las partes de la operación era una plataforma que permitía realizar la administración del negocio de los proveedores automotriz recabando la información de estos, y al mismo tiempo permitiéndoles conectarse con los fabricantes; es decir era una plataforma

248 Cfr. *Ibidem*, p. 5.

249 Cfr. *Ibidem*, p. 7.

250 Cfr. *Ibidem*, p. 11.

251 Cfr. *Ibidem*, p. 12.

de dos lados. En el presente caso la Comisión revisó diversas cuestiones que suelen presentarse al tratarse de plataformas digitales, tales como la innovación disruptiva, el rápido crecimiento del agente, los costos de cambio, las ganancias en eficiencias, entre otros.

El segundo caso trata sobre una concentración que estudió la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de EUA. En septiembre de 2018 *WeddingWire* y *XO Group* (ésta última propietaria de *The Knot*) anunciaron sus planes para concentrarse. El Departamento de Justicia se percató que ambos agentes económicos (*WeddingWire* y *The Knot*) eran plataformas digitales que proporcionaban servicios de planeación de bodas de tal forma que de un lado de la plataforma se conectaban al mercado las parejas comprometidas que buscaban hacer su boda, mientras que del otro lado de la plataforma se conectaban los vendedores de servicios profesionales de bodas, tales como fotógrafos, floristas, pasteleros, lugares para eventos, entre otros.²⁵²

El Departamento de Justicia se percató de que ambas plataformas digitales ofrecían precios cero a las parejas comprometidas, pues les ofrecían de manera “gratuita” servicios como consejos para sus bodas, herramientas y trucos que les podrían ser de utilidad; sin embargo al otro lado, las plataformas proporcionaban a los distintos vendedores oportunidades de negocio, esto por una cuota que los vendedores debían pagar a la plataforma.²⁵³

Entre las similitudes que se encontraron de ambas plataformas es que estas ofrecían servicios de publicidad y servicios de búsqueda para vendedores; de las diferencias entre dichas plataformas se encontró que *The Knot* publicaba una revista, mientras que *WeddingWire* no lo hacía, adicionalmente *The Knot* ofrecía otros servicios no relacionados con planeación de bodas, como servicios para

252 Cfr. Sher, Scott, et. al., “United States: Digital Platforms”, *American Antitrust Review 2020*, Reino Unido, Global Competition Review, 2019, p. 71. <https://www.wsgr.com/publications/PDFSearch/GCR-antitrust-2020.pdf>, consultado el 22 de abril de 2020.

253 Cfr. *Idem*.

personas que recientemente habían tenido hijos, así como servicios para parejas recién casadas consistentes en directorios con vendedores de entretenimiento; por su parte *WeddingWire* solamente se enfocaba en los servicios relativos a la boda. No obstante, el Departamento de Justicia consideró que *WeddingWire* y *The Knot* parecían competidores cercanos debido a las similitudes en los servicios ofrecidos en sus plataformas digitales.²⁵⁴

Del presente caso se dedujo que era poco probable que la concentración causara un daño del lado de los consumidores ya que ambas plataformas digitales les ofrecían sus servicios con precios cero; adicionalmente se consideró que era poco probable que la concentración derivara en un aumento en los precios cobrados a los vendedores. También se consideró que los vendedores de los servicios de boda podrían optar por una gran variedad de alternativas para llegar a las parejas que desean casarse, por lo que el mercado tenía varios competidores; de tal forma que la firma resultante de la concentración no sería capaz de incrementar los precios después de la operación. Del lado de los consumidores se determinó que existía una gran variedad de alternativas a partir de las cuales serían capaces de identificar los mismos servicios que se proporcionan en las plataformas, como floristas, fotógrafos, etcétera.²⁵⁵

Finalmente, el Departamento de Justicia decidió no oponerse a la concentración toda vez que la misma era poco probable que causara un daño a la competencia. En esta concentración entre plataformas digitales se puede observar que eran plataformas de dos lados, que ellas aplicaban precios cero a un lado de la plataforma y en el otro lado aplicaban un precio monetario que, a diferencia de otros mercados digitales, en éste se consideró que existían múltiples alternativas tanto para los oferentes como para los consumidores, lo que a su vez implica la existencia de pocas barreras para entrar a este mercado.

254 Cfr. *Idem*.

255 Cfr. *Ibidem*, p. 72.

A continuación se observarán algunos casos en materia de competencia económica estudiados por la Comisión Europea o por las autoridades correspondientes en dicha jurisdicción; al igual que los casos del presente apartado, dichos casos se realizaron entre plataformas digitales o incidieron en mercados digitales.

4.1.2 Experiencia en la Unión Europea

Algunos casos estudiados y sancionados por la UE o algún país europeo a continuación;

El primero de ellos se refiere al caso de ventas de pósters en línea (*Online sales of posters and frames, Case 50223*) el cual fue investigado y resuelto por la autoridad de competencia del Reino Unido (*Competition and Markets Authority*). Este caso trata sobre un cártel creado entre *Trod Limited* y *GB eye Limited* quienes competían en la venta de pósters a través de una plataforma digital en el Reino Unido.

La plataforma era el *marketplace* de *Amazon UK*; conforme a la investigación de la autoridad, se determinó que *Amazon* participaba como intermediaria y a su vez también vendía pósters a través de su plataforma (por lo que competía con las empresas mencionadas), sin embargo, la autoridad señaló que *Amazon* no formó parte del acuerdo.²⁵⁶

A través de evidencia consistente en correos electrónicos entre las empresas involucradas, la autoridad determinó la existencia de un acuerdo entre las partes para terminar con la estrategia de precios agresiva que usaba *GB eye Limited*²⁵⁷. Lo que se buscaba era observar los precios de cada producto de las partes, con el fin de detectar aquellos que podían afectar a la otra parte, de tal forma que ambas

256 Cfr. *Online sales of posters and frames – Case 50223... cit.*, p. 11.

257 Cfr. *Ibidem*, p. 22

manejaran precios similares. Después de un mes en el que se intentó aplicar el acuerdo de forma manual, las partes comenzaron a usar software de reajuste de precios automático, cada parte uso un software distinto.²⁵⁸

El software de *GB eye Limited* era un algoritmo configurado para asegurar que si *Trod Limited* ponía un determinado precio a un producto, y no había otro competidor en *Amazon UK* con un precio más bajo, *GB eye Limited* también pondría el mismo precio a sus productos que *Trod Limited*. Al respecto el algoritmo detectaba los precios de los competidores y los de *Trod Limited*, y en caso de que los precios de este último fuesen los más bajos, el propio algoritmo cambiaba e igualaba los precios de *GB eye Limited*.²⁵⁹

Por su parte, el software de *Trod Limited* trabajaba usando una función para ignorar a *GB eye Limited*, de tal forma que solo detectaba los precios del resto de los competidores, haciendo que sus precios solo se modifiquen cuando detectaba a los precios de los competidores, dando una ventaja a *GB eye Limited* para que éste último reajustara sus precios.²⁶⁰

La autoridad de competencia concluyó que el acuerdo sirvió para crear un cártel entre competidores en una plataforma digital, que fue implementado por el uso de softwares (algoritmos) que trabajaban de forma automática, y que cambiaban los precios cuando no había otro competidor con precios más bajos²⁶¹. Los acuerdos para fijar precios por su naturaleza se consideran restrictivos para la competencia, y un acuerdo por medio del cual no se rebajan precios entre competidores, es considerado como fijación de precios. Si bien la autoridad reconoció que está permitido el uso de softwares para competir con otros vendedores en línea, reajustando automáticamente los precios de sus productos en respuesta a los precios del resto de competidores, en el presente caso los softwares fueron

258 Cfr. *Ibidem*, p. 25

259 Cfr. *Inidem*, p. 30

260 Cfr. *Ibidem*, p. 31

261 Cfr. *Ibidem*, p. 58

configurados por las partes para restringir una competencia de precios entre ellas, llevando a cabo un acuerdo que afecta la competencia.²⁶²

Finalmente la autoridad sancionó con la multa correspondiente a *Trod Limited*, mientras que a *GB eye Limited* no se le aplicó multa tras acogerse al programa de inmunidad de dicha jurisdicción.

Como segundo ejemplo se retoma el Caso "*Eturas*" UAB y otros contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, Asunto C-74/14. Al respecto, en 2010 la autoridad de competencia de Lituania inició una investigación para determinar si distintas agencias de viaje coordinaban entre sí los descuentos aplicables a viajes vendidos a través de una plataforma conocida como "*E-turas*"²⁶³, dicha plataforma era propiedad de *Eturas*, la cual es usada como un sistema común de reservas en línea; es decir, las agencias de viaje ponen a la venta viajes a través de su sitio de internet.

El administrador de la página *E-turas* envió un mensaje individual a cada una de las agencias de viaje que usaban los servicios de la plataforma para solicitar su opinión sobre una reducción del porcentaje de descuento que aplican las agencias a las ventas de viaje por internet, de tal forma que se buscaba reducir el porcentaje de descuento del 4% a un porcentaje que oscilara entre el 1% y el 3%.²⁶⁴ Después de que se enviara el mensaje, en ocho páginas de distintas agencias de viajes aparecían mensajes y globos publicitarios ofreciendo un descuento del 3%. La autoridad de competencia determinó que al menos treinta agencias de viajes, junto con *Eturas*, realizaron una práctica contraria a la competencia respecto a los descuentos concedidos;²⁶⁵ por lo que decidió sancionar al menos a veinte agencias de viajes por celebrar y participar en prácticas contrarias a la competencia.

262 Cfr. *Ibidem*, p. 70.

263 Cfr. Caso "*Eturas*" UAB y otros contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, Asunto C-74/14..., cit., parr., 8.

264 *Ibidem*, parr., 9.

265 *Ibidem*, parr., 11.

A pesar de que la autoridad de competencia de dicha jurisdicción aplicó las sanciones correspondientes, las partes no estuvieron de acuerdo con la resolución por lo que acudieron al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, argumentando que las agencias no participaron en dicho acuerdo para modificar descuentos y con ello fijar precios, sino que fue un acto unilateral de *E-turas*. Sobre esto el Tribunal estimó que las agencias de viaje no expresaron inconformidad u objeciones contra el mensaje enviado por el administrador de *E-turas*, por lo que se habían informado mutuamente sobre el porcentaje de descuento que iban a aplicar y habían “expresado así indirectamente, mediante una aprobación implícita o tácita, una voluntad común en cuanto a su comportamiento en el mercado de referencia”²⁶⁶, por ello este comportamiento se estudió como una práctica anticompetitiva, aun cuando *Eturas* no competía con las agencias de viajes, sino más bien facilitó dicha práctica como un tercero.

Finalmente el Tribunal determinó que después de que el administrador enviara el mensaje y se hiciera del conocimiento de las agencias los descuentos que se aplicarían, sin que estas se distanciaran públicamente de dicha práctica o no lo denunciaran ante las autoridades correspondientes, entonces éstas participaban en una práctica anticompetitiva.²⁶⁷

Como se observa de los dos casos anteriores, ambos se tratan de cárteles que de alguna manera fijan precios. En el primer caso ambos agentes participaban en la misma plataforma digital y usaban distintos softwares que les permitían modificar sus precios sin considerar los de la competencia; en el segundo caso, la plataforma se convierte en el agente facilitador del cártel entre las agencias de viajes, las cuales crean un cártel de forma tácita. En el primer caso la plataforma servía de intermediaria y competía con las partes responsables, pero no formó parte del acuerdo; en el segundo caso la plataforma no competía con las agencias

266 *Ibidem*, parr., 15.

267 *Ibidem*, parr., 51.

de viajes, pero ayudó a crear el cártel, como sucede en un escenario *hub-and-spoke*.

En los casos anteriores las prácticas sancionadas son similares a las PMA; a continuación se observará un caso en el que la práctica sancionada es similar a una PMR.

Este tercer ejemplo consiste en el *Asunto COMP/C-3/39.530 — Microsoft (ventas atadas)*. En diciembre de 2007 la Comisión Europea inició una investigación por abuso de posición dominante por medio de ventas atadas de distintos productos a la venta del sistema operativo dominante de *Microsoft* y además investigó la posible falta de interoperabilidad de los sistemas de *Microsoft*. En particular se investigó que la venta atada consistía principalmente en que *Microsoft* vendía *Internet Explorer* junto a su sistema operativo dominante *Windows*, lo cual dañaba la competencia entre los navegadores de internet, además se investigó que *Microsoft* se negó a proporcionar información sobre la interoperabilidad de diversos productos suyos.²⁶⁸

La Comisión Europea determinó que la venta atada se realizaba desde 1996 y que esta podía impedir la competencia en igualdad de condiciones entre navegadores. Al respecto, se consideró que *Microsoft* tenía una participación de mercado del 90% a nivel mundial en el mercado de sistema operativo de PC para clientes.²⁶⁹ También se consideró que la naturaleza de barreras a la entrada en dicho mercado reforzaba la posición dominante de *Microsoft* en el mismo. La principal barrera resultaba de los efectos de red en el mercado; en este sentido, los efectos de red implicaban que en cuanto más popular sea un sistema operativo, más aplicaciones serán creadas para dicho sistema, y en cuanto más aplicaciones existan para ese sistema, el sistema será más popular entre los usuarios finales.²⁷⁰

268 Cfr. *Asunto COMP/C-3/39.530 — Microsoft (ventas atadas)*..., cit., p. 7.

269 Cfr. *Ibidem*, p. 5.

270 Cfr. *Ibidem*, p. 7.

En particular, la Comisión Europea consideró que *Internet Explorer* y *Windows* eran productos separados, que *Microsoft* tenía posición dominante, que los fabricantes y usuarios finales no podrían obtener *Windows* sin *Internet Explorer*, y que la venta atada era susceptible de excluir la competencia entre los navegadores de internet. Debido a la venta atada de *Internet Explorer*, además de reforzar la posición dominante de *Microsoft*, creaba incentivos artificiales para que los desarrolladores web y diseñadores de software optimizaran sus productos principalmente para *Internet Explorer*.²⁷¹ Por lo tanto, la venta atada tendría como consecuencia el reforzar la posición dominante de *Microsoft* y reforzar las barreras a la entrada dados los efectos de red.

En octubre de 2009 *Microsoft* propuso a la Comisión Europea ciertos compromisos para reparar el daño que había ocasionado la práctica anticompetitiva. Dichos compromisos consisten en que *Microsoft* facilitaría una pantalla emergente con opciones para los usuarios de *Windows XP*, *Windows Vista* y *Windows 7*, para que pudieran escoger cuál navegador de internet deseaban instalar en adición o en lugar de *Internet Explorer*.²⁷² Además, en futuras versiones de *Windows*, los fabricantes de PC serían capaces de instalar navegadores de internet y establecerlos como predeterminados y desinstalar *Internet Explorer*.²⁷³ Finalmente, *Microsoft* se comprometió a mejorar la interoperabilidad entre sus productos y los productos de terceros.

Después de que la Comisión Europea estudiara los compromisos propuestos por *Microsoft*, determinó aceptarlos y que estos se realizarían por cinco años a partir de la fecha de la resolución, pudiendo sancionar a *Microsoft*, en caso de incumplirlos, aplicando una multa equivalente hasta por el diez por ciento de sus ingresos. Aceptados los compromisos propuestos, la Comisión Europea puso fin al procedimiento.

271 Cfr. *Ibidem*, p. 9.

272 Cfr. *Ibidem*, p. 14.

273 Cfr. *Ídem*.

Sobre este caso, si bien *Microsoft* no es una plataforma digital, el caso plantea de forma exacta lo que pudiese ocurrir con plataformas digitales, es decir, qué sucedería cuando las plataformas digitales aprovechen los efectos de red como barrera a la entrada e impedir el acceso de nuevos competidores, además de reforzar la posición dominante (o en México el poder sustancial) que ya tengan. También se puede imaginar un escenario en donde se vendan plataformas digitales previamente instaladas en dispositivos; por ejemplo, se tendrá que estudiar qué sucedería si teléfonos celulares venden de forma precargada tiendas de compras de aplicaciones o determinadas redes sociales (ej. que un teléfono incluya de forma predeterminada *Facebook*, *Instagram* y *AppStore* y no otras plataformas competidoras de estas).

A continuación se exponen un par de casos sobre concentraciones que inciden en el mercado digital y las características de estas.

El cuarto ejemplo del presente apartado consiste en el Caso No. COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, el cual se trata de una concentración. En agosto de 2014 la Comisión Europea recibió la notificación de concentración por medio de la cual *Facebook* adquiriría *WhatsApp* a través de una compraventa de acciones.²⁷⁴ De la investigación realizada por la Comisión Europea, se determinó que las partes participaban en tres mercados relevantes distintos, en los cuales no necesariamente ambas empresas se encontraban activos, a saber:

Servicios de comunicación al consumidor: Son soluciones de comunicaciones multimedia que permiten a la gente conectarse con sus amigos, familiares u otros contactos en tiempo real. Estos pueden ser ofrecidos como una sola aplicación o como una función extra de alguna plataforma de red social.²⁷⁵ *Facebook* se encuentra activo en este mercado por medio de *Facebook Messenger*, de igual

274 Cfr. Case M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, p. 1.
https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf, consultado el 20 de abril de 2020.

275 *Ibidem*, p. 3.

forma *WhatsApp* se encuentra activo en este mercado a través de la plataforma del mismo nombre.

Servicios de redes sociales. Generalmente son descritos como servicios que permiten a los usuarios conectarse, compartir, comunicar y expresarse a sí mismos en línea o a través de una aplicación móvil.²⁷⁶ *Facebook* se encuentra activo en este mercado, por el contrario *WhatsApp* no está activo, por lo que no hay traslapes.

Servicios de publicidad en línea. Conforme lo determinó la propia Comisión Europea en asuntos previos, dichos servicios se dividen en servicios de publicidad no relacionados con la búsqueda realizada en línea y servicios relacionados con la búsqueda realizada en línea.²⁷⁷ *Facebook* se encuentra activo en este mercado mientras que *WhatsApp* no participa en él.

Después de determinar los distintos mercados relevantes en los que las partes de la concentración se encuentran activos, la Comisión Europea realizó el análisis competitivo en cada uno de dichos mercados, aun cuando no necesariamente existiera un traslape. En este sentido, se inició con el análisis del mercado de servicios de comunicaciones a consumidores, respecto al cual se señaló que ambas partes de la operación se encontraban activas en él.

Se indicó que existe un variado número de competidores en el mercado, por lo que los consumidores tienen una amplia gama de opciones, además de que muchos de los consumidores usan más de una aplicación de comunicación, simultáneamente, es decir, que existe un *multi-homing* en este mercado, lo que implica que las aplicaciones de comunicación buscan competir mejorando la experiencia de comunicación que ofrecen al cliente.²⁷⁸

276 *Ibidem*, p. 9.

277 *Ibidem*, p. 12.

278 *Ibidem*, p. 15.

Con el estudio que la Comisión realizó, se determinó que las partes tienen aproximadamente un 30% de participación de mercado de forma combinada (es decir, una tercera parte del mercado). Sin embargo, la Comisión notó que este mercado se caracteriza por ser un sector reciente y de rápido crecimiento, en el que la entrada de competidores es frecuente y los ciclos de innovación se mantienen constantes, por lo que las grandes participaciones de mercado pueden presentar altas variaciones. Por lo anterior, la Comisión consideró que las altas participaciones de mercado no necesariamente indican el poder de mercado de las partes y por lo tanto el daño a la competencia. Para analizar el impacto de la operación en los clientes, la Comisión tomó en cuenta diversos aspectos.²⁷⁹ Entre los aspectos que la Comisión Europea estudió se encuentran:

i) La cercanía de la competencia: Sobre este punto se consideró que los servicios ofrecidos por las partes a través de sus plataformas de comunicación se diferenciaban por las identificaciones que se solicitan al acceder a ellas, la fuente de los contactos, la experiencia del usuario, la política de privacidad y la intensidad con la que cada aplicación es usada.²⁸⁰

En este sentido, *WhatsApp* ofrece un servicio similar a las aplicaciones de comunicación de clientes que usan números telefónicos o direcciones de correo electrónico para permitir a los usuarios acceder al servicio, sin que requiera de los usuarios alguna clase de afiliación a alguna red social. Por el contrario, *Facebook Messenger* solicita a los clientes que deseen acceder a dicha aplicación de comunicación que estén registrados en su red social. Debido a estos razonamientos, la Comisión consideró que las partes no eran competidores cercanos.²⁸¹

ii) La habilidad de los clientes para cambiar de proveedor (switching): Sobre este punto se señaló que después de la operación permanecerían un gran número de

279 *Ibidem*, p. 18.

280 *Ibidem*, p. 19.

281 *Idem*.

proveedores alternos a los cuales podrían acudir los clientes. Adicionalmente se consideró que los costos de los clientes para realizar el cambio son bajos, pues las aplicaciones suelen ser gratis, de fácil descarga, los usuarios pueden pasar de una a otra en un instante, las interfaces de las aplicaciones son fáciles por lo que el usuario podrá aprender a usarla fácilmente y la información sobre nuevas aplicaciones es fácilmente accesible.²⁸² Por lo tanto, la Comisión consideró que (además de los efectos de red) no hay barreras que impidan a los usuarios cambiar de una aplicación a otra distinta.

iii) Las barreras generales a la entrada: La Comisión Europea consideró que este mercado se caracteriza por la innovación disruptiva, lo que implica la entrada de nuevos competidores. De igual forma, la Comisión indicó que no hay barreras que impidan a los competidores entrar al mercado ya que este es dinámico y de rápido crecimiento, además de que no hay patentes, *know-how* o conocimiento que pueda constituir una barrera.²⁸³ Por ello la Comisión consideró que no hay barreras sustanciales que impidan el acceso a nuevos competidores.

iv) Los efectos de red. La Comisión observó que para los participantes del mercado es importante el número de usuarios que participan en su aplicación de tal forma que puedan seguir compitiendo. Observó que ambas partes de la operación tenían amplias redes de usuarios. Al respecto los efectos de red podrían levantar sospechas sobre la operación si permitían a la entidad resultante de la concentración el excluir a los competidores y hacer más difícil para ellos que expandan su base de usuarios.²⁸⁴

La Comisión también consideró que existen diversos factores que podrían mitigar el rol de dichos efectos que impedirían la entrada de competidores o la expansión de las partes. Entre dichos factores se encuentran el rápido crecimiento del mercado en el que las barreras y los costos de cambios son bajos; que el uso de

282 *Ibidem*, p. 20.

283 *Ibidem*, pp. 21 – 23.

284 *Ibidem*, p. 24.

una aplicación por el usuario no excluía que pudiese usar otra aplicación de un competidor distinto y que las partes de la operación no controlaban partes esenciales de la red o de los sistemas operativos móviles. Por lo anterior la Comisión determinó que aun cuando existían efectos de red en el mercado, era poco probable que los mismos impidieran la entrada de nuevos competidores o reforzaran la posición de mercado de las partes.²⁸⁵

Después de analizar los aspectos mencionados, la Comisión Europea resolvió que la concentración no levantaba sospechas en dicho mercado.

Posteriormente la Comisión procedió con el análisis del segundo mercado relevante, los servicios de redes sociales. Al respecto consideró que *WhatsApp* no tenía planes de convertirse en una red social que pudiese competir con *Facebook*, además de que en dicho mercado hay un gran número de compañías que incluyen redes sociales en sus servicios. La Comisión estableció en su análisis la posible integración de *WhatsApp* a *Facebook*, es decir, que la primera comenzara a tener funciones similares como las de una red social; sin embargo señaló que existen dificultades técnicas para que fuera posible dicha integración, además de los costos de cambio que implicarían que los usuarios de *WhatsApp* creen perfiles en la red social. Por lo anterior la Comisión determinó que la concentración en cuestión no levantaba sospechas en dicho mercado.²⁸⁶

Finalmente, la Comisión Europea procedió al análisis del mercado de servicios de publicidad en línea. A pesar de que *WhatsApp* no se encontraba activo en dicho mercado, ni recababa la información de sus usuarios que pudiera usarse en este mercado, la Comisión analizó si existía la posibilidad de que la concentración fortaleciera la posición de *Facebook* en el mercado en cuestión.

285 *Ibidem*, pp. 24 – 25.

286 *Ibidem*, pp. 26 – 29.

Sobre esta posible teoría del daño la Comisión concluyó que si se buscaba introducir publicidad dentro de la plataforma *WhatsApp*, probablemente ésta terminaría perdiendo una gran cantidad de usuarios, pues los usuarios se sentirían poco satisfechos al sentir que la publicidad rompe con su experiencia, haciendo que se cambien a otras plataformas similares, de igual forma, al introducir publicidad los usuarios podrían sentir insatisfacción ya que la publicidad podría afectar la seguridad sobre la información de los mismos.²⁸⁷

En forma paralela la Comisión observó que *WhatsApp* podría recabar datos para pasarlo a *Facebook* de tal forma que éste último pueda ampliar su posición en el mercado de publicidad en línea al tener una mayor visión sobre los gustos, preferencias, tendencias, etcétera de los usuarios; a pesar de éste escenario, se consideró que en el mercado actual existe un número significativo de participantes que recolectan datos, aunado al papel de *Facebook* en dicho mercado y que en forma paralela el número de usuarios en internet respecto al cual se pueden recabar datos con fines publicitarios es tan amplio que no está bajo el control exclusivo de *Facebook*.²⁸⁸ La Comisión resolvió que la concentración en cuestión no levantaba sospechas en dicho mercado.

Después del análisis de todos los mercados relevantes concernientes a esta concentración, la Comisión Europea decidió no oponerse a la misma y declararla compatible con los mercados estudiados dentro del ámbito europeo.

Como se observó en esta concentración, las partes eran plataformas digitales que no necesariamente se involucraban en los mismos mercados ni tenían las mismas funciones. De cualquier forma, la Comisión decidió hacer un estudio sobre el mercado en el que había un traslape, así como los efectos que la concentración causaría en los mercados en donde las partes están activas sin que compitan

287 *Ibidem*, p. 31.

288 *Ibidem*, p. 34.

entre sí, de tal forma que se analizaron los efectos de red, los costos de cambio, el *multi-homing*, entre otros.

El último ejemplo consiste en el Caso *M.8124 – Microsoft/LinkedIn*, el cual se trata de una concentración que a diferencia de la anterior, presenta ciertas características que requirieron de un análisis mayor por parte de la Comisión Europea. En octubre de 2016 la Comisión Europea recibió la notificación de concentración por medio de la cual *Microsoft* adquiriría *LinkedIn* a través de una compraventa de acciones.²⁸⁹ Como resultado de la operación, *Microsoft* adquiriría el control total sobre *LinkedIn*. De la investigación realizada por la Comisión Europea, se determinó que las partes participaban en ocho mercados relevantes distintos, en los cuales no necesariamente ambas empresas se encontraban activos, a saber:

PC OSs. Se refiere a los productos de sistema de *software* que controlan las funciones básicas de los aparatos de computación y que permiten al usuario usar el dispositivo y correr aplicaciones de *software* en él. *Microsoft* se encuentra activo en este mercado, pero *LinkedIn* no participa en él, por lo que no hay traslapes.²⁹⁰

Software de productividad. Consiste en aplicaciones que permiten al usuario crear documentos, bases de datos, gráficos, hojas de trabajo, presentaciones, así como otras estructuras de datos usadas para intercambiar información. *Microsoft* se encuentra activo en este mercado, pero *LinkedIn* no participa en él, por lo que no hay traslapes.²⁹¹

Software para solucionar la administración de relaciones con cliente (Customer relationship management software solutions) (“CRM software”). Consiste en un software que ayuda a las empresas a administrar su interacción con los

289 Cfr. Case *M.8124* – *Microsoft/LinkedIn*, p. 1. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf, consultado el 19 de abril de 2020.

290 *Ibidem*, p. 2.

291 *Ibidem*, p. 4.

consumidores, organizando, automatizando y sincronizando información de distintas fuentes como ventas, *marketing*, servicio al cliente, funciones técnicas, etcétera. *Microsoft* se encuentra activo en este mercado, pero *LinkedIn* no participa en él, por lo que no hay traslapes.²⁹²

Soluciones inteligentes de ventas (Sales intelligence solutions). Es un producto para proporcionar a profesionales de ventas distinta información de contacto sobre individuos y empresas. *LinkedIn* se encuentra activo en este mercado, pero *Microsoft* no participa en él, por lo que no hay traslapes.²⁹³

Servicios de comunicación en línea. Son soluciones de comunicaciones multimedia que permiten a la gente comunicarse por medio de una aplicación o *software* en tiempo real. *Microsoft* se encuentra activo en este mercado, pero *LinkedIn* no participa en él, por lo que no hay traslapes.²⁹⁴

Servicios de redes sociales profesionales (Professional social networking services). Los servicios de redes sociales (en general) son servicios que se describen como plataformas de múltiples lados que permiten a los usuarios conectar, compartir, descubrir y comunicarse con otros a través de múltiples dispositivos y medios. Los servicios de redes sociales son usados para construir relaciones sociales entre personas que comparten intereses similares, actividades, antecedentes o conexiones en la vida real. Un subsegmento de los servicios de redes sociales se enfoca en conectar con contactos profesionales, por lo que se refiere como servicios de redes sociales profesionales. *LinkedIn* se encuentra activo en este mercado; por otro lado, *Microsoft* no ofrece servicios de redes sociales profesionales, pero opera una red social empresarial. Ésta última es una plataforma de *software* social que facilita la comunicación y colaboración entre empleados dentro de la misma organización.²⁹⁵

292 *Ibidem*, p. 5.

293 *Ibidem*, p. 12.

294 *Ibidem*, p. 13.

295 *Ibidem*, p. 17.

Con base en lo investigado por la Comisión Europea, se determinó que las redes sociales profesionales constituyen un mercado de producto separado dentro de las redes sociales, dado que presentan diferentes funcionalidades, características y usos. En particular, los usuarios se apoyan en las redes sociales profesionales para diferentes usos, contenido, metas y conexiones, en contraste a las redes sociales personales.²⁹⁶ Finalmente la Comisión resolvió que las redes sociales empresariales no formaban parte del mismo mercado del producto relevante como las redes sociales y las redes sociales profesionales, por lo que no hay traslape.²⁹⁷

Servicios de reclutamiento en línea. Son servicios que permiten a individuos que están buscando un empleo o que podrían considerar alguna oportunidad laboral, para contactar con reclutadores que buscan llenar vacantes. *LinkedIn* se encuentra activo en este mercado, pero *Microsoft* no participa en él, por lo que no hay traslapes.²⁹⁸

Servicios publicitarios en línea. Consisten en servicios de publicidad en línea. Estos servicios se dividen en servicios de publicidad no relacionados con la búsqueda realizada en línea y servicios relacionados con la búsqueda realizada en línea. *Microsoft* se encuentra activo en ambas divisiones, mientras que *LinkedIn* solo ofrece servicios de publicidad en línea no relacionados con la búsqueda.²⁹⁹

Como se observa, de los ocho distintos mercados identificados por la autoridad, solo en uno de ellos hay traslapes, por lo que las partes no compiten en el resto de ellos. Debido a lo anterior, la Comisión Europea procedió a realizar el análisis de efectos horizontales junto con un análisis de efectos no horizontales.

Respecto al análisis sobre los efectos horizontales, éste se realiza cuando existen traslapes en la concentración, es decir, cuando las partes compiten en el mismo

296 *Ibidem*, p. 23.

297 *Ibidem*, p. 24.

298 *Ibidem*, p. 25.

299 *Ibidem*, p. 30.

mercado. En el presente caso solo hay traslapes en el mercado de servicios publicitarios en línea, al respecto la Comisión Europea determinó que las participaciones de mercado eran bajas, por lo que no habría problemas después de la concentración. Adicionalmente consideró que no habría problemas relacionados a una posible combinación de la información de ambas partes después de la operación, pues tanto *Microsoft* como *LinkedIn* están sujetos a normas nacionales relevantes de protección de datos, por lo que no podría ocasionar un daño a dicho mercado, ni crear barreras a la entrada con la información conjunta de las partes.³⁰⁰

Para analizar los efectos que la concentración tendrá en el resto de los mercados en los que las partes están activas, pero no compiten entre sí, la Comisión realizó un análisis sobre los posibles efectos no horizontales en cada uno de ellos. En este sentido, el análisis de los efectos no horizontales implica analizar en cada uno de los mercados los efectos no coordinados verticales y conglomerados que existen, además de considerar la exclusión (*foreclosure*) que podría existir respecto a competidores existentes y futuros competidores en un mercado.

Los efectos no coordinados significan impedir la competencia efectiva como resultado de una concentración vertical si dicha concentración da pie a la exclusión. La exclusión (conocida mejor como *foreclosure*) ocurre cuando el acceso potencial o actual de los competidores a insumos o mercados es obstaculizado o eliminado como resultado de la concentración, derivando en la reducción de la habilidad de las compañías o incentivos para competir.³⁰¹

Para analizar un escenario anticompetitivo por exclusión, la Comisión Europea examina si la entidad que resulte de la concentración tendrá, después de ésta, la habilidad para excluir sustancialmente el acceso a insumos o clientes, si tendrá los

300 *Ibidem*, pp. 34 – 35.

301 *Ídem*.

incentivos para realizar la exclusión y si una estrategia de exclusión tendrá como efecto un detrimiento significativo en la competencia.³⁰²

Respecto a los efectos no coordinados conglomerados, a pesar de que en la mayoría de las circunstancias las concentraciones conglomeradas no causan problemas a la competencia; los efectos de exclusión pueden surgir cuando la combinación de productos en mercados relacionados confiere a la entidad resultante de la concentración, la habilidad/incentivos para apalancar o incrementar su posición de mercado de ese mercado a otro mercado cercano, esto por medio de ventas atadas o cualquier otra práctica excluyente.³⁰³

Por ejemplo, respecto al mercado de CMR software, la Comisión Europea determinó que existe cierta dificultad para que los clientes cambien de un software a otro (*switching*). Debido a que la organización de los datos de los clientes y su transferencia de un software a otro genera dificultades, han surgido ciertos problemas de interoperabilidad.³⁰⁴ Sin embargo, también se tomaron en cuenta las participaciones de mercado y se observó que *Microsoft* tenía una participación no alta además de que existían múltiples jugadores en el mercado. Respecto al mercado de soluciones inteligentes de ventas, la Comisión consideró que es un mercado altamente fragmentado, además de que la entrada al mismo es sencilla.

Sobre los efectos no coordinados conglomerados, la Comisión notó que las soluciones inteligentes de ventas podrían usarse como un complemento al CMR software, y en particular al CMR software de soluciones de ventas, así como aquellos ofrecidos por *Microsoft*. Por considerarse mercados cercanos uno del otro, ha surgido un problema, pues *Microsoft* podría atar las soluciones inteligentes de ventas de *LinkedIn* con su CMR software, de tal forma que los

302 *Ídem*.

303 *Ibidem*, p. 36.

304 *Ibidem*, p. 42.

clientes de otro CRM software no podrían tener acceso al software de soluciones inteligentes de ventas de *LinkedIn*.³⁰⁵

Finalmente la Comisión consideró que después de la concentración, no se tendría la habilidad para excluir CRM software de los competidores por: *i*) *LinkedIn* no tenía una fuerte posición en el mercado de soluciones inteligentes de ventas; *ii*) éste mercado está altamente fragmentado y *iii*) debido a que está muy fragmentado, los competidores podrán acudir a una variedad de opciones distintas a las de *Microsoft/LinkedIn*.³⁰⁶ Adicionalmente consideró que *Microsoft* no tendría incentivos después de la concentración para excluir a proveedores competidores del CRM software de soluciones.

Respecto a los efectos no coordinados verticales, la investigación arrojó que los competidores de CRM software consideraron que los datos adquiridos por *LinkedIn* podrían convertirse en un futuro cercano en un insumo esencial para proporcionar funciones avanzadas en CRM software a través de un algoritmo especial. Por lo que el principal problema radica en que después de la concentración, *Microsoft* podría restringir a sus competidores de CRM software, el acceso a dichos datos.³⁰⁷ Después de concluir la investigación la Comisión señaló que no hay evidencia para indicar que la información en poder de *LinkedIn* pueda convertirse en un insumo, así como no existen elementos para determinar que *Microsoft* tenga incentivos para restringir el acceso a dicha información.

Otro ejemplo en la misma concentración radica sobre los mercados de PC OSs, software de productividad y el mercado de servicios de redes sociales profesionales. Al respecto la Comisión consideró que la concentración podría presentar algunos efectos no coordinados conglomerados dada la cercanía de los mercados mencionados, a saber: *i*) la exclusión de proveedores para los servicios

305 *Ibidem*, p. 47

306 *Ibidem*, p. 48.

307 *Ibidem*, p. 50.

de redes sociales profesionales que compiten con *LinkedIn* o *ii) la exclusión de proveedores de ciertos productos de informática que compiten con Microsoft*.³⁰⁸

La investigación arrojó que las partes tenían altas participaciones de mercado en los mercados en los que están activas. Debido a esto la Comisión determinó que la combinación de los servicios de redes sociales profesionales de *LinkedIn* con el PC OS y los softwares de productividad de *Microsoft*, podría resultar en que la entidad que surja de la concentración incremente o apalanque su posición de mercado desde los mercados de PC OS y de softwares de productividad, hacia los mercados de servicios de redes sociales profesionales (en el que *LinkedIn* ya tiene una posición dominante), por lo que excluirían competidores en dicho mercado y dañarían la competencia.³⁰⁹

La exclusión antes mencionada podría suceder de dos distintas maneras: *i) desarrollando y preinstalando LinkedIn en las computadoras que usen Windows OS* y *ii) Integrando las características de LinkedIn dentro del software de productividad de Microsoft y negando a competidores que integren sus redes sociales profesionales*.³¹⁰ Después del análisis correspondiente, se señaló que las partes podrían tener los incentivos y la habilidad para excluir a los proveedores de redes sociales profesionales.

Si lo anterior sucede, era probable que la red de *LinkedIn* creciera tanto que sus competidores fueran incapaces de competir efectivamente contra *LinkedIn* y que hubiese una falta de habilidad o incentivos para que nuevos competidores entraran al mercado. Conforme a la información disponible, la Comisión resolvió que el crecimiento de *LinkedIn* y el impacto negativo en sus competidores, podrían incrementarse dado los efectos de red que caracterizan el mercado de servicios

308 *Ibidem*, p. 60.

309 *Ibidem*, p. 66.

310 *Ídem*.

de redes sociales profesionales.³¹¹ Entre mayor sea el número de usuarios de *LinkedIn*, más usuarios se unirán a dicha plataforma; en contraste, las plataformas que compitan con ella podrán verse menos atractivas para los usuarios debido al bajo número de usuarios que tiene. Como resultado, esto podría llegar a un punto en el que favorezca la posición dominante de *LinkedIn* y sea difícil superarla.

Incluso la Comisión consideró que en dicho caso era poco probable que el impacto de los efectos de red se viera suficientemente mitigado por el *multi-homing* o por la entrada de algún tercero competidor. Lo anterior toda vez que el *multi-homing* requiere que los usuarios actualicen sus perfiles y construyan e interactúen con nuevos contactos; y como esto requiere de cierto tiempo, se podría convertir en un desincentivo para hacer el *multi-homing* de una plataforma de red social profesional a otra.³¹² Adicionalmente, la tarea de alcanzar una base de usuarios tan grande que pueda competir con la de *LinkedIn* constituye por sí misma una alta o casi impenetrable barrera a la entrada.

Sobre los efectos no coordinados conglomerados que aparecen entre los mercados de PC OS, el software de productividad (de *Microsoft*) y el servicio de red social profesional (de *LinkedIn*), la Comisión concluyó que la concentración generaba serias dudas respecto al impacto negativo en la competencia efectiva en los mercados de redes sociales profesionales.

Un análisis similar de efectos conglomerados se hizo respecto a los servicios PC OS y software de productividad de *Microsoft* con relación a los servicios de reclutamiento en línea de *LinkedIn*. Sin embargo la Comisión Europea estableció que la operación no resultaría en la exclusión de proveedores de servicios de reclutamiento en línea toda vez que no había razones para considerar que la entidad resultante de la concentración tendría la habilidad de atar los servicios de

311 En este caso, los efectos de red implican que los profesionales se beneficiarán a sí mismos entre más profesionales se unan a la red y la usen activamente, esto a su vez se traduce en un alto número de contactos profesionales, en visitas a perfiles y en oportunidades de reclutamiento. *Ibidem*, p. 75.

312 *Idem*.

reclutamiento en línea de *LinkedIn*, con los productos de *Microsoft*, *Microsoft Office* y *Office 360*, además de considerar que se veían limitados los incentivos que podrían existir para hacerlo.³¹³

Sobre los mercados de software de productividad y servicios de comunicaciones en línea, la Comisión previó que en un futuro la entidad resultante de la concentración no tendría incentivos o la habilidad para aprovechar efectos conglomerados y de alguna forma excluir a los competidores, por lo que no encontró problema alguno.

Después de analizar cada uno de los ocho mercados en los que las partes se encuentran activos y los efectos (horizontales, no horizontales, verticales y conglomerados) que pudieran implicar la exclusión de competidores o simplemente una afectación a la competencia, la Comisión Europea concluyó que sólo había dudas sobre la exclusión que podría existir respecto a los competidores de redes sociales profesionales. Por ello, para eliminar dichas dudas, las partes presentaron en noviembre de 2016 ciertos compromisos que serían aplicables durante cinco años después de la concentración.³¹⁴

Los compromisos fueron dirigidos a atenuar las preocupaciones sobre la posible integración de las características de *LinkedIn* a *Office* y sobre la posible preinstalación de *LinkedIn* en computadoras con *Windows*. Entre dichos compromisos se encuentran³¹⁵:

- En caso de que *Microsoft* instale *LinkedIn* en sus equipos, permitirá que los proveedores de computadoras no instalen dicha aplicación en las computadoras que vendan.
- *Microsoft* otorgará la habilidad a los usuarios de remover *LinkedIn* de sus computadoras desde la barra de tareas en el menú de inicio.

313 *Ibidem*, p. 80.

314 *Ibidem*, pp. 87 – 88.

315 *Ibidem*, p. 89.

Después de estudiar la serie de compromisos que presentaron las partes, la Comisión consideró que estos eran suficientes para eliminar las dudas antes mencionadas, por lo que decidió no oponerse a la concentración y declararla compatible con los mercados relacionados, lo anterior condicionado a que las partes cumplan con los compromisos señalados.

Como se observó en esta concentración, la Comisión Europea realizó un denso análisis desde una perspectiva horizontal, así como vertical, de tal forma que estudiaron todos los efectos anticompetitivos que pudiesen surgir. En particular se observó que el principal efecto surgiría en la propia plataforma digital de *LinkedIn*, por lo que estudió sus efectos conglomerados, los efectos de red, el *multi-homing*, los costos de cambio, la interoperabilidad existente, entre otros.

Sobre el tema de concentraciones en mercados digitales dentro de la jurisdicción de la UE, se han realizado estudios de las distintas operaciones que se han presentado de tal forma que se observen cuáles son las características de los mercados y plataformas digitales que inciden en las distintas operaciones y la frecuencia de estas. En este sentido, Eleonora Ocello, funcionaria de la Dirección General para la Competencia en la Comisión Europea presentó un estudio en el que considera que las principales características de un mercado digital son: *i*) de naturaleza altamente cambiante, *ii*) de dos o más lados, *iii*) de precios cuya naturaleza no es monetaria, *iv*) efectos de red, *v*) *multi-homing* y *vi*) problemas de acumulación de datos.³¹⁶

Si bien difiero en cuanto a lo que la autora considera como el concepto de mercado digital³¹⁷, (pues en su definición cabe perfectamente el *e-commerce*, cuyas diferencias con las plataformas digitales se mencionaron en el Capítulo 2 de

316 Cfr. Ocello, Eleonora; Sjödin, Cristina, "Digital markets in EU merger control: key features and implications", *CPI Antitrust Chronicle*, 19 de febrero de 2018, <https://www.competitionpolicyinternational.com/digital-markets-in-eu-merger-control-key-features-and-implications/#>, consultado el 20 de abril de 2020.

317 Los mercados digitales se definen como aquellos mercados donde las compañías suministran productos y servicios intangibles a sus consumidores, a través del internet, i.e. online. *Ibidem*, p. 2.

la presente tesis y por lo que considero es un tema aparte al mercado digital) además de que considero que existen características adicionales de las plataformas y mercados digitales que no están siendo observadas (*i.e.* costos de cambio, interoperabilidad, entre otros); pienso también que el trabajo de la autora sirve para enfatizar y reconocer la frecuencia con la que se presentan dichas características en casos de concentraciones y de ahí su necesidad de estudiarlas con métodos y bajo una óptica diferente.

Al respecto la autora señala en un cuadro comparativo la frecuencia con la que se repiten dichos elementos en las concentraciones que hasta la fecha de su trabajo fueron analizadas por la Comisión Europea. Para efectos de claridad reproduzco a continuación el cuadro en cuestión, en el qué con un “Sí” se indica si el elemento apareció en la concentración³¹⁸:

Casos	Naturaleza cambiante	Dos o más lados	Precios no monetarios	Multi-homing	Efectos de red	Datos
M.4523 – Travelport / Worldspan		Sí		Sí	Sí	
M.4731 – Google / DoubleClick	Sí	Sí		Sí	Sí	Sí
M.5008 – Vivendi / Activision	Sí	Sí	Sí			
M.5727 – Microsoft / Yahoo! Search Business	Sí	Sí	Sí	Sí		Sí
M.6281 – Microsoft / Skype	Sí		Sí	Sí	Sí	
M.6314 – Telefónica UK / Vodafone UK / Everything Everywhere / JV	Sí	Sí				Sí
M.6967 – BNP Paribas Fortis / Belgacom / Belgian Mobile Wallet	Sí	Sí	Sí			
M.7023 – Publicis / Omnicom		Sí				Sí
M.7047 – Microsoft / Nokia			Sí			
M.7217 – Facebook / WhatsApp	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
M.7866 – Activision Blizzard / King			Sí			
M.8124 – Microsoft / LinkedIn	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
M.8180 – Verizon / Yahoo!			Sí			Sí
M.8251 – Bite / Tele2 / Telia Lietuva / JV	Sí	Sí				Sí

Como se observa de la tabla anterior, de las catorce concentraciones expuestas, en al menos cinco de ellas se presentan entre cuatro y seis elementos característicos de un mercado digital. Cualquiera de los elementos puede presentarse en una concentración dentro de un mercado digital sin importar la

318 *Ibidem*, pp. 2 – 3, (traducción propia).

jurisdicción, por ello pienso que es relevante observar el grado de repetición de estos, para lo cual el cuadro anterior cobra relevancia, con el fin de ser conscientes de la importancia que tienen las concentraciones en mercados digitales y optar por encontrar (y en su caso adoptar) los métodos más eficaces para su estudio.

4.2 Elementos adicionales en materia de competencia económica para la regulación de mercados digitales dentro del marco jurídico mexicano.

En los capítulos anteriores se ha explicado cuáles son los elementos que caracterizan a las plataformas y mercados digitales y cómo estos modifican la forma en la que las autoridades de competencia estudian las prácticas principales sancionadas por la LFCE (*i.e.* PMA, PMR y concentraciones). De igual forma, en los apartados anteriores de este capítulo se ha observado cómo autoridades de otras jurisdicciones han realizado el análisis correspondiente cuando hay agentes económicos que participan en mercados digitales. El propósito del actual apartado es describir en dónde está parada la materia de competencia económica y sus autoridades en México al tratarse de mercados digitales, para posteriormente señalar algunos métodos o parámetros (adoptados en otras jurisdicciones) que podrían ser tomados en cuenta por las autoridades en México, cuando se trate de analizar mercados digitales.

En este sentido, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico emitió el *Exámenes Inter-Pares de la OCDE sobre el Derecho y Política de Competencia, México 2020*, en el cual esta organización evaluó el desempeño de las autoridades de competencia en México (COFECE-IFT) y emitió más de cincuenta recomendaciones a las mismas. En particular el examen resaltó el grado de importancia y desarrollo que hoy en día tienen los mercados digitales, y reforzó la importancia del papel que tienen las autoridades mexicanas para evitar prácticas ilícitas en dichos mercados.³¹⁹

319 *Exámenes Inter-Pares de la OCDE sobre el Derecho y Política de Competencia, México 2020*, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico,

Después de la emisión de dichos exámenes, el 30 de marzo de 2020 la COFECE publicó un documento denominado *Estrategia Digital COFECE* en el cual se explican las tareas que esta autoridad ya ha realizado entorno a mercados digitales, así como también plantea algunos de los retos que presentan las plataformas digitales y distintas acciones que se llevarán a cabo por esta autoridad con la finalidad de garantizar la sana competencia en mercados digitales.

Sobre las acciones que ha llevado a cabo en mercados digitales, la COFECE destaca las opiniones para promover la competencia que ha emitido en mercados como el de empresas de redes de transporte en 2015 o el mercado Fintech en 2017, de los cuales ya se ha hablado en esta tesis.³²⁰ Respecto a las investigaciones, en septiembre de 2017 la AI inició una investigación por la probable realización de PMR en el mercado de servicios de plataformas de comercio electrónico en México y otros servicios relacionados la cual finalizó el 17 de febrero de 2020 después de que el Pleno de la COFECE concluyera que no hay evidencia suficiente para determinar la realización de una PMR (i.e. venta atada), por parte de la plataforma de comercio electrónico que era investigada (i.e. Mercado Libre)³²¹; al respecto la COFECE consideró que “las investigaciones en estos mercados implican el análisis de grandísimos volúmenes de información para identificar posibles patrones de conductas anticompetitivas”³²², es decir, que la información que existe (sobre usuarios de uno u otro lado de la plataforma) es tanta que se torna difícil identificar cuándo se realiza una práctica ilícita con el uso de la misma.

Sobre las concentraciones, la COFECE indicó que ha estudiado un total de seis concentraciones en distintos mercados en donde alguno de los agentes

<http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-mexico-2020.htm>, consultado el 24 de abril de 2020.

320 *Estrategia Digital COFECE*, México, Comisión Federal de Competencia Económica, 2020, p., 7. <https://www.cofece.mx/estrategia-digital-cofece/>, consultado el 24 de abril de 2020.

321 COFECE, *Reporte Mensual*, Mayo de 2020, *Cofece cierra investigación en el mercado digital*, <https://www.cofece.mx/reporte-mensual-mayo-2020/#nota1>, consultado el 09 de junio de 2020.

322 *Idem*.

participantes era una plataforma digital, de ellas cinco fueron autorizadas y una no autorizada. La primera de ellas fue autorizada a principios de 2017, las partes eran *Banamex, Inbursa – Pagos Móviles* (ésta última participaba con la plataforma digital *Transfer*), participaban en el mercado de pagos móviles, pero la Comisión determinó que la misma no tendría efectos contrarios a la competencia y libre concurrencia. La última de ellas fue autorizada en marzo de 2020, las partes eran *Kavak Holdings – General Atlantic KV*, siendo el primero de dichos agentes una *start-up* dedicada a la compraventa de autos usados a través de una plataforma digital; la Comisión determinó que la misma no tendría efectos contrarios a la competencia y libre concurrencia.³²³

Respecto a la concentración no autorizada por la COFECE, las partes eran *Walmart – Cornershop*, autorizada a mediados de 2019. En ella *Cornershop* era una plataforma que conectaba supermercados con clientes finales, la Comisión consideró que la concentración tenía potenciales riesgos a la competencia, pues “*Cornershop* podría rehusarse a proporcionar su servicio a los competidores de *Walmart*; así mismo, *Walmart* podría rehusarse a comercializar sus productos a través de otras plataformas competidoras de *Cornershop*”³²⁴.

Como se observa, empiezan a surgir opiniones, investigaciones y concentraciones en torno a mercados digitales que deben ser estudiados por la autoridad y que gradualmente se irán incrementando; si bien la COFECE cuenta con la capacidad técnica para solventar los procedimientos relacionados a mercados digitales que han ido surgiendo, también es cierto que busca adoptar nuevas medidas que logren mitigar los problemas que en un futuro puedan presentarse en mercados digitales. Estas medidas conforman la planeación estratégica de mediano plazo de la COFECE para atender retos particulares que surgen en el tiempo.³²⁵

323 *Ibidem*, pp. 8 – 9.

324 *Idem*.

325 *Ibidem*, p. 10.

Entre dichas medidas se encuentran: *i*) la elaboración de un documento con propuestas de política pública para que los mercados digitales beneficien más a los consumidores mexicanos³²⁶; *ii*) la realización de foros con expertos internacionales³²⁷; *iii*) el fortalecimiento de las capacidades y robustecimiento de la infraestructura tecnológica³²⁸; *iv*) el establecimiento de una Unidad de Competencia en Mercados Digitales³²⁹ y *v*) fortalecimiento de la cooperación internacional³³⁰.

En paralelo a las acciones que busca adoptar la COFECE como parte de su estrategia digital, considero que hay elementos o medidas que deben tomarse en cuenta cuando se trata del estudio de plataformas o mercados digitales. Estos elementos, métodos y medidas se han visto a lo largo de la presente tesis, por lo que a continuación se presentan de forma sintetizada. Si bien no todos los elementos que a continuación se listan aparecen en todos los casos, es altamente probable (pues así lo ha demostrado la experiencia en otras jurisdicciones) que algunos de ellos se presenten. **Dichos métodos y medidas son las siguientes:**

-
- 326 El documento abordará temas como el funcionamiento de los mercados digitales, sus ventajas y sus riesgos, el trabajo hecho en otros países para comprender y abordar la operación en mercados digitales, los efectos específicos de los mercados digitales en la economía mexicana y los desafíos en materia de competencia, de protección al consumidor y de protección de datos personales que deben resolverse para responder eficazmente al funcionamiento de los mercados digitales. *Ibidem*, 12.
- 327 Entre los objetivos de dichos foros se encuentran el aprender de casos de otros países, el avanzar la implementación de medidas que fortalezcan las capacidades de la COFECE y asegurar que a través del trabajo de la COFECE se acerquen más los beneficios de la economía digital a los consumidores mexicanos. *Ibidem*, 13
- 328 Sobre este punto, la COFECE desarrollará un plan de gestión para la explotación y el procesamiento de *big data*, así como para entender los alcances de la inteligencia artificial. *Idem*.
- 329 Al respecto, el pasado 3 de julio de 2020 se publicó en el DOF el acuerdo que modifica el Estatuto Orgánico de la Comisión, creando la nueva Dirección General de Mercados Digitales. Hasta el momento esta es la única propuesta en la que se ve un cambio de infraestructura en alguna de las autoridades de competencia para atender los mercados digitales. Riquelme, Rodrigo, “Cofece crea dirección para supervisar a los mercados digitales”, *El Economista*, 07 de julio de 2020, <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Cofece-crea-direccion-para-supervisar-a-los-mercados-digitales-20200707-0041.html>
- 330 *Ibidem*, p. 15.

Efectivo cumplimiento del multi-homing. Consiste en vigilar que se pueda hacer uso de distintas plataformas digitales al mismo tiempo, como consecuencia será más fácil para un nuevo competidor en un mercado el convencer a algunos usuarios de cambiarse a su plataforma, pues los usuarios mientras conservan los beneficios de la primera plataforma y continúan con su uso, podrían hacer uso de forma paralela de ambas plataformas.

Efectivo cumplimiento de la interoperabilidad. Se recordará que la interoperabilidad implica que las plataformas y aplicaciones producidas por distintos desarrolladores puedan conectarse y comunicarse entre sí, por ello es vital en los mercados digitales vigilar que exista la interoperabilidad, pues permite a las plataformas digitales que van entrando al mercado el ofrecer servicios complementarios a aquellos ofrecidos por una o varias plataformas dominantes, sin que exista incompatibilidad entre ellas, pues gracias a la interoperabilidad ambas plataformas podrán interactuar entre sí.

Estricta regulación de cláusulas de nación más favorable o mejores precios. Se recuerda que por medio de esta cláusula se prohíbe a un proveedor que los productos/servicios que proporciona en la plataforma, los ofrezca a un menor precio a través de su propio sitio web o en alguna otra plataforma. Este tipo de cláusulas restringen la competencia y suelen derivar en un incremento a los precios, por ello en las investigaciones realizadas por la autoridad se deberá revisar con precisión los contratos celebrados entre las plataformas y usuarios, pues si bien las cláusulas no están prohibidas, deben estar dentro de la ley.

Estricta regulación de la auto-prefecticia. La auto-prefecticia surge cuando una plataforma digital no solo es intermediaria, sino que participa en el mercado compitiendo con algún lado de la plataforma y decide dar un trato preferencial a sus propios productos/servicios en comparación con aquellos ofrecidos por terceros en la misma plataforma. Por ello, en investigaciones realizadas en mercados digitales, se debe observar si una plataforma compite con algún lado de

esta, y de ser así que las reglas que imponga sean parejas tanto para los competidores como para la plataforma en sí.

Al respecto, la Comisión Europea ha propuesto que la plataforma debe acreditar que la preferencia que da a sus productos/servicios no tiene efectos de exclusión en el mercado de dicho producto/servicio con respecto al resto de competidores, de tal forma que aseguren que la plataforma crea normas que regulan a todos los lados de la plataforma de una forma pro-competitiva.

Profundo análisis de efectos de red. Los efectos de red aparecen cuando el valor de un producto para los usuarios aumenta conforme el número de usuarios también incrementa, es decir, entre más usuarios haya, el valor del producto irá incrementándose. Los efectos de red pueden afectar la competencia y reducirla; ello cuando aparecen escenarios en los que una empresa irrumpa en el mercado de forma considerable y esta situación le permite captar a muchos consumidores, generando la posibilidad de que ante dicho escenario la empresa tenga poder de mercado y reduzca la posibilidad de que nuevos agentes económicos entren al mercado. Debido a esto, tanto en investigaciones como en concentraciones el estudio de los efectos de red debe ser amplio y sustancioso, pues podría dibujar las posibles teorías del daño relativas a la comisión de una práctica o concentración ilícita, así como también diversos aspectos del mercado.

Profundo análisis de los costos de cambio. Entre mayor sea el costo de un usuario para cambiarse a otra plataforma, difícilmente lo hará. En este sentido, aunado a los efectos de red, un usuario ya establecido en cierta plataforma no querrá migrar sus datos a nuevas plataformas, adaptarse a ella o tener que incurrir en algún pago; por lo que se deben estudiar todos los elementos que puedan aminorar o incrementar los costos de cambio para los usuarios.

Estricta regulación sobre la información. Los datos y en particular el *big data* podrían limitar la competencia al crear barreras a la entrada, usarse para abusar

de la posición dominante de algún competidor o bien podrían facilitar la colusión; para evitarlo las autoridades deben sistematizar el análisis de la información y buscar formas tecnológicas que permitan entender los múltiples usos que puedan darse a la información en manos de un agente en particular, de igual forma esto servirá para determinar si la propia información es un insumo, una barrera a la entrada o bien, para trazar las múltiples teorías del daño.

Uso de métodos alternos para delimitar el mercado relevante frente a precios cero. Los precios cero de las plataformas implican ciertas dificultades en el análisis por medio de un pequeño y permanente hipotético incremento al precio del producto para determinar el producto relevante. Por ello se ha propuesto cambiar el análisis de un pequeño y permanente hipotético incremento al precio del producto, por un análisis consistente en una pequeña pero significativa disminución permanente de la calidad.

La Comisión Europea ha propuesto que en caso de mercados digitales en los que participen plataformas de dos o más lados, las autoridades respondan las siguientes preguntas para determinar si existe uno o más mercados: ¿vería la plataforma, al considerar la amenaza competitiva, diferentes amenazas competitivas en ambos lados?, si la respuesta es afirmativa estamos frente a un solo mercado, si es negativa, se puede hablar de al menos dos mercados, uno de cada lado de la plataforma. De igual forma propuso por optar en revisar las teorías del daño y estrategias colusivas en caso de que sea difícil por no decir imposible, delimitar el mercado relevante.

Considero que para delimitar el mercado relevante se puede tomar en cuenta a los sujetos que compiten entre sí, de tal forma que el mercado relevante exista cuando la competencia se dé: *i)* entre plataformas que proporcionan un mismo servicio o uno similar, *ii)* entre plataformas y un negocio con un modelo tradicional y *iii)* dentro de una sola plataforma cuando la plataforma no solo es intermediaria

entre un grupo de usuarios y otro, sino también compite con algún grupo al ofrecer los servicios/producto que ya ofrece dicho grupo.

Especialización técnica en softwares y algoritmos. En mercados digitales las plataformas pueden usar softwares o algoritmos de fijación de precios, los cuales son usados para restringir y monitorear las decisiones de los usuarios en las plataformas, así como la forma en la que se conducen los competidores, convirtiéndose en un medio para implementar estrategias agresivas de precios para impedir que otras empresas compitan y eventualmente empujarlas fuera del mercado, así como también pueden ser usados para implementar y monitorear cárteles; y a partir de ahí se pueden usar para bloquear la entrada a nuevos competidores o bien, fijar precios con base en los precios de la competencia. Por ello las autoridades de competencia deben apostar por colaboradores mejor preparados que sean conscientes del análisis técnico y tecnológico que puede implicar el estudio de un algoritmo.

Considerar elementos adicionales para la determinación de poder sustancial de mercado. Para el análisis del poder sustancial se puede observar los pasos que se han seguido en otras jurisdicciones como en Alemania, donde la autoridad de competencia promovió una reforma a su ley en la materia para considerar de forma expresa nuevos criterios en el análisis de poder de mercado, entre ellos se encuentran: *i)* los efectos de red, *ii)* el uso paralelo de múltiples servicios (*multi-homing*), *iii)* costos de cambios para el usuario (*switching costs*), *iv)* el acceso a información relevante para la competencia y *v)* la presión competitiva derivada de la innovación.

Acciones para evitar PMR en mercados digitales. Estas acciones han sido propuestas en otras jurisdicciones que enfrentan problemas iguales o similares en tanto a mercados digitales, y consisten en *i)* pasar por alto el tamaño de la plataforma digital y enfocarse en las conductas que podrían dañar la competencia y al consumidor, *ii)* reducir barreras a la entrada en los mercados, fomentando el

emprendimiento y la innovación, *iii*) las plataformas que actúen como reguladoras de los grupos de usuarios que participan en ella deben asegurar que se regula a todos los grupos de usuarios de forma pro-competitiva, *iv*) las plataformas dominantes deben asegurar la interoperabilidad con los proveedores de servicios complementarios y *v*) se debe asegurar un mayor acceso a la información considerada como insumo esencial a los competidores de un mercado, así como aquellos que deseen entrar al mismo.

Nuevos elementos para análisis de ganancias en eficiencias. Para este análisis se deben considerar los elementos que se presenten caso por caso, pero además se puede tomar en cuenta: el grado de innovación del agente responsable, la protección de datos personales y datos del mercado, los roles que toman los participantes del mercado y sus vínculos (lo cual implicaría revisar el nivel de la cadena de valor en el que se encuentran y qué tanta dependencia hay uno del otro), entre otros.

Análisis detallado de adquisición de start-ups. Para lograr un análisis completo se puede considerar lo siguiente: *i*) observar si existe algún patrón de comportamiento por parte de las plataformas dominantes en el que sistemáticamente adquieran plataformas que sean nuevas en el mercado, *ii*) en caso de que una plataforma con poder sustancial en un mercado principal de la cadena de valor adquiere una *start-up* que se encuentra activa en un mercado separado pero relacionado con el mercado del adquirente, y la *start-up* tiene potencial para convertirse en competidor del adquirente en el mercado donde participa éste último, entonces las autoridades de competencia deberán observar si los agentes económicos participantes en la concentración, operan en el mismo espacio tecnológico, de tal forma que logren responder si ¿la plataforma adquirida es una amenaza competitiva actual o potencial dentro del espacio tecnológico/espacio de los usuarios o dentro de la cadena de valor?, ¿si se da su eliminación dentro de ese espacio? y en su caso ¿si la concentración se justifica por las eficiencias, debidamente acreditadas por las partes?

La Comisión Europea ha sugerido que las autoridades correspondientes deben explorar los efectos de las concentraciones asesinas que pudieran surgir, para detectarlos deben responder a dos preguntas: *i)* ¿Hay un escenario plausible en el que el agente adquirido, usando sus innovaciones, podría ganar gran participación en el mercado del adquirente? y en su caso, *ii)* ¿El adquirente tendrá algún incentivo para cancelar o eliminar la potencial innovación?

Otra forma de impedir que por medio de una concentración se elimine la innovación de una *start-up* es aplicando medidas que normalmente se aplican en otras industrias; esto consiste en observar las relaciones de competencia que existen durante la fase de innovación, antes de que se dé la competencia del producto en el mercado. En particular lo que debe observarse en un contexto digital serían las capacidades e insumos necesarios, los datos e información a la que efectivamente tengan acceso ambas partes, las habilidades en ingeniería y el alto poder computacional que tengan los agentes (esto para ver qué capacidad pueden tener las plataformas), así como el capital de riesgo con el que cuentan (por medio del cual se podría determinar la magnitud de la inversión y el alcance del proyecto).

Notificación obligatoria. En caso de que las autoridades lo consideren pertinente, tratándose de concentraciones se puede observar lo que se propuso en Francia; la propuesta consiste en el control de notificaciones obligatorias para plataformas digitales, aún si no rebasan los umbrales existentes para notificar.

Modificación de umbrales. Es muy probable que aquellas plataformas con ingresos bajos o precios cero no alcancen los límites monetarios establecidos en la ley y por lo tanto no actualice los umbrales, quedando los agentes económicos exentos de la obligación de notificar. Al respecto, lo que se propone es que a los umbrales monetarios se les agreguen criterios más técnicos, por ejemplo, que las concentraciones que pretendan realizar plataformas digitales con poder sustancial

de mercado en mercados con fuertes efectos de red, sean notificadas obligatoriamente.

Elementos adicionales para medir concentración de mercado. En mercados digitales es probable que muchas plataformas participen con precios cero hacia un lado de ellas, esto implica que la ganancia monetaria será nula pero no significa que su participación de mercado también lo sea. Para calcular la concentración del mercado considero se pueden usar otras variables además del volumen de ventas por cantidad y precio; por ejemplo, se puede aplicar al mercado de un lado de la plataforma el IHH usando las participaciones de mercado basadas en el número o precios de ventas; mientras que al otro lado habrá que aplicar el IHH calculando las participaciones de ganancias con un estimado del número total de usuarios que existen en el mercado relevante. Al respecto, el número total de usuarios que tiene la plataforma y demás competidores también puede representar el porcentaje que cada agente económico tiene en el mercado. Finalmente se podría volver a utilizar el índice de Dominancia el cual sirve para observar aquellas operaciones que, a pesar de tener cierto grado de concentración, podrían aumentar la competencia en el mercado en cuestión.

4.3 Objetivos en materia de regulación de mercados digitales en el marco de la competencia económica.

En el Capítulo 1 de esta tesis busqué delinear de forma general qué es la competencia económica y su objeto; en el Capítulo 2 se establecieron conceptos claves de los mercados digitales, así como sus principales características y los problemas que acarrean en materia de competencia económica y en el Capítulo 3 traté de explicar qué nuevos retos representan las principales prácticas señaladas en la LFCE cuando estas son realizadas en un contexto digital, para posteriormente señalar en el Capítulo 4 algunos ejemplos en otras jurisdicciones sobre cómo se han estudiado los casos relacionados a mercados digitales y consecuentemente exponer algunos métodos y medidas para la prevención de

prácticas ilícitas en mercados digitales y para el estudio de las mismas. Finalmente, este apartado lo dedico con la intención de trazar un pequeño bosquejo de lo que personalmente considero los objetivos que en materia de competencia económica en el ámbito de mercados digitales debemos alcanzar.

Como se mencionó al inicio de esta tesis, la libre competencia y libre concurrencia son derechos que protege la Constitución mexicana y que considero entrañan bienes jurídicos tutelados tales como el acceso a los mercados y el poder competir en ellos sin restricción por parte del resto de los competidores. Al respecto, también se ha observado que, debido a los avances tecnológicos, los mercados digitales son relativamente nuevos en comparación con cualquier otro tipo de mercado, sin embargo, por los mismos avances tecnológicos es posible pensar que cada día más y más personas se conectan entre sí para realizar transacciones diversas por medio de plataformas digitales. Este incremento gradual en el número de personas que se conecta a las plataformas consecuentemente permite suponer que habrá a quienes les interese poder competir en los propios mercados digitales.

Por esa razón es que las autoridades en materia de competencia económica deberán poner especial atención a las posibilidades fácticas que existen para que cualquiera pueda entrar libremente a un mercado, esto ya sea a través de la vigilancia constante de los agentes actuales en algún mercado digital para evitar que estos impongan barreras a la entrada que dificulten el acceso de nuevos competidores. Adicionalmente la autoridad jugará un papel importante para buscar incentivar que nuevos competidores se unan a mercados digitales, para lograrlo se pueden realizar estudios periódicos sobre las dinámicas que el propio mercado digital adopta, de tal manera que sea observable y cuantificable los cambios (para bien o para mal) que están sucediendo en dichos mercados y que busquen que dichos estudios tengan cada vez mayor penetración en el público.

También es oportuno observar aquellos mercados tradicionales que tengan una alta probabilidad de pasar a competir con o a través de plataformas digitales, de tal forma que se busque prevenir cualquier práctica ilícita desde el nacimiento de dicho mercado; para lograr lo anterior será pertinente apuntar las baterías a otras jurisdicciones y observar qué tipo de nuevas plataformas se van creando, en qué mercados están activas y el crecimiento de dicho mercado. Si se logra entender cuál es la tendencia o hacia qué tipo de mercados se orientan las plataformas que vayan surgiendo en otros países, probablemente se logre detectar a tiempo estos nuevos mercados en México y se podrá buscar protegerlos de aquellos competidores que persiguen fines ilícitos.

Para fortalecer los mercados digitales actuales y futuros, pienso que la sola actuación de las autoridades en materia de competencia no alcanza (y no debe de hacerlo) para observar todos los aspectos que deben regularse con el fin de permitir el crecimiento de un mercado digital sano, por ello es necesario que después de decidir quién es la autoridad competente para resolver casos relativos a plataformas digitales o si esto se decidirá caso por caso, dichas autoridades deben buscar en mayor medida la cooperación con distintas entidades gubernamentales, así como cámaras de comercio en cada sector, de tal forma que se logre mantener una estructura de competencia sana que englobe el mayor número de aspectos posibles que permiten la correcta función de dicho mercado, esto con el objetivo de que el consumidor final y el propio competidor perciban una estructura de competencia sólida y segura de la que obtendrán beneficios.

Conclusiones Generales

1. El Derecho de la Competencia Económica surge principalmente de dos escenarios con agentes económicos, circunstancias y gobiernos distintos (i.e. EUA y UE); a pesar de ser situaciones paralelas, estas jamás convergieron en cuanto a tiempo, lugar y circunstancias, es decir, siempre fueron independientes una de la otra. Sin embargo, de ambos escenarios se llegó a la misma conclusión: la falta de regulación en materia de competencia afecta el proceso de competencia, al mercado y a los consumidores, por lo que se reconoce la necesidad jurídica de regularla.
2. A pesar de que no existe una definición teórica exacta de lo que deba entenderse por competencia económica, dicho concepto siempre se construye considerando los siguientes elementos: *i)* existe una multiplicidad de jugadores en el mercado, *ii)* la finalidad última de un competidor en el mercado es incrementar su participación de mercado y con ello sus utilidades y *iii)* la innovación y reducción de precios representa para el competidor un motor para no rezagarse en el mercado.
3. Los objetivos o fines que la competencia económica pretende alcanzar son: *i)* que exista una reducción en los precios de bienes/servicios para el consumidor; *ii)* promover la productividad, *iii)* Introducir incentivos para que las empresas reduzcan sus precios y mejoren productos; *iv)* disciplinar al mercado, *v)* reducir márgenes de utilidad de las empresas y *vi)* promover el crecimiento económico.
4. El derecho de la competencia económica busca proteger la libre competencia y libre concurrencia, entendiendo a la primera como el derecho a competir sanamente dentro del mercado y la segunda como el derecho a entrar libremente al mercado, con la finalidad de que sean esos

derechos ejercidos usualmente en mercados creados dentro de economías de mercado o en su caso, economías mixtas.

5. Existe una diferencia entre los conceptos de plataforma digital, mercado digital y economía digital; si bien hay una íntima relación entre ellos, una plataforma digital implica un intermediario o “lugar” digital que permite a diferentes usuarios completar un acto de comercio, mientras que el mercado digital implica un producto o servicio específico ofrecido por una o más plataformas digitales, y finalmente la economía digital implica la interacción de diversos mercados y plataformas que conectan usuarios a través de tecnologías enlazadas a internet y que conlleva el intercambio de información y activos.
6. Las plataformas digitales cuentan con elementos particulares como: *i*) efectos de red, *ii*) costos de cambio, *iii*) *multi-homing* e interoperabilidad, *iv*) cláusulas de mejores precios y *v*) auto-regulación que resulta de la auto-preferencia; los cuales aparecen con mayor frecuencia en mercados digitales, por lo que dichos elementos deben ser observados y regulados por las autoridades de competencia antes de que a raíz de los mismos surjan afectaciones al proceso de competencia, a los mercados digitales y sus consumidores.
7. Los métodos comúnmente usados para delimitar el mercado relevante, se vuelven ineficaces cuando se usan para delimitar el mercado relevante en un contexto digital (*i.e.* dentro de mercados digitales), por ello es necesario repensar los métodos que se usarían en un contexto digital para delimitar el mercado relevante o en su caso, optar por hacer un menor énfasis en la definición de mercado y darle más importancia a las teorías del daño y estrategias de colusión que pudiesen existir.
8. En relación a los métodos para delimitar el mercado y entender la extensión del mismo, se puede optar por analizar cómo se da la competencia entre

- agentes económicos, de tal forma que se observe si la competencia se da: *i*) entre plataformas que proporcionan un mismo servicio o uno similar, *ii*) entre plataformas y un negocio con un modelo tradicional, así como *iii*) dentro de una sola plataforma cuando la plataforma no solo es intermediaria entre un grupo de usuarios y otro, sino también compite con algún grupo al ofrecer los servicios/producto que ya ofrece dicho grupo.
9. Actualmente las cinco empresas más importantes por capitalización de mercado en el mundo son aquellas que usan el internet para realizar actividades comerciales basadas o que derivan del uso de información y su intercambio; lo anterior se debe a que dichas empresas lograron adaptarse al uso de medios digitales y a partir de entonces extender su dominio de mercado. Debido al crecimiento de las empresas y su constante inmersión en mercados digitales, resulta necesario comenzar a regularlas dentro del marco de distintas materias, incluyendo el referente a competencia económica.
 10. La regulación de los mercados digitales en materia de competencia económica en México es necesaria toda vez que existe un incremento constante en el uso de internet y tecnologías de la información (incluyendo plataformas digitales) para realizar actos de comercio; lo que implica que cada vez hay más usuarios que compiten a través de plataformas digitales y más consumidores que se acercan a las mismas para satisfacer sus intereses.
 11. Dadas las características que presentan los mercados digitales, es más fácil que se cumplan las condiciones de estructura de mercado que favorecen la creación de un cártel; por lo que los agentes económicos (plataformas digitales) de dichos mercados podrán optar con mayor facilidad por crear un cártel y llevar a cabo cualquiera de las prácticas monopólicas absolutas. Adicionalmente, se tiene que observar el desarrollo de nuevas tecnologías

que sean usadas por las plataformas digitales y que puedan posibilitar la creación de un cártel.

12. Respecto a la prácticas monopólicas relativas, para determinar la existencia de poder sustancial de mercado, se deberá tomar en consideración nuevos métodos y elementos que permitan medir con mayor facilidad la participación de mercado de las plataformas digitales, pues los que tradicionalmente se usan para medirla, resultan de difícil aplicación debido a las características particulares de las plataformas y mercados digitales. Adicionalmente, se deben considerar nuevas variables para el análisis de ganancias en eficiencias dentro de un mercado digital, en paralelo a los elementos que se presenten en el estudio que se haga caso por caso.
13. Las concentraciones de plataformas digitales suponen nuevos retos que deben ser superados para su estudio; en particular será importante que las autoridades pongan un mayor énfasis a las concentraciones que involucren *start-ups*, de tal forma que se pueda estudiar cuáles son los efectos pro- y anticompetitivos en los mercados relevantes y adyacentes, así como los daños a la competencia o ganancias en eficiencia que la misma puede originar, en caso de llevarse a cabo la concentración. Para lograr lo anterior, será de gran importancia observar y replantear los métodos que actualmente se usan en el estudio de concentraciones cuando estas se realizan en mercados tradicionales, de tal forma que puedan aplicarse en contextos digitales.
14. Usualmente se usan las participaciones de mercado de los agentes económicos para crear el Índice Herfindahl-Hirschman el cual arroja el indicio más decisivo para determinar el grado de concentración de un mercado, sin embargo dadas las características particulares de los mercados y plataformas digitales (ej. los precios cero, los costos hundidos y el alto grado de concentración que pueda existir debido a los pocos

competidores) es importante considerar diferentes elementos y métodos que permitan medir la concentración de un mercado y en su caso las ganancias en eficiencias que resulten de una concentración en un mercado digital.

15. Para febrero de 2018 la Comisión Europea ya había conocido catorce casos de concentraciones en los que los agentes económicos involucrados estaban íntimamente relacionados a los mercados digitales, y los datos indican que el número de casos se irá incrementando. En México, para abril de 2020 la COFECE había estudiado un total de seis concentraciones en distintos mercados en donde alguno de los agentes participantes era una plataforma digital; adicionalmente para esa fecha había emitido tres opiniones para promover la competencia en distintos mercados relacionados al ámbito digital (mercado de redes de transporte, Ley *Fintech* y plataformas de alojamiento), así como había concluido una investigación dentro del mercado de servicios de plataformas de comercio electrónico. Como se observa, paulatinamente se están incrementando los casos relacionados a mercados digitales, es por ello que resulta necesario comprender cómo funcionan estos para posteriormente regularlos de la manera más adecuada.
16. Las autoridades mexicanas aún no han enfrentado un gran número de casos relativos a mercados digitales que deban resolver, a diferencia de las autoridades en materia de competencia económica en otras jurisdicciones. Esto no debe significar una desventaja o atraso en el desarrollo de dicha materia en México, por el contrario, implica una oportunidad para observar qué métodos, técnicas y procedimientos se han usado en distintos países para lidiar con los retos que presentan las plataformas y mercados digitales de tal forma que las autoridades mexicanas los adopten, y en su caso mejoren, para beneficio del proceso de competencia, los mercados y consumidores en México.

17. La experiencia internacional demuestra que los elementos característicos de los mercados y plataformas digitales (ej. efectos de red, costos de cambio, *multi-homing*, interoperabilidad, cláusulas de mejores precios, auto-preferencia, entre otros) se presentan sin importar el tipo de práctica de que se trate (ej. prácticas monopólicas absolutas, prácticas monopólicas relativas, concentraciones, etcétera); no en todos los casos se presentan todos los elementos, pero en todos hay al menos uno de ellos. Por ello es indispensable reformular el análisis de casos en materia de competencia económica cuando surgen tales elementos inherentes al contexto digital.
18. Las autoridades de competencia económica en México deben buscar una cooperación más estrecha con el resto de autoridades a nivel nacional así como con autoridades internacionales. Esto para cumplir con una doble finalidad: *i*) promover una mayor competencia en dichos mercados de tal forma que se incremente el número de competidores en los mismos, y *ii*) prevenir cualquier práctica ilícita que los competidores ya existentes en dichos mercados puedan realizar para proteger su posición frente a nuevos posibles competidores.
19. Como se ha podido observar a lo largo de la presente tesis, es claro que el marco jurídico actual en materia de competencia económica resulta insuficiente para regular los efectos que derivan de los mercados y plataformas digitales, los cuales si no son regulados debidamente pueden derivar en afectaciones al proceso de competencia, a los mercados y finalmente a los consumidores. Para evitarlo es importante innovar los métodos y técnicas que se usan para estudiar casos en contextos digitales, repensar las normas que actualmente son suficientes para regular mercados tradicionales, pero no así mercados digitales y observar cuál ha sido la experiencia que autoridades de otras jurisdicciones han tenido al afrontar los retos que derivan de los mercados y plataformas digitales en materia de competencia económica.

Bibliografía

Libros

1. Arce Gargollo, Javier, *Fusión de sociedades mercantiles*, Colección Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 2007.
2. Brynjolfsson, Erik, *Understanding the Digital Economy*, 1° ed., Estados Unidos de América, Instituto Tecnológico de Massachusetts, 2000.
3. Caro Carretero, Raquel, *Introducción a la Economía, Cien Preguntas Clave y sus Respuestas*, 1° ed., Madrid, España, Editorial Dykinson, 1997.
4. Castañeda Sabido, Alejandro, *Los Grandes Problemas de México, Microeconomía*, 1° ed., México, El Colegio de México, 2010.
5. Corominas, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Editorial Gredos, 3° ed., Madrid, España, 1987.
6. Cremer, Jacques, *Competition policy for digital era*, Publications Office of the European Union, 1° ed., 2019.
7. Decisiones Relativas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Invalidez de las Reformas a las Leyes Federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión*, Tomo 41, 1° ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.
8. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo IV, E-H, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 1982.
9. F. Aldrich, Douglas, *Dominio del mercado digital, estrategias para la competitividad en la nueva economía*, 1° ed., México, Oxford University Press, 2001.
10. Federico Pace, Lorenzo, *Derecho Europeo de la Competencia, Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de ampliación*, 1° ed., Barcelona, España, Marcial Pons, 2007.
11. Ferro, Gustavo, *Políticas tarifarias para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM): situación actual y tendencias regionales recientes*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 1° ed., Santiago de Chile, Chile, 2013.

12. Ginebra Serrabou, Xavier, *Teoría General del Derecho de la Competencia*, 1º ed., México, Editorial Porrúa, 2012.
13. González de Cossío, Francisco, *Competencia*, 1º ed., México, Editorial Porrúa, 2017.
14. Guerrien, Bernard, *Microeconomía, una presentación crítica*, 1º ed., Madrid, España, Maia ediciones, 2008.
15. Krugman, Paul, *Introducción a la Economía, Microeconomía*, 1º ed., España, Editorial Reverté, S.A., 2006.
16. Handler, Milton, Pitofski, Robert, et al., *Trade Regulation: Cases and Materials*, 4ª. Ed., EUA, Foundation Press.
17. Mochón, Francisco, *Economía Digital, Curso MOOC*, 1º ed., México, Alfaomega Grupo Editor.
18. Montaño Sánchez, Francisco Arturo, *Comercio Electrónico, Guía para el Mercado Nacional y de Exportación*, 1º ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007.
19. Oropeza, Doris Karina, *La Competencia Económica en el comercio electrónico y su protección en el sistema jurídico mexicano*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
20. Palacios Prieto, Alejandra, *Repensar la Competencia en la Economía Digital*, 1º ed., México, Comisión Federal de Competencia Económica, 2018.
21. Peredo Rivera, Amílcar, *Derecho de la Competencia Económica*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2014.
22. Ramos Espinosa, Ignacio, *Introducción a la Teoría Económica*, 1º ed., México, Editorial Porrúa, 2006.
23. Sawyer, Laura, *US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective*, 1º ed., Estados Unidos de América, Harvard Business School, 2019.
24. Yepes, Guillermo. *Los subsidios cruzados en los servicios de agua potable y saneamiento*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., Estados Unidos de América, 2003.

Artículos de Revistas y Periódicos

25. Adame Goddard, Jorge, “¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, núm. 102, septiembre-diciembre de 2001.
26. Ávalos Bracho, Marcos, “Transparencia y Política de Competencia”, *Cuadernos de Transparencia* 16, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, 2009.
27. Burkhardt, Beiten, “The New German Competition Law in a Nutshell”, *LEXOLOGY*, Alemania, 26 de junio de 2017.
28. Crane, Daniel, “Four Questions for the Neo-Brandeisians”, *CPI Antitrust Chronicle*, Abril 2018.
29. *Comunicado de Prensa No.015/2018*, INEGI, México, 2018.
30. González de Cossío, Francisco, “Ganancias en Eficiencia: El Zugzwang de la Competencia Económica”, *Revista de Derecho de la Competencia*, Bogotá (Colombia), vol. 6 N° 6, 17-31, enero-diciembre 2010.
31. Hernández Armenta, Mauricio, “Así se reparten el mercado las plataformas de transporte en México”, *Forbes México*, enero 24 de 2020,
32. Harrington, Joseph E., “How Do Hub-and-Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Studies”, *Competition Policy International*, 5 de septiembre de 2018.
33. Lucas, Nicolás, “IFT atrae de COFECE la concentración Uber-Cornershop en México”, *El Economista*, 09 de diciembre de 2019.
34. Ocello, Eleonora; Sjödin, Cristina, “Digital markets in EU merger control: key features and implications”, *CPI Antitrust Chronicle*, 19 de febrero de 2018.
35. Olson, Parmy, “Facebook Closes \$19 Billion WhatsApp Deal”, *Forbes*, 06 de octubre de 2014.
36. Riquelme, Rodrigo, “Cofece crea dirección para supervisar a los mercados digitales”, *El Economista*, 07 de julio de 2020.

37. Sher, Scott, *et. al.*, "United States: Digital Platforms", *American Antitrust Review 2020*, Reino Unido, Global Competition Review, 2019.

Jurisprudencia, Tesis y Resoluciones

38. *Appalachian Coals Inc. v. United States*, January 9, 10, 1933 Decided March 13, 1933.

39. *Áreas estratégicas. Su concepto*. Tesis: 2^a. XLIV/2017 (10^a.), Segunda Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, marzo de 2017, Tomo II.

40. Caso COMP/C-3/39.530 — *Microsoft (ventas vinculadas)*, Comisión Europea, 16 de diciembre de 2009.

41. Caso M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, Comisión Europea, 03 de octubre de 2014.

42. Caso M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, Comisión Europea, 06 de diciembre de 2016.

43. Caso "Eturas" UAB y otros contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, Asunto C-74/14, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de enero de 2016.

44. *Chicago Board of Trade v. United States*, December 18, 19, 1917 - Decided March 4, 1918.

45. *Competencia Económica. Concepto de "Poder Sustancial" en esa materia*. Tesis aislada, Tesis: I.1o.A.E.122 A (10a.), Primer Tribunal Colegiado De Circuito En Materia Administrativa Especializado En Competencia Económica, Radiodifusión Y Telecomunicaciones, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo III, p. 2036.

46. *Competencia económica. La prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas*. Jurisprudencia (Administrativa), Tesis: I.4o.A. J/74, Cuarto

Tribunal Colegiado En Materia Administrativa Del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, p. 1228.

47. *Federal Trade Commission v CDK Global, Inc., Auto/Mate. Inc.*, Comisión Federal de Comercio, 19 de marzo de 2018.
48. *Grupo de interés económico. Su concepto y elementos que lo integran en materia de competencia económica*, Tesis: I.4o.A. J/66, Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Administrativa Del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, p. 1244.
49. *Online sales of posters and frames – Case 50223*, Decision of the Competition and Markets Authority, 12 de agosto de 2016.
50. *Prueba indirecta. Su concepto y elementos que la integran*. Jurisprudencia (Común) Tesis: I.4o.A. J/72, Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Administrativa Del Primer Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octubre de 2008, Tomo XXVIII, p. 2287.

Documentos Publicados en Internet

51. *Antitrust Division Manual*, División Antimonopolio del Departamento de Justicia de EUA, 5º ed., <https://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.
52. COFECE, *Análisis de Opinión, La prestación del servicio de transporte de personas por medio de plataformas móviles*, Análisis de Casos, Abril 2016, <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/AnalisisCasos-Uber-v4.pdf>.
53. COFECE, *El PJF resuelve que COFECE es competente para resolver la concentración entre Uber y Cornershop*, México, 21 de mayo de 2020, <https://www.cofece.mx/el-pjf-resuelve-que-cofece-es-competente-para-resolver-la-concentracion-entre-uber-y-cornershop/>

54. COFECE *Boletín Internacional*. 6 de Diciembre de 2019, Francia. Notificación Obligatoria para concentraciones de plataformas digitales <https://www.cofece.mx/boletin-internacional-06-de-diciembre-de-2019/>.
55. COFECE, *Reporte Mensual*, Mayo de 2020, Cofece cierra investigación en el mercado digital, <https://www.cofece.mx/reporte-mensual-mayo-2020/#nota1>
56. COFECE, *Sanciona COFECE a proveedores de guantes de polietileno por coordinar sus ofertas de precios y descuentos en licitaciones del sector salud*, México, 18 de febrero de 2020, <https://www.cofece.mx/sanciona-cofece-a-proveedores-de-guantes-de-polietileno-por-coordinar-ofertas/>
57. *Cuadernos de Competencia. Prácticas Monopólicas Absolutas*, Comisión Federal de Competencia, México, <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/4practicasmnopolicasabsoluta.pdf#pdf>.
58. *Diccionario Jurídico Español*, <https://dej.rae.es/lema/libre-competencia>.
59. *Estudio de Comercio Electrónico en México 2018*, 1° ed., México, Asociación de Internet.Mx, 2018, <https://www.asociaciondeinternet.mx/es/component/remository/func-startdown/95/lang,es-es/?Itemid=>
60. *Estrategia Digital COFECE*, México, Comisión Federal de Competencia Económica, 2020, <https://www.cofece.mx/estrategia-digital-cofece/>
61. *Exámenes Inter-Pares de la OCDE sobre el Derecho y Política de Competencia, México 2020*, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, <http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-mexico-2020.htm>
62. *Guía del programa de inmunidad y reducción de sanciones*, Dirección General de Investigaciones de Prácticas Monopólicas Absolutas, COFECE, México, 2015, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0032015_programa_inm.pdf
63. *Guía para la notificación de concentraciones*, Dirección General de Concentraciones, COFECE, México, 2017, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/02/guia-0042015_not_concentraciones-DGC-VF1.pdf

64. *Herramientas de competencia económica*, Comisión Federal de Competencia Económica, México, 2016, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/Herramientas_CompetenciaEconomica_vf250815.pdf#pdf.
65. *La Competencia Económica*, Comisión Federal de Competencia, <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/1lacompetenciaeconom.pdf#pdf>
66. *Personalised Pricing in the Digital Era – Note by Mexico (COFECE)*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 22 de noviembre de 2018, <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/12/personalised-pricing.pdf>
67. *Plataformas Digitales y Competencia en México 2018*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2018, <https://www.oecd.org/daf/competition/esp-plataformas-digitales-y-competencia-en-mexico.pdf>
68. Pleno de la COFECE, *Opinión*, OPN--007--2017, México, <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Opiniones/V20/6/3953499.pdf>.
69. Pleno de la COFECE, *Opinión* OPN – 008 -- 2015, México, <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Mercados%20Regulados/V6/16/2042252.pdf>.
70. Pleno de la COFECE, *Resolución Expediente CNT-161-2018*, 27 de mayo de 2019, México, <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Concentraciones/V6013/14/4901568.pdf>.
71. *Poder Sustancial de Mercado*, Comisión Federal de Competencia Económica, México, 2018 https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/09/Infografia_PoderSustancial_Vertical.jpg.
72. *Práctica Monopólica Absoluta*, Comisión Federal de Competencia, México, <https://www.cofece.mx/que-es-una-practica-monopolica-absoluta-pma/>

73. *Pricing algorithms: the digital collusion scenarios*, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, 2017, .
75. ¿Qué es una concentración?, Comisión Federal de Competencia Económica, México, 2018, .
76. *Transición hacia Mercados Competidos de Energía: Gasolinas y Diésel*. Comisión Federal de Competencia Económica, México, 2019,
77. Unidad de medida y actualización tenía un valor de \$86.88 MXN, diarios,
78. *Versión Pública de la Versión Estenográfica de la VIII Sesión Extraordinaria del Pleno del IFT*, celebrada el 11 de noviembre de 2019,

Legislación

79. Criterios Técnicos para el Cálculo y Aplicación de un índice Cuantitativo para Medir la Concentración del Mercado, Acuerdo CFCE-102-2015 ct-001/2015, Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, 23 de abril de 2015.
80. DECRETO por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo, Diario Oficial de la Federación, publicado el 27 de enero de 2016.
81. Diario Oficial de la Federación, 05 de febrero de 1917, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_imma.pdf.
82. Reformas Constitucionales por Artículo, Cámara de Diputados, actualizado al 12 de abril de 2019. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm
83. Ley Federal de Competencia Económica de 1992.
84. Ley Federal de Competencia Económica, vigente.
85. Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.
86. Ley Federal de Protección al Consumidor.