

**FACULTAD LIBRE DE DERECHO
DE MONTERREY**

LICENCIATURA EN DERECHO



LAS PLATAFORMAS DIGITALES:
EL NUEVO RETO PARA LAS
AUTORIDADES DE COMPETENCIA

TESIS QUE EN OPCIÓN A TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

JAIME SÁNCHEZ SALINAS

SANTA CATARINA, N.L.

MAYO, 2022

Santa Catarina, Nuevo León, a 5 de mayo de 2022

El presente trabajo está dedicado a mis padres. Su generosidad, cariño y apoyo incondicional me han permitido tanto iniciar como concluir mis estudios.

RESUMEN.

Este trabajo analiza los retos que se le presentan a las agencias de competencia económica al momento de tratar con plataformas digitales y tratar de asegurar condiciones competitivas en los mercados que dominan, para después estudiar las propuestas que han planteado para ello distintos expertos y jurisdicciones. Revisaremos la problemática exponiendo las particularidades que representan las plataformas digitales para el derecho de la competencia, algunas de ellas ejemplificadas en el caso de Bundeskartellamt v. Facebook, así como las herramientas que tienen y que pudieran dotársele a las agencias para asegurar condiciones de competencia en esos mercados. Como conclusión del trabajo, sostenemos que para atender este problema debe prevalecer el uso de la regla de la razón sumado a la posibilidad de la interoperabilidad forzada, el *pooling*, la reestructuración de la toma de decisiones en ciertos casos y la regulación *ex ante* de monopolios naturales.

Palabras clave: competencia económica – plataformas digitales – privacidad de datos – regla de la razón – regulación *ex ante*

ABSTRACT.

This paper analyzes the challenges that competition authorities face when dealing with digital platforms and ensuring competitive conditions in markets they dominate. It then studies proposals that different experts and jurisdictions have put forward for this purpose. We will review the problem presenting the particularities that digital platforms represent for antitrust law, some of them exemplified in Bundeskartellamt v. Facebook, the tools they have, and those that agencies could adopt to ensure competitive conditions in those markets. We conclude that to address this problem, the use of the rule of reason must prevail. Still, it needs to be complemented by forced interoperability, pooling, the restructuring of decision-making in some instances, and the ex-ante regulation of natural monopolies.

Keywords: antitrust – digital platforms – data privacy – rule of reason – ex-ante regulation

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	Página 1
CAPÍTULOS	
I. CUESTIONES DE COMPETENCIA Y PLATAFORMAS DIGITALES	5
A. Los nuevos gigantes de la economía global	5
B. Particularidades de las plataformas digitales para el derecho de la competencia	8
1. ¿Qué son las plataformas digitales?	9
2. Más allá de las fronteras	11
3. Efectos de red, mercados de dos (o más) lados y costos de cambio	12
4. Interoperabilidad, portabilidad de datos y <i>multihoming</i>	17
5. Los datos de los usuarios	20
II. BUNDESKARTELLAMT V. FACEBOOK	24
A. Antecedentes del caso	24
B. Análisis jurídico	25
1. Definición del mercado relevante	26
2. Poder sustancial de mercado	30
3. Estudio de la conducta anticompetitiva	33
4. Medidas impuestas a Facebook	36
III. LA INTERSECCIÓN ENTRE COMPETENCIA Y PRIVACIDAD DE DATOS	38
A. Competencia económica y privacidad de datos de los usuarios: asuntos independientes	38
B. Condiciones competitivas para la privacidad de datos de los usuarios	40
C. ¿Mayor privacidad de datos de los usuarios o mayor competencia en los mercados?	43
IV. PLATAFORMAS DIGITALES: EL RETO PARA LOS REGULADORES	47
A. Enfrentar conductas anticompetitivas con las herramientas actuales	47

B.	¿Hacia una transformación de los reguladores?	53
C.	El caso mexicano	62
1.	¿IFT o COFECE?	62
2.	Adopción de las propuestas	65
CONCLUSIONES		70
BIBLIOGRAFÍA		79

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, las plataformas digitales han cobrado relevancia no solamente por su tamaño en términos económicos, sino por el número de usuarios que tienen y la frecuencia con la que éstos las utilizan. Podríamos decir, incluso, que el acceso a servicios básicos y la conservación de vínculos familiares, de amistad y laborales dependen de estas plataformas. Éstas, como veremos posteriormente, se alimentan de los datos de sus usuarios para ofrecerles servicios personalizados y a la vez, para que su negocio sea más redituable. Uno de los problemas es que en ocasiones, para tener acceso a las plataformas, los usuarios tienen que ceder sus datos personales y desconocen que lo están haciendo o no les queda claro para qué serán utilizados: en mejorar su experiencia o, en ocasiones, venderlos al mejor postor. Al final de cuentas, se ven obligados a hacerlo no solamente porque les ofrecen servicios personalizados y precisos, sino porque en el mercado existen, dadas las particularidades de las plataformas digitales, muy pocas alternativas que tengan la capacidad actual de satisfacer sus necesidades.

En el presente trabajo realizaremos, precisamente, una investigación sobre las condiciones de competencia que existen en los mercados en los que participan plataformas digitales. Estudiaremos el tema partiendo de la siguiente pregunta de investigación: ¿bajo qué condiciones pueden los órganos reguladores asegurar condiciones de competencia efectiva en mercados dominados por plataformas digitales? La problemática que representa este tema se desprende de la propia pregunta. Las particularidades de las plataformas digitales son tan significativas, desde la definición del mercado relevante hasta tener que ponderar entre la privacidad de datos de los usuarios o asegurar condiciones de competencia, que resulta difícil pensar que los órganos reguladores puedan tratar con ellas con las herramientas que tienen a su alcance en la actualidad.

El objetivo de la investigación es estudiar las herramientas que tienen, o bien, que necesitarían los reguladores para asegurar condiciones de competencia efectiva en mercados que dominan las plataformas digitales por distintas razones, entre ellas los efectos de red, las economías de escala y escasa interoperabilidad. Acompañados de este objetivo principal revisaremos otros más específicos: estudiar por qué las plataformas digitales presentan

ciertos retos para las agencias de competencia económica, qué aplicación tienen los conceptos o metodología tradicional de la materia para abordar casos que involucran a esos agentes, analizar un caso coyuntural y plantear la relación, o en ciertos casos, la disyuntiva que les representará optar por mayor privacidad de datos de los usuarios o mayor competencia en los mercados.

Para cumplir con los objetivos expuestos, es necesario estudiar el tema desde una perspectiva internacional. Si bien, en ocasiones el derecho es radicalmente distinto en cada país, el derecho de la competencia varía solamente de forma accesoria al mostrar un alto grado de convergencia entre diferentes jurisdicciones. Quizá cada país da un trato ligeramente distinto a ciertas conductas, pero no existen diferencias fundamentales en cuanto a conceptos. El derecho de la competencia es una rama dinámica de la economía y del derecho y el tema de esta investigación también lo es, por lo que adecuarlo a la legislación de un Estado limitaría su profundidad.

Para estudiar el tema y el problema, así como responder a la pregunta de investigación planteada, optamos por un índice que facilite la comprensión del lector: desde una introducción a las plataformas digitales hasta las herramientas con las que cuentan y deberían de contar los reguladores para abordar el problema al que se enfrentan.

Los primeros dos capítulos presentarán una introducción a las plataformas digitales y los retos que presentan para el derecho de la competencia. Primero expondremos brevemente el crecimiento exponencial que han tenido las plataformas digitales en los últimos 15 años, su estado actual y algunos de los beneficios que le han representado a los consumidores desde entonces. Después estudiaremos las particularidades que implican para el derecho de la competencia y cómo logran consolidar su dominancia en ciertos mercados.

En el segundo capítulo daremos a conocer la dificultad de trasladar conceptos típicos de la materia de competencia económica al terreno de las plataformas digitales a través del estudio del caso de Bundeskartellamt v. Facebook. Este fue y sigue siendo un caso paradigmático en el que la autoridad de competencia alemana terminó sancionando a Facebook tras analizar los efectos competitivos de sus políticas de datos. Vale la pena

estudiar este criterio novedoso para examinar la relación entre la acumulación de datos de las plataformas digitales, la protección de datos de los usuarios y la competencia económica.

El tercer capítulo de la investigación es aquel en el cual examinaremos la relación entre la competencia económica y la privacidad de datos de los usuarios, algo que resulta fundamental para analizar lo complejo que es para las autoridades de competencia atender casos que involucran a las plataformas digitales. El primero de los apartados va de la mano con las críticas que se le hicieron a la autoridad de competencia alemana por sancionar a Facebook en el caso expuesto en el capítulo anterior, pues una de las teorías de la relación entre protección de datos del usuario y competencia económica es que éstos son asuntos independientes en los cuales las agencias de competencia esta última materia no debe intervenir. Después de esto analizaremos otras dos teorías sobre el tema, una de ellas sugiere que se utilice la privacidad como factor en el análisis de competencia, sugiriendo que a mayor competencia, mayor protección de datos de los usuarios. La otra, parece ser más integral, pues considera que el verdadero problema es que la privacidad y la competencia no siempre son materias complementarias, por lo que hace falta analizar qué pasa cuando mayor protección de datos de los usuarios lleva a menores condiciones de competencia en los mercados y viceversa.

La exposición de las tres teorías nos llevará al último capítulo y punto central de la tesis: ¿qué herramientas tienen los reguladores para lidiar con este problema? ¿son suficientes? ¿es necesaria su transformación? En el primero de los apartados estudiamos lo que sería la postura más tradicional, según la cual debe haber pocas pero sustanciales modificaciones al derecho de la competencia para lidiar con las plataformas digitales, sin que sea necesaria regulación *ex ante*. En la segunda parte analizaremos las propuestas más novedosas y que sí involucran regulación de ese tipo. Concluimos el capítulo estudiando cómo se traducirían estas propuestas al contexto mexicano: ¿cuál sería el órgano competente en los casos que involucren competencias digitales? ¿cuál sería el instrumento jurídico idóneo para plasmar las propuestas de las instituciones y expertos?

Como se ha reiterado, el estado actual de la sociedad se ve marcado por el uso de las plataformas digitales. La provisión de ciertos bienes, servicios e incluso, la convivencia entre

las personas depende de éstas. Una mayor competencia en los mercados en los que participan estas plataformas traería múltiples beneficios para los usuarios, entre ellas mayor innovación, diversidad de opciones y quizá mayor privacidad en caso de que sí sea algo que buscan los usuarios. Si bien, resolver el problema a partir de una investigación resulta bastante ambicioso, dar a conocer el problema, el reto al que se enfrentan los reguladores y proponer cambios trascendentales es un buen comienzo.

Capítulo I

CUESTIONES DE COMPETENCIA Y PLATAFORMAS DIGITALES

La creación y desarrollo del internet ha revolucionado por completo la forma en que se comprende la economía y en que operan los mercados. Esto ha dado lugar al surgimiento de nuevos gigantes de la economía global, muchos de ellos plataformas digitales que conectan a usuarios y oferentes de bienes y servicios. Estas plataformas constantemente innovan y siguen estrategias disruptivas que las distinguen de aquéllas que operan de forma más tradicional. Cuentan, además, con ciertas características que vuelven complicado para los órganos reguladores de competencia económica estudiarlas bajo la óptica clásica de la materia. Trasladar sus conceptos sin mayor reflexión resulta absurdo.

En el presente capítulo estudiaremos cómo operan y específicamente, compiten, las plataformas digitales a diferencia de las empresas tradicionales. También analizaremos el reto que representa para los reguladores asegurar condiciones competitivas en los mercados en los que participan. En la primera parte introduciremos el crecimiento exponencial de estas empresas, el éxito que han alcanzado y un poco de la dependencia que han generado para los usuarios. En el segundo apartado expondremos las particularidades que presentan para el derecho de la competencia.

A. LOS NUEVOS GIGANTES DE LA ECONOMÍA GLOBAL.

La llegada del internet ha representado una época de cambios en la economía y los mercados. Hace apenas 15 años, difícilmente se esperaba que algunas de las empresas más grandes en términos de usuarios y capitalización bursátil, así como las más reconocidas a nivel mundial, fueran los gigantes tecnológicos de hoy en día. En el presente apartado se introducirá el concepto de economía digital, el crecimiento exponencial que han tenido algunas empresas que participan en ella en los últimos años, un poco de su popularidad y en general, su importancia para los consumidores.

Con la llegada del internet, llegó también la economía digital. ¿Qué es la economía digital? Ésta se podría definir como “*la actividad económica que resulta de millones de conexiones en línea entre personas, negocios, aparatos, y procesos*”.¹ El presupuesto de toda esta actividad económica es la interconexión entre las personas, negocios, aparatos y procesos. Hay tres elementos, que a su vez, configuran la economía digital: “*la infraestructura de telecomunicaciones; la industria de las tecnologías de la información y comunicación; y la red de actividades económicas y sociales facilitadas por Internet, la computación en la nube y las redes móviles, las sociales y de sensores remotos*”.²

El primero de los elementos consiste en la existencia de redes de telecomunicaciones que habiliten la conectividad en todos los niveles, desde el local hasta el internacional, por medio de “*servicios de transmisión, almacenamiento y procesamiento de datos*”.³ El segundo de los elementos consiste en la existencia de equipos y maquinaria que permita a los usuarios ejecutar funciones a través de productos informáticos.⁴ El último de los elementos que definen el ecosistema de la economía digital es el usuario que, a través de Internet y la infraestructura de redes existentes, ofrece o bien, tiene acceso a nuevos bienes y servicios.⁵

El tercer componente de la economía digital, aquel que protagonizará la investigación actual, se ha desarrollado a la par de los grandes gigantes tecnológicos y las plataformas digitales. Como se verá posteriormente, éstas funcionan como intermediarias entre quienes ofrecen bienes o servicios y quienes las utilizan precisamente para acceder a esos bienes o servicios, ya sea de manera principal o accesoria.

Si bien, el mundo actual no se entiende sin la economía digital, el auge de las empresas que participan en ella es relativamente reciente:

¹ Comisión Federal de Competencia Económica. **Repensar la Economía Digital**. p. 9. Disponible en línea: Autor <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlacompetenciaenlaeconomiadigital_01022018.pdf> (Consulta: Oct. 9, 2021).

² Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). **Economía Digital para el cambio estructural y la igualdad**. Disponible en línea: Autor <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35408/1/S2013186_es.pdf> (Consulta: Oct. 9, 2021).

³ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. cit., p. 9.

⁴ Loc. Cit.

⁵ Loc.cit.

<i>Empresas más grandes en el mundo en términos por capitalización bursátil al inicio de cada año⁶</i>				
	1990	2000	2010	2021
1	Nippon T&T	Microsoft	PetroChina	Apple
2	Bank of Tokyo-Mitsubishi	General Electric	Exxon Mobil	Microsoft
3	Industrial Bank of Japan	NTT DoCoMo	Microsoft	Amazon
4	Sumitomo Mitsui Banking	Cisco	ICBC	Alphabet
5	Toyota	Wal-Mart	Wal-Mart	Facebook

Como es posible observar, década tras década, es fuerte el cambio entre las empresas que se encuentran entre las cinco más grandes en términos de capitalización bursátil. Lo que es notorio es que al inicio de 2010 apenas una empresa del sector de tecnología se encontraba entre las primeras cinco, mientras que para el 2021 la lista se veía encabezada exclusivamente por cinco empresas del sector, siendo cuatro de ellas plataformas digitales.⁷

El éxito de las plataformas digitales en términos de capitalización bursátil se replicó también en el reconocimiento de marca. Año tras año, la revista Forbes publica una lista de las marcas más valiosas del mundo. Las cinco empresas que encabezaron la lista publicada en 2020 fueron exclusivamente tecnológicas: Apple, Microsoft, Amazon, Google (Alphabet) y Facebook (Meta).⁸ Las mismas cinco que justo se habían mencionado como las más grandes en términos de capitalización de mercado.

El reconocimiento de marca de las plataformas digitales y su capitalización de mercado se ven, además, respaldadas por el número de usuarios con los que cuentan. En el

⁶ Steidl, Joe y Su, Tiffany. **The Fall of the Titans!**. Disponible en línea: Research Affiliates <<https://www.researchaffiliates.com/publications/articles/830-the-fall-of-the-titans>> (Consulta: Oct. 9, 2021).

⁷ Google, LLC es subsidiaria de Alphabet, Inc.

⁸ Swant, Marty. **The World's Most Valuable Brands**. Disponible en línea: Forbes <<https://www.forbes.com/the-worlds-most-valuable-brands/#36f0ff9c119c>> (Consulta: Oct. 9, 2021).

2020, 3 mil 600 millones de personas utilizaron redes sociales, algunas de las cuales son plataformas digitales.⁹ Se espera que esta cifra sea de 4 mil 410 millones en 2025.¹⁰

No es difícil comprender a qué se debe el incremento constante en el uso de redes sociales y plataformas digitales a través de los años. Una infinidad de bienes y servicios se ofrecen por medio de plataformas digitales: anuncios digitales, compra y venta de bienes y servicios de todo tipo, servicios de entrega de bienes, servicios de transporte, así como la posibilidad de interactuar con amigos, familiares y desconocidos, más allá de la distancia que los separa. Por supuesto que, en parte por la pandemia, a estos servicios se agregó también el de la educación.

Las plataformas digitales han crecido de manera exponencial junto con la economía digital. Su desarrollo ha representado claros beneficios para los consumidores y muchas veces de forma “gratuita”. Las plataformas conectan a distintos usuarios, o bien, empresas y usuarios, habilitando en cierta forma la creación de valor en la economía digital.

En el siguiente apartado estudiaremos las plataformas digitales bajo la óptica del derecho de la competencia: qué son, qué las distingue de las empresas tradicionales y algunos de los problemas que han creado para los reguladores y consumidores en cuanto a condiciones de competencia y acumulación de datos.

B. PARTICULARIDADES DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Usuarios y empresas dependen de plataformas digitales. Entre los múltiples tipos de plataformas digitales se encuentran las redes sociales, los buscadores y aquellas que se dedican al comercio electrónico. Las redes sociales son claves para que amigos y familiares interactúen, se comuniquen y compartan lo que ocurre en su vida; los buscadores hacen mucho más fácil para sus usuarios encontrar información y adquirir nuevos conocimientos;

⁹ Statista Research Department. **Number of social network users worldwide from 2017 to 2025**. Disponible en línea: Statista <<https://www.statista.com/statistics/278414/number-of-worldwide-social-network-users/>> (Consulta: Oct. 9, 2021).

¹⁰ Loc. Cit.

y aquellas plataformas cuyo principal objetivo es el comercio electrónico conectan a oferentes y clientes atravesando fronteras. En la Unión Europea, por ejemplo, *“se estima que alrededor del 60 % del consumo privado y el 30 % del consumo público de bienes y servicios relacionados con la economía digital total se gestionan a través de intermediarios en línea”*.¹¹

En fin, las plataformas digitales son esenciales para la sociedad actual. El tema es que, debido a ciertas particularidades, son pocas las plataformas digitales que logran concentrar a la mayoría de los usuarios y oferentes de bienes o servicios. En el Reino Unido, Brasil, Canadá, India, Hong Kong, por ejemplo, el tráfico de búsquedas provenientes de computadoras de escritorio de cada uno de estos países por medio de Google Search fue de al menos 84.2%.¹² Entre redes sociales, el 84% de los adultos australianos declaró utilizar Facebook, la red más popular del país, al menos una vez al mes; la segunda más popular, Instagram, pertenece al mismo grupo.¹³ En 2021, YouTube contaba ya con 1.86 mil millones usuarios globalmente.¹⁴

A continuación, introduciremos el concepto de plataformas digitales para después analizar qué particularidades de éstas dificultan al derecho de la competencia lidiar con ellas.

1. ¿Qué son las plataformas digitales?

Las plataformas digitales básicamente funcionan como intermediarios que, a través de páginas de internet, o bien, aplicaciones a las que se puede acceder de forma gratuita, *“agregan bienes, servicios o contenido de distintos oferentes para ofrecerlo a los*

¹¹ Copenhagen Economics. **Online Intermediaries: Impact on the EU Economy**. (2015) Citado por: **Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Fomento de la Equidad y la Transparencia para las Empresas que utilizan Servicios de Intermediación en línea**. (Bruselas, Bélgica). Comisión Europea. Propuesta de Reglamento. (Abril 26, 2021).

¹² Johnson, Joseph. **Share of desktop search traffic originating from Google in selected countries as of January 2021**. Disponible en línea: Statista <<https://www.statista.com/statistics/220534/googles-share-of-search-market-in-selected-countries/>> (Consulta: Abril 4, 2022).

¹³ ACCC. **Digital Platforms Inquiry: Final Report**. p. 42. Disponible en línea: ACCC <<https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>> (Consulta: Ago. 26, 2021)

¹⁴ Ceci, L. **Number of YouTube users worldwide from 2016 to 2021**. Disponible en línea: Statista <<https://www.statista.com/statistics/805656/number-youtube-viewers-worldwide/>> (Consulta: Abril 2, 2022).

consumidores en un mismo espacio”.¹⁵ Algunos ejemplos de plataformas son los siguientes: Amazon, Facebook, Twitter, Google, Instagram, Spotify y YouTube. Típicamente, las plataformas operan bajo tres tipos de modelos de negocios: de suscripción, de anuncios y abiertos.¹⁶ Cada una de las plataformas anteriores entra en, al menos, en uno de estos modelos.

El modelo de suscripción es uno en el que, a cambio de un pago, se tiene acceso a los servicios que se prestan en una plataforma.¹⁷ Una plataforma que tiene un modelo de este tipo es Spotify. Spotify ofrece a sus usuarios cuatro tipos de planes de suscripción.¹⁸ Lo que tienen en común es que, a cambio de un pago, el usuario puede escuchar o ver canciones, videos musicales y podcasts que artistas y desarrolladores de contenido han subido a la plataforma. Todo esto, sin anuncios.

El segundo modelo, el de anuncios, es uno muy común. Si bien, hay personas en altos cargos públicos que aún se cuestionan cómo es sostenible económicamente una plataforma en la que los usuarios no tienen que pagar para acceder a ella,¹⁹ este modelo se ha popularizado. Un ejemplo es Facebook. Los usuarios de Facebook no tienen que pagar para crear y utilizar su cuenta en la red social, pues la empresa obtiene “*ganancias indirectamente a través de la exposición de publicidad y la comercialización de información para aumentar la efectividad del anuncio, u otros fines*”.²⁰ El caso de Spotify es uno interesante. Si bien, como se expuso en el párrafo anterior, tienen un modelo de suscripción, también tienen otro gratuito. En este último, la música o podcasts que escuchan los usuarios que no cuentan con una suscripción, se ve interrumpida por anuncios.²¹

El tercer modelo es el abierto. Éste suele ser utilizado por plataformas que conectan a usuarios y desarrolladores de aplicaciones. En ellas los usuarios pueden descargar

¹⁵ European Parliament. **Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy**. (2015). Citado por: Comisión Federal de Competencia Económica. **Repensar la Economía Digital**. Disponible en línea: Autor <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlapcompetenciaenlaeconomiaigital_01022018.pdf> (Consulta: Oct. 9, 2021).

¹⁶ Loc. Cit.

¹⁷ Loc. Cit.

¹⁸ Spotify. **Why go Premium?** Disponible en línea: Autor <<https://www.spotify.com/us/premium/>> (Consulta: Oct. 14, 2021).

¹⁹ NBC News. **Senator Asks How Facebook Remains Free, Mark Zuckerberg Smirks: ‘We Run Ads’**. Disponible en línea: YouTube <<https://www.youtube.com/watch?v=n2H8wx1aBiQ>> (Consulta: Oct. 14, 2021).

²⁰ European Parliament. Ob. Cit.

²¹ Spotify. Ob. Cit.

aplicaciones de manera gratuita o con un costo. ¿Cómo se generan ingresos bajo este modelo? “Las plataformas pueden cobrar a los usuarios oferentes y/o consumidores por vender y/o comprar los bienes o aplicaciones a través de éstas”.²² Dos ejemplos de plataformas que operan bajo el modelo abierto son App Store y Play Store.

2. Más allá de las fronteras

Una de las características de la economía digital y las plataformas que operan en ella es la posibilidad de que, a través de estas últimas, oferentes y usuarios a miles de kilómetros de distancia puedan llevar a cabo transacciones. Mientras que antes la inspección física de los productos era sumamente importante, esto se ha visto reemplazado por la reputación del oferente²³ y en ocasiones, el cliente. Esto ha impactado a usuarios y oferentes, pero también al derecho de la competencia.

La economía digital y las plataformas actuales han habilitado la posibilidad de llevar a cabo operaciones de negocios que en muchas ocasiones no se ven limitadas por las distancias entre usuarios y oferentes, o bien, por las fronteras que los dividen. Esto ha representado grandes beneficios para ambos. Los usuarios tienen acceso a una mayor variedad de productos y a mercados en los que compiten una multiplicidad de oferentes, mientras que estos últimos “*tienen acceso a un mayor número de potenciales clientes más diversos entre sí*”.²⁴ Lo primero lleva a una competencia más intensa entre oferentes,²⁵ lo cual lógicamente se traduce en mejores alternativas para los usuarios.

Dadas las regulaciones existentes en cada país, así como acuerdos entre oferentes y plataformas digitales, éstas no pueden ofrecer exactamente los mismos productos, servicios, contenido y precios en todos los países. Al tratar de acceder a ciertos servicios en plataformas digitales, frecuentemente aparecen anuncios como el siguiente: “*el contenido no está*

²² European Parliament, Ob. Cit.

²³ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**. Ob. Cit. p. 13.

²⁴ Loc. Cit.

²⁵ Loc. Cit.

disponible en tu país".²⁶ Este es un ejemplo de bloqueo geográfico, es decir, *"la obstrucción y bloqueo que no le permite a los clientes acceder a ciertos contenidos, lo cual afecta el comercio y la economía digital"*.²⁷ El bloqueo geográfico es una forma de discriminar a los usuarios según su ubicación, cuestión que por supuesto, les afecta y es recurrente. Si bien, entre los países miembros de la Unión Europea, por ejemplo, como regla general se prohíbe el bloqueo geográfico,²⁸ en otros países es mucho más sencillo llevarlo a cabo.²⁹

La facilidad con la que operan las plataformas digitales al mismo tiempo en distintos países representa nuevos retos y dificultades para los reguladores. La inexistencia de acuerdos de coordinación entre los órganos de distintos países podría dificultar llevar a cabo las acciones que corresponden en caso de que las empresas lleven a cabo prácticas anticompetitivas. Además, en el contexto actual *"crece la probabilidad de que en un país surjan conductas que tengan efectos en otras jurisdicciones"*.³⁰ Ante la ausencia de coordinación, las agencias podrían llevar a cabo investigaciones simultáneas en varios territorios, y los efectos de las decisiones quizá serían contradictorios. La implementación de mecanismos de cooperación generaría incentivos para que agencias investiguen prácticas que también afectan a otros países.³¹

3. Efectos de red, mercados de dos (o más) lados y costos de cambio

Uno de los aspectos más importantes de las plataformas digitales en el contexto de la competencia económica son los efectos de red. La comprensión de los efectos de red, directos e indirectos, es clave para visualizar las dificultades que representan las plataformas digitales

²⁶ Hamulák, Ondrej y otros. *"This content is not available in your country" a general summary on geo-blocking in and outside the European Union*. 2021, (pp. 153-183), p. 154. Disponible en línea: **International and Comparative Law Review**. Vol. 21, 2021 <<https://sciendo.com/article/10.2478/iclr-2021-0006>> (Consulta: Oct. 15, 2021).

²⁷ Loc. Cit.

²⁸ Esto conforme al Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.o 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE.

²⁹ Hamulák, Ondrej y otros, Ob. Cit., p. 177.

³⁰ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 14.

³¹ Loc. Cit.

para los reguladores y para la entrada de nuevos competidores que quizá puedan ser más eficientes o innovadores que los agentes económicos que se benefician de ellos. Los efectos de red dan paso también al tema de los mercados de múltiples lados, así como los costos de cambio que enfrentan los consumidores en ciertos casos.

Múltiples plataformas digitales son redes sociales. Como usuarios de redes sociales, nos vemos beneficiados de que más usuarios se unan. Facebook, por ejemplo, no sería igual de atractivo si los familiares y amigos del usuario no formaran parte de la red social. Si partimos de que Facebook es una red social en la cual los usuarios buscan interactuar con sus amigos, comunicarse con ellos y estar al tanto de sus actividades, entonces es claro que entre más personas cercanas a ellos se unan, más será atractiva la plataforma para ellos. De manera general, ¿qué se puede concluir a partir de este ejemplo? Que, tratándose de plataformas digitales, *“el valor de un producto para los usuarios aumenta conforme se incrementa el número de usuarios”*.³² Es así como surgen los efectos de red.

Los efectos de red se dividen en directos e indirectos. El ejemplo anterior es un caso en el que surgen efectos de red directos, pues el valor de Facebook para los usuarios incrementa conforme más usuarios se unen a la red social.

Existe otro tipo de efectos de red: los indirectos. Este tipo de efectos se puede visualizar en el siguiente ejemplo: los oferentes de productos en Amazon, se ven beneficiados por un incremento en el número de personas que utilizan la plataforma, o bien, que están suscritos a Amazon Prime, pues incrementan las probabilidades de que compren los bienes que están ofreciendo. Otro caso es el de quienes pagan por anuncios en plataformas digitales. Mientras más usuarios tengan estas últimas, más probable es que compren el servicio o bien que promocionen, por lo que el valor que le otorgan a la plataforma sería mayor. Este tipo de efectos *“aparecen cuando distintas categorías de usuarios conviven en una misma plataforma”*.³³

³² Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 18.

³³ Loc. Cit.

El presupuesto de los efectos de red indirectos, como observamos en el ejemplo pasado, es la existencia de “*distintas categorías de usuarios*”.³⁴ Este fenómeno se da en aquellas plataformas de dos o más lados. “*Una plataforma cuenta con dos lados cuando conecta dos grupos de usuarios que son claramente identificables*”.³⁵ Es importante tomar en cuenta que la literatura también considera plataformas de dos o más lados aquellas que conectan usuarios de la misma categoría sin que opere activamente un intermediario entre ambos.³⁶

Además de los ejemplos anteriores, otro es el de Airbnb, empresa que conecta a quienes pretenden rentar un lugar como hospedaje y a los propietarios de estos lugares.³⁷ Las plataformas digitales de dos lados hacen más eficiente la interacción entre usuarios pertenecientes a distintas categorías, pues no sólo permiten que exista dicha interacción, sino que incluso, se presta a que se dé de manera rápida.³⁸

Los efectos de red indirectos tienen como presupuesto la existencia de plataformas de múltiples lados, pero la dependencia entre ambos es recíproca. Más allá de que el valor de la plataforma incremente para los usuarios de un lado mientras aumenta el número de usuarios del otro lado, esto sólo ocurre si hay una participación activa de éstos.³⁹ Las plataformas suelen incentivar la participación de ambos grupos empleando una estrategia en la que ofrecen tarifas muy bajas o gratuitas para los usuarios que podrían adquirir el bien o servicio que ofrecen los usuarios de la otra categoría, mientras que a estos últimos se les cobra un precio alto.⁴⁰ Nuevamente, la disponibilidad a pagar de los oferentes depende del número de clientes al que puedan acceder.⁴¹ Básicamente, “*cada lado de la plataforma es un cliente de ésta y a la vez el producto que se le ofrece a la otra categoría de usuarios*”.⁴²

³⁴ Loc. Cit.

³⁵ Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike. **Competition Policy for the Digital Era**. p. 21. Disponible en línea: Comisión Europea <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>> (Consulta: Oct. 17, 2021).

³⁶ Krishnan, Ramayya, Smith, Michael D. y Telang, Rahul. **The Economics of Peer-to-Peer Networks**. (2003). Citado por: Comisión Federal de Competencia Económica. **Repensar la Economía Digital**. Disponible en línea: Autor <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlapcompetenciaenlaeconomiaigital_01022018.pdf> (Consulta: Oct. 9, 2021).

³⁷ Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike, Ob. Cit., p. 21.

³⁸ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 19.

³⁹ Loc. Cit.

⁴⁰ Loc. Cit.

⁴¹ Loc. Cit.

⁴² Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike, Ob. Cit. p. 22.

Los efectos de red no solamente surgen en plataformas digitales. Sin embargo, en éstas últimas son aún más fuertes porque “*el costo de producción es mucho menor proporcionalmente que el número de usuarios que tienen*”.⁴³ Los efectos de red incrementan la rentabilidad de un negocio e incrementan el valor de una plataforma para diversas categorías de usuarios. El problema es que este tipo de efectos pueden incentivar fuertemente la concentración en los mercados e impedir la entrada de competidores que pudieran generar mayores beneficios para los usuarios.

¿Cuándo pueden ser peligrosos o incluso nocivos los efectos de red que caracterizan a las plataformas digitales? Cuando representan un *first-mover advantage* y el fenómeno de que el ganador se lo lleva todo.⁴⁴ Ambos terminan generando costos de cambio altísimos para los usuarios, así como barreras de entrada.

El *first-mover advantage*, es “*la ventaja en términos de rentabilidad que le representa a una empresa incursionar en un mercado una entrada temprana que una más tardía*”.⁴⁵ En ocasiones, esto puede generar que la empresa se coloque en una posición monopólica precisamente, ocurriendo así el fenómeno según el cual se lo lleva todo.⁴⁶ Si bien esto puede generar incentivos para que las empresas sean más innovadoras y asuman más riesgos, también puede ser perjudicial para la competencia económica.

Los fenómenos anteriores pueden inhibir la competencia en los mercados cuando se analizan en conjunto con los efectos de red. Bajo la premisa de que los usuarios son seres racionales, la existencia de plataformas más atractivas ordinariamente haría que éstos sustituyan aquellas plataformas menos atractivas que utilizan. Sin embargo, uno de los problemas que surge en el contexto de los efectos de red es el de acción colectiva. Si todos los usuarios migran en masa a la nueva plataforma, los efectos de red serían los mismos y además tendrían acceso a lo que ofrece la nueva plataforma. De todas formas, es difícil que ocurra este tipo de migraciones cuando se trata de un número muy significativo de personas.⁴⁷

⁴³ Ídem, p. 20.

⁴⁴ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 18.

⁴⁵ Lieberman, Marvin B. y Montgomery, David B. “*Conundra and Progress: Research on Entry Order and Performance*”. Agosto – Octubre, 2013, (pp. 312-324), p. 313. Disponible en línea: **Long Range Planning**, Vo. 46 <<https://doi.org/10.1016/j.lrp.2013.06.005>> (Consulta: Oct. 17, 2021).

⁴⁶ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 18.

⁴⁷ Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike, Ob. Cit., p. 22.

A mayor número de personas, mayor dificultad en la coordinación. Los incentivos para la masa son claros, pero no lo son para los usuarios como individuos salvo que esperen que el movimiento a gran escala ocurra.⁴⁸ El usuario perdería los beneficios que surgen de los efectos de red si es el único que migra.

El problema anterior se ve resumido por Shapiro y Varian de la siguiente forma:

*“Lo que es aún peor para los potenciales entrantes (al mercado) e innovadores es que los costos de cambio no operan de forma lineal: convencer a diez personas en una red a cambiarse a tu red incompatible es diez veces más complicado que convencer a uno de hacerlo. Pero necesitas a los diez, o a la mayoría de ellos: nadie querrá ser el primero en dejar los efectos de red y arriesgar permanecer varado. Precisamente porque a varios usuarios les resulta difícil coordinarse para migrar a una tecnología incompatible, el control sobre una gran base de usuarios instalados puede ser tu mayor activo”.*⁴⁹

El segundo problema que impide a los usuarios migrar hacia plataformas que pudieran ofrecerles mayores beneficios son los costos de cambio.⁵⁰ La migración a una nueva plataforma digital implicaría crear un nuevo usuario, familiarizarse con su uso y probablemente le tomaría tiempo a ésta personalizar anuncios (en caso de ofrecerlos)⁵¹ y ajustar su algoritmo para ofrecer al usuario el contenido que busca. Como veremos posteriormente, el efecto adverso de estos costos de cambio podría atenuarse a través de la interoperabilidad, *multihoming* y portabilidad de datos de los usuarios.⁵²

Las plataformas digitales dependen de los efectos de red para ser más atractivas para los usuarios y consecuentemente, aumentar su rentabilidad. El problema surge cuando estos efectos de red se convierten en una barrera de entrada, afianza el poder de mercado de los agentes económicos que incursionaron primero, y por la existencia de los costos de cambio y el problema de acción colectiva, inhibe la migración de usuarios a plataformas que pudieran representarles mayores beneficios. Cuando esto ocurre, *“el grado de dominancia sobre el*

⁴⁸ Loc. Cit.

⁴⁹ Shapiro, Carl y Varian, Hal R. **Information rules: a strategic guide to the network economy**. (Harvard Business School Press, Boston, 1999, pp. 184-185). Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike. **Competition Policy for the Digital Era**. Disponible en línea: Comisión Europea <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>> (Consulta: Oct. 17, 2021).

⁵⁰ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit. 20.

⁵¹ Loc. Cit.

⁵² Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike, Ob. Cit., p. 37.

mercado es tan extremo, que las amenazas (al incumbente) vienen desde mercados distintos al dominado".⁵³

4. Interoperabilidad, portabilidad de datos y *multihoming*

La interoperabilidad, portabilidad de datos y *multihoming* son dos fenómenos que han aparecido de la mano del desarrollo de la economía digital y del surgimiento de las plataformas digitales. Se podría decir que tienen la posibilidad de atenuar los efectos de red como barrera de entrada en los mercados en los que las plataformas participan.⁵⁴ En este apartado daremos a conocer cada uno de estos conceptos y cómo pueden reducir esas barreras.

La portabilidad de datos es "*la habilidad de los usuarios de transferir los datos que una plataforma ha recabado sobre ellos*".⁵⁵ Esto facilitaría, por ejemplo, que se le personalizaran anuncios a los usuarios, que el algoritmo de la plataforma les ofrezca el contenido que buscan y en general, que las plataformas "*analicen esa información y creen servicios más innovadores*".⁵⁶ Lo anterior genera menores costos de cambio para los usuarios que deseen migrar hacia otras plataformas y disminuye los efectos de red indirectos, pues a quienes ofrecen sus productos o compran anuncios les es atractivo que la plataforma cuente con los datos de los usuarios. El artículo 20 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea ya prevé la portabilidad de datos como un derecho de los usuarios. Cabe recalcar que hasta el momento son pocas las personas que han ejercido ese derecho.⁵⁷

La portabilidad de datos suena como una alternativa atractiva que puede llegar a atenuar los efectos de red de los incumbentes. Sin embargo, tiene como presupuesto la

⁵³ Corte de Apelaciones de Estados Unidos (Cuarto Circuito). **Novell Inc. v. Microsoft Corp.** (2007). Citado por: Khan, Lina M. "*Amazon's Antitrust Paradox*". Enero, 2017, (pp. 710 – 805), p. 786. Disponible en línea: **The Yale Law Journal**. No. 3, 2017 <https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyyeh.pdf> (Consulta: Oct. 17, 2021).

⁵⁴ Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike, Ob. Cit, p. 6.

⁵⁵ Ídem., p. 58.

⁵⁶ Omaar, Hodan. **5 Key Takeaways From the FTC Workshop on Data Portability**. Disponible en línea: Center for Data Innovation <<https://datainnovation.org/2020/11/5-key-takeaways-from-the-ftc-workshop-on-data-portability/>> (Oct. 17, 2021).

⁵⁷ Loc. Cit.

interoperabilidad.⁵⁸ Al final de cuentas, los usuarios solamente se pueden ver beneficiados si las plataformas a las que desean migrar pueden utilizar los datos que les desean transferir. La interoperabilidad es necesaria porque es “*la habilidad de un sistema, producto o servicio de comunicar y funcionar con sistemas, productos o servicios técnicamente distintos*”.⁵⁹

La interoperabilidad, además, se divide en dos tipos: vertical y horizontal. Mientras que la horizontal se refiere a aquella que existe entre productos, servicios o sistemas competidores, la vertical es la que surge entre los que son complementarios.⁶⁰ Lo interesante es que, en ocasiones, los agentes tienen incentivos para la existencia de interoperabilidad entre productos, pues al menos cuando se complementan, aumentan su valor.⁶¹ “*Por ejemplo, entre más productos complementarios (audífonos, cables, cargadores, etc.) pueda conectar un usuario a su computadora, más valiosos serán tanto los complementos como la computadora misma*”.⁶²

Es importante tomar en cuenta que no solamente puede haber interoperabilidad o ausencia de ésta, sino que grados de interoperabilidad y son los agentes los que, en principio, deciden este grado en sus productos, servicios o sistemas.⁶³ Lo que establecimos en el párrafo anterior puede ser un incentivo para hacerlo.⁶⁴

Un aspecto relacionado a la portabilidad de datos e interoperabilidad es el *multihoming*. En términos sencillos, el *multihoming* es la posibilidad de los usuarios de utilizar múltiples plataformas al mismo tiempo.⁶⁵ ¿Por qué es relevante el *multihoming*? El *multihoming* “*incentiva la exploración por parte de los consumidores y les permite a las plataformas entrantes atraerlos ofreciéndoles servicios específicos*”.⁶⁶ Usualmente, las plataformas entrantes ofrecen una pequeña serie de servicios distintos a los que ofrece el

⁵⁸ Chao, Becky y Ross, Schulman. **Promoting Platform Interoperability**. Disponible en línea: New America <<https://www.newamerica.org/oti/reports/promoting-platform-interoperability/>> (Consulta: Oct. 18, 2021).

⁵⁹ Kerber, Wolfgang y Schweitzer, Heike. “*Interoperability in the Digital Economy*”. 2017. Disponible en línea: **Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law**. No. 8, 2017 <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4531/?searchterm=None>> (Consulta: Oct. 17, 2021).

⁶⁰ Loc. Cit.

⁶¹ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit, p. 21.

⁶² Loc. Cit.

⁶³ Loc. Cit.

⁶⁴ Loc. Cit.

⁶⁵ Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike, Ob. Cit., p. 37.

⁶⁶ Ídem., p. 57.

incumbente y que le son atractivos a los usuarios. Los usuarios difícilmente van a estar dispuestos a migrar a otra plataforma si esto implica dejar de utilizar la plataforma dominante.⁶⁷ Es ahí donde resalta la importancia del *multihoming* para permitir la entrada de nuevos competidores y “*potencialmente desafiar la dominancia de una plataforma*”.⁶⁸

Es posible observar un ejemplo del *multihoming* en el mercado en el que participan las plataformas que conectan supermercados, repartidores y usuarios que desean recibir los productos del supermercado a domicilio. Entre estas plataformas se encuentran Rappi y Cornershop. El *multihoming* permite que supermercados, repartidores y clientes de supermercados utilicen ambas plataformas. El *multihoming*, al mismo tiempo, beneficia a las distintas categorías de usuarios y atenúa los efectos de red y de bloqueo, pues incrementa las probabilidades de conectar a las distintas categorías de usuarios.

Un problema que suele presentarse con la interoperabilidad y el *multihoming* son los incentivos para las plataformas digitales. Si bien, en ciertos casos les es conveniente permitirlos, también existen incentivos para limitarlos o bien, habilitarlos y luego limitarlos.⁶⁹ Un ejemplo interesante es el de Microsoft, su sistema operativo (Windows) y sus aplicaciones (Microsoft Word, Microsoft PowerPoint, Microsoft Outlook, Microsoft Excel, etc.). Lo lógico para Microsoft, en términos de rentabilidad, sería que sus aplicaciones no solamente fueran compatibles con su sistema operativo, sino que también con otros, entre ellos macOS. De esta forma tendrían acceso a un mayor número de clientes para sus aplicaciones. El problema es que, dada la dependencia de los usuarios en sus aplicaciones, Microsoft podría optar por venderlas exclusivamente a quienes cuenten con hardware que utilice el sistema operativo de Windows o hacerlas incompatibles con el sistema operativo macOS. La dependencia de los usuarios en estas aplicaciones podría llevarlos a comprar solamente el hardware con el sistema operativo de Windows. Si bien, esta práctica podría ser sancionada en ciertos países, entre ellos México, es importante considerar los incentivos que existen para las plataformas digitales con poder sustancial de mercado.

⁶⁷ Ídem., p. 57.

⁶⁸ Ídem., p. 38.

⁶⁹ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 22.

La portabilidad de datos, interoperabilidad y el *multihoming* son fenómenos o incluso herramientas que existen en los mercados en los que participan plataformas digitales. Si bien, en la mayoría de los casos presentan incentivos que atenúan los efectos de red y de bloqueo, en otros casos éstos cambian con el tiempo e impulsan a las plataformas a optar por exclusividades y realizar prácticas nocivas para la competencia en los mercados.

5. Los datos de los usuarios

*(...) “Una de las características más importantes de las plataformas digitales es el papel que desempeñan las grandes bases de datos de consumidores para el éxito de los negocios. La información siempre ha sido una variable importante para competir en los mercados. Sin embargo, en el contexto de los mercados digitales, la cantidad de datos disponibles ha aumentado exponencialmente, particularmente en tres dimensiones: volumen, variedad y velocidad. (...) La ventaja competitiva de una empresa depende, cada vez más, de su capacidad para aprovechar al máximo los datos con los que cuenta”.*⁷⁰

El párrafo anterior es una cita textual del documento que publicó la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) en México sobre su estrategia digital en marzo de 2020. En ella se destaca la importancia que representa para las plataformas digitales el acceso y uso de los datos de los usuarios. Para comprender su importancia para las plataformas digitales y los retos que representan para el derecho de la competencia, daremos a conocer los tipos de datos que existen, así como su uso por parte de las plataformas.

Una de las particularidades de las plataformas digitales es que suelen ser gratuitas para los usuarios, o bien, se les ofrecen a precios muy bajos. Esto para que una mayor cantidad de usuarios se suscriban a la plataforma y que a los oferentes de los bienes, servicios o anuncios que se presentan en ella, les sea más atractivo participar en la plataforma y tengan una disponibilidad a pagar más alta.⁷¹ La disponibilidad a pagar incrementa conforme los datos de los usuarios con los que cuenta la plataforma sean más precisos, pues de esta forma los bienes, servicios o anuncios sobre éstos se pueden personalizar de tal manera que el usuario es más propenso a adquirirlos. Básicamente, “*los usuarios se han acostumbrado a*

⁷⁰ Comisión Federal de Competencia Económica. **Estrategia Digital COFECE**. p. 5. Disponible en línea: COFECE <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/03/EstrategiaDigital_V10.pdf> (Consulta: Ago. 26, 2021).

⁷¹ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 19.

*obtener servicios de forma gratuita, a cambio de proporcionar grandes cantidades de información personal a las empresas”.*⁷²

Las plataformas digitales adquieren los datos de los usuarios, básicamente, de tres formas: voluntaria, observada e inferida.⁷³ Como su nombre lo dice, es voluntaria aquella que los usuarios otorgan de manera intencionada a la plataforma, por ejemplo, su nombre, correo, una publicación o la calificación de un servicio.⁷⁴ Son datos observados los que se derivan del comportamiento y actividad del usuario⁷⁵ dentro de la plataforma y en ocasiones fuera de ella. La tercera forma de adquirir los datos del usuario es mediante la inferencia, lo cual ocurre cuando a partir de los datos observados o que fueron proporcionados directamente por el usuario, se generan predicciones.⁷⁶

El uso de datos, a su vez, se divide en cuatro categorías: “*uso no-anónimo de datos a nivel individual, uso anónimo de datos a nivel individual, datos agregados y datos contextuales*”.⁷⁷ La primera categoría es aquella que se refiere al uso de datos con el propósito de prestar un servicio en particular al usuario. La segunda supone que se utilizaron datos a nivel individual. Sin embargo, esto no está ligado a la provisión de un servicio directo al usuario. Para el uso de datos agregados, no es necesario contar con los datos a nivel individual, sino que la suma de éstos. Y, por último, la cuarta categoría hace referencia a aquellos datos que no provienen de los usuarios.⁷⁸

De las categorías anteriores, es importante destacar la primera, pues los datos a nivel individual son considerados como datos personales y están sujetos al Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. Estos datos son aquellos a los que hace referencia el derecho a la portabilidad de datos conforme al artículo 20 del Reglamento.

⁷² Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 23.

⁷³ Foro Económico Mundial. **Personal Data: The Emergence of a New Asset Class**. (Enero 2011). Citado por: Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike. **Competition Policy for the Digital Era**. Disponible en línea: Comisión Europea <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>> (Consulta: Oct. 17, 2021).

⁷⁴ Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike, Ob. Cit., p. 24.

⁷⁵ Loc. Cit.

⁷⁶ Ídem., p. 25.

⁷⁷ Loc. Cit.

⁷⁸ Ídem., p. 26.

Entre las ventajas que representa para las plataformas digitales el uso de datos de los usuarios están las siguientes: permite personalizar servicios, es fácil de distribuir e incluso permite que quienes entren en la categoría de oferentes en las plataformas sean más agresivos, pues conocen los productos y servicios de los competidores.⁷⁹ Anteriormente hemos hecho referencia a las primeras dos, por lo que debe destacarse ahora la tercera. El uso de datos les permite a los oferentes conocer las características de los productos y servicios de sus competidores, así como sus precios, pero también de sus clientes potenciales. Lo primero les permite decidir sin incursionar en un mercado, pero también les permite adoptar estrategias que los distingan, por ejemplo, agresividad en los precios. A todo esto se le suma que los oferentes también conocen, a través de datos de los usuarios, las preferencias de sus clientes potenciales. Es así como oferentes y clientes, con ayuda del procesamiento veloz de datos en la actualidad, se ven beneficiados por el acceso a la información y datos de los segundos.⁸⁰

Más allá de las ventajas, el acceso a datos de los usuarios también presenta ciertos problemas para las condiciones de competencia en los mercados. Los datos pueden convertirse en barreras de entrada, generar efectos de bloqueo y operar como un insumo esencial para quienes quieran incursionar en el mercado en el que opera el incumbente. Más aún con la ayuda de la inteligencia artificial y algoritmos, el monitoreo de competidores puede llevar a la realización de prácticas monopólicas relativas, o incluso, a coordinación y colusión.⁸¹

¿En qué medida pueden los datos convertirse en una barrera de entrada para quienes quieran incursionar en el mercado en el que opera el incumbente? En general, el acceso a datos de los usuarios es lo que suele hacer atractivo a los oferentes y usuarios utilizar una plataforma digital debido a que facilitan su interacción, personalizan la experiencia de los usuarios y a los oferentes les permite anunciarse de manera más efectiva. Las dos últimas variables son básicamente costos de cambio que generan un efecto *lock-in* en los usuarios en ambas categorías, siempre y cuando la posibilidad de transferir sus datos se vea limitada⁸²

⁷⁹ Ídem., p. 25.

⁸⁰ Ídem., pp. 23-25.

⁸¹ Ídem., pp. 25-26.

⁸² European Parliament, Ob. Cit., p. 45.

(esto sin siquiera considerar la dificultad de lidiar con los efectos de red de las plataformas). Los efectos *lock-in* de las plataformas digitales, sumados a la dificultad de replicar o acceder a los datos con los que cuentan los incumbentes haría de los datos un insumo esencial, pues sin ellos, sería prácticamente imposible prestar los servicios que ordinariamente ofrece una plataforma digital.⁸³

El otro problema que representa el acceso a datos de los usuarios es la posibilidad de que mediante el uso de inteligencia artificial o algoritmos, los agentes económicos que los posean incurran en prácticas monopólicas relativas o absolutas. En el primer caso, el incumbente podría adaptar su estrategia con base en la de sus competidores al grado en que su agresividad tenga como propósito desplazarlos.⁸⁴ En el segundo, mecanismos de inteligencia artificial, mediante el uso de algoritmos, podrían llegar a acuerdos colusorios con competidores de manera automática.⁸⁵

⁸³ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 25.

⁸⁴ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 26.

⁸⁵ Loc. Cit.

Capítulo II

BUNDESKARTELLAMT V. FACEBOOK⁸⁶

El 6 de febrero de 2019, la autoridad alemana en materia de competencia económica, la Bundeskartellamt, emitió un fallo trascendental en contra de Facebook. El caso sentó un precedente fundamental, en parte, por tocar temas directamente relacionados con la privacidad de los usuarios de la red social. En principio parecía incluso que el caso era exclusivamente sobre eso. Sin embargo, la autoridad consideró que la actuación de Facebook en cuanto al procesamiento de datos era una manifestación del poder del que gozaba en el mercado y una conducta abusiva. Otra de las razones por las que se trata de un caso paradigmático es porque representa la dificultad que implica para los reguladores de competencia económica emplear la metodología tradicional de la materia para el análisis de casos que involucran plataformas digitales: la definición del mercado relevante, la existencia de poder de mercado Facebook y la existencia de prácticas monopólicas relativas.

A. ANTECEDENTES DEL CASO.

Facebook, la empresa bajo el escrutinio de la Bundeskartellamt, es una de las más grandes del mundo. Además de contar con Facebook.com como su producto estelar, Instagram y Whatsapp son otras de las redes sociales de las que es dueña. Las tres redes sociales son utilizadas por millones de personas en el mundo y en Alemania.

Facebook.com cuenta con distintos tipos de usuarios: quienes la utilizan para interactuar con sus amigos y compartir contenido relacionado con dicha actividad; negocios o asociaciones que la participan en ella para publicar contenido que incrementa el reconocimiento de su marca; y otro tipo de creadores de contenido que lo comparten con la

⁸⁶ Sentencia B6-22/16 con fundamento en la Sección 32(1) de la Ley contra las restricciones a la competencia. Sexta División de Decisión del Bundeskartellamt. 6 de febrero de 2019. Disponible en línea: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile%26v%3D5> (Consulta: Enero 28, 2022).

finalidad de incrementar su número de *likes* o suscriptores. Los dos últimos, participan al mismo tiempo como oferentes que en ocasiones pagan a Facebook.com por la exposición de publicidad de sus bienes y servicios en la red social. Como expusimos anteriormente, “*los usuarios se han acostumbrado a ofrecer servicios de forma gratuita, a cambio de proporcionar grandes cantidades de información personal a las empresas*”.⁸⁷ Esto último permite que Facebook.com venda anuncios altamente personalizados según el usuario en cuestión.

Facebook, además ofrece de forma gratuita una serie herramientas empresariales a negocios para sus sitios de internet y aplicaciones. Entre éstas se encuentran servicios de análisis de datos, la posibilidad de iniciar sesión por medio de Facebook.com y complementos que caracterizan a Facebook.com (botones para dar *like*, por ejemplo).

El uso de Facebook.com, aunque es gratuito, está supeditado a que el usuario acepte las condiciones del servicio al crear su cuenta. Las condiciones del servicio, a su vez, establecen que su política de datos es la que define la forma en que se procesan los datos de los usuarios. Según la Bundeskartellamt, conforme a estas políticas la recolección de datos de los usuarios por parte de Facebook va más allá de las actividades que éstos llevan a cabo en la red social, pues también se realiza cuando los usuarios ingresan a sitios o aplicaciones que emplean las herramientas empresariales de Facebook. Facebook.com procesa datos de los usuarios y sus dispositivos obtenidos en su propia red social pero también aquellos que se derivan del uso de otras plataformas que pertenecen a la misma empresa, al final de cuentas, utiliza los datos combinados. En este caso, la Bundeskartellamt analizó si el hecho de que el usuario tenga que acceder a ello para poder utilizar Facebook.com era en realidad una práctica monopólica relativa. Facebook argumentaba que la recolección, procesamiento y uso de datos era necesario para prestar su servicio y alcanzar sus intereses legítimos.

B. ANÁLISIS JURÍDICO.

⁸⁷ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 26.

La verdadera controversia de este caso es si el hecho de que Facebook.com condicione el uso de su plataforma a que los usuarios acepten términos del servicio y políticas de datos que permiten que la red social combine y utilice los datos recolectados y procesados en sus distintas plataformas y herramientas de negocios constituye una conducta anticompetitiva. El análisis de la conducta de Facebook supuso definir el mercado relevante de Facebook.com, la existencia de poder sustancial en ese mercado y posteriormente, con base en ello, si en realidad existía una conducta anticompetitiva bajo la Ley de Competencia Alemana.

1. Definición del mercado relevante

Para determinar si existe poder sustancial de mercado (las participaciones del agente, la posibilidad de fijar precios, la existencia de barreras de entrada, competidores, ente otros aspectos), primero es importante definir de qué mercado se trata. Gran parte de la complejidad del asunto para la Bundeskartellamt fue definir el mercado relevante en el que participaba el agente económico, pues las metodologías tradicionales se ven muchas veces superadas cuando están involucradas plataformas digitales de múltiples lados.

En mercados tradicionales en ocasiones no resulta tan complejo definir un mercado relevante utilizando la dimensión producto y la dimensión geográfica.⁸⁸ Para definir la dimensión producto se evalúa la posibilidad de sustituir el bien y frecuentemente se utilizan para ello metodologías que colocan al precio como factor principal, cosa que no se puede replicar al analizar plataformas digitales a las que frecuentemente se puede acceder de forma gratuita. Por otro lado, la posibilidad de sustituir productos con base en la ubicación de quienes los ofrecen⁸⁹ (dimensión geográfica) muchas veces se ve superada cuando se trata de mercados digitales por la posibilidad que tienen los agentes de ofrecer sus productos en un marco geográfico muy amplio. Cuando los agentes sujetos al escrutinio de las autoridades

⁸⁸ Comisión Federal de Competencia Económica, **Repensar la Economía Digital**, Ob. Cit., p. 50.

⁸⁹ Loc. Cit.

son plataformas de múltiples lados, la cuestión también se vuelve más complicada, pues se pudiera llegar a la conclusión de que existe un solo mercado que abarca a todos los tipos de usuarios o bien, un mercado según cada tipo de usuario.

Al iniciar el análisis del mercado relevante, dado que la plataforma digital es una de múltiples lados, la autoridad alemana consideró que el mercado de “*usuarios particulares*”, es decir, aquellos que “*operan un perfil personal*”⁹⁰, se ve afectado de manera particular. En general, se separa a este grupo de usuarios debido a que el servicio que buscan es distinto al que demandan otros grupos de usuarios (negocios o asociaciones que participan en ella para publicar contenido que incrementa el reconocimiento de su marca; y otro tipo de creadores de contenido que lo comparten con la finalidad de incrementar su número de *likes* o suscriptores, así como desarrolladores de páginas de internet y aplicaciones).

La autoridad de competencia determina que “*las actividades de Facebook para usuarios privados se llevan a cabo en el mercado nacional de redes sociales*”.⁹¹ Esto a partir de que se trata de un mercado con múltiples lados y una plataforma, y que el servicio de Facebook.com forma parte de un mercado de red social separado, como un submercado de *social media*.

La agencia alemana considera que Facebook es una plataforma de múltiples lados como resultado de ser una red financiada a partir de anuncios personalizados. Esto convierte a Facebook en un intermediario, principalmente, entre anunciantes y usuarios privados. Además, como ya se ha expuesto a lo largo de la investigación, existen fuertes efectos de red directos dentro del grupo de usuarios privados e indirectos en la relación entre anunciantes y usuarios privados. Algo que habría que tomar en cuenta es que si bien, los efectos de red indirectos benefician a los anunciantes, los usuarios tienden a aceptar la inclusión de anuncios en la red social como una implicación de utilizarla de forma gratuita y no es en realidad algo que desean. Existen entonces, efectos de red indirectos asimétricos.

⁹⁰ Sexta División de Decisión del Bundeskartellamt. Ob. Cit, p. 259.
Ídem, p. 59.

Aunque menos relevantes, también existen otros grupos de usuarios y lados en la plataforma. Desarrolladores y creadores de contenido también buscan atraer ya sea visitas o interacciones de parte de los usuarios privados o bien, incrementar su número.

El estudio del mercado relevante por parte de la Bundeskartellamt se enfoca en los usuarios privados, pues a diferencia de los otros grupos de usuarios, es el que permite evaluar qué tan sustituibles son las redes sociales. Facebook cumple distintos roles para este grupo de usuarios frente al resto. Considerar un solo mercado relevante para una plataforma de múltiples lados como Facebook.com supondría reconocer la posibilidad de cada grupo de usuarios de sustituir de manera equivalente la plataforma, es decir, requerir de ella las mismas funciones.

Después, se exponen las implicaciones de que Facebook.com preste un servicio gratuito para los usuarios privados. Una de las interrogantes es si el lado de la plataforma que involucra a los usuarios privados utilizando el servicio se puede considerar un mercado pese a ser un servicio gratuito para los usuarios. La Bundeskartellamt considera que sí. Esto con base en que ese servicio está conectado a un grupo de usuarios que sí paga: los anunciantes. Además, el financiamiento principal de la plataforma proviene de la posibilidad de anunciantes promocionándose ante usuarios que pueden acceder a Facebook.com de forma gratuita. La autoridad agrega que si bien no hay un intercambio de dinero entre la plataforma y los usuarios, sí existe una relación de intercambio de otro bien: los datos de los usuarios. Cabe mencionar que con motivo de casos como el de Facebook y otras plataformas digitales, la sección 18(2a) de la Ley de Competencia Alemana fue modificada recientemente para asegurar que no se descarte la posibilidad de que algo sea un mercado porque involucra bienes o servicios prestados de forma gratuita.

Posteriormente, la Bundeskartellamt pasa a analizar la posibilidad de sustituir por el lado de la demanda. Primero, determina que los usuarios privados de Facebook.com, más allá de que el servicio que presta la plataforma es gratuito, son clientes pues satisface cierta demanda. Si bien Facebook.com optaba porque el mercado en su dimensión producto se definiera como la atención de los usuarios, esto equivaldría a considerar el ingreso en los

casos en los que los usuarios sí pagan por acceder a la plataforma. El precio que en realidad pagan los usuarios por el uso de Facebook.com son sus datos.

Continuando con el análisis de la dimensión producto del mercado relevante, la agencia alemana determinó que la demanda por redes sociales es específica y es un submercado del *social media*. “El principal propósito de las redes sociales es encontrar y conectarse con personas que ya conocen, así como intercambiar opiniones y contenidos diariamente con contactos específicos”,⁹² mientras que el *social media* “se refiere a todos los medios utilizados por usuarios de internet para comunicarse”.⁹³

Para distinguir el servicio que presta Facebook.com y delimitar la dimensión producto del mercado relevante, la División de Decisión de la Bundeskartellamt llevó a cabo una encuesta a partir de la cual pudo identificar ciertos rasgos de la red social, así como la frecuencia de su uso por parte de los usuarios frente a otras plataformas que, en sentido amplio, serían también redes sociales. La agencia consideró que Google+, StudiVz y Jappy, entre otros servicios, tenían características muy parecidas a Facebook.com. Sin embargo, los efectos de red directos limitaban fuertemente la posibilidad de que los usuarios sustituyeran esa red social por alguna de las otras. Uno de los resultados de la misma encuesta, por ejemplo, fue que el 75% de los usuarios de Facebook.com utilizarían una red social distinta si sus amigos estuvieran en ella.

La autoridad competencia también excluye del mercado relevante a las redes profesionales, pues éstas se enfocan exclusivamente en facilitar el desarrollo de contactos profesionales. El mercado relevante de Facebook.com tampoco es el mismo de servicios de mensajería en línea porque las características de éstos no son holísticas, y “se utilizan principalmente para comunicación rápida”,⁹⁴ normalmente perdiendo relevancia con el paso del tiempo, además, es difícil encontrar contactos. Después de esto, la autoridad continúa exponiendo las diferencias en cuanto a características, funcionalidades e intensidad de su uso, entre Facebook.com y otros servicios, entre ellos, Twitter, YouTube, Snapchat y Pinterest.

⁹² Ídem, p. 69.

⁹³ Ídem, p. 47.

⁹⁴ Ídem, p. 81.

Tras analizar la dimensión producto del mercado relevante, la autoridad pasó a analizar la geográfica, misma que determinó como nacional mediante investigaciones sobre el uso de redes sociales en el país y sus características particulares ahí, entre ellas la nacionalidad de los amigos de los usuarios de la red social. Con base en esto último, la autoridad determinó que los efectos de red directos favorecían a las redes sociales con más usuarios en Alemania

La conclusión a la que llega la Bundeskartellamt es que el mercado relevante es el mercado nacional de redes sociales para usuarios particulares. En ese mercado evalúa si en realidad hubo una conducta anticompetitiva por parte de Facebook.

2. Poder sustancial de mercado

Antes de evaluar si existe una práctica monopólica relativa y una vez que se ha determinado cuál es el mercado relevante, corresponde analizar si el agente económico cuenta con poder sustancial de mercado. Al estudiar si Facebook lo tiene o no en el mercado correspondiente, la autoridad alemana realiza un estudio del concepto de poder de mercado en el caso de mercados de servicios gratuitos y evalúa los factores que indican la existencia de poder sustancial de mercado conforme a las secciones 18(3) y 18(3a) de la Ley de Competencia Alemana.

La Bundeskartellamt determina que existe poder sustancial de mercado cuando “*la posición de una empresa en el mercado le permite prevenir que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante al concederle el poder de comportarse hasta un punto apreciable, de manera independiente a la de sus competidores, clientes y finalmente, consumidores*”.⁹⁵ La posibilidad de elevar el precio del bien o servicio ofrecido no es el único criterio para evaluar la existencia de poder sustancial de mercado. Uno de los factores que deben considerarse cuando se trata de plataformas digitales financiadas a través

⁹⁵ Ídem, p. 105.

de anuncios es la cantidad de datos que pueden exigir a los usuarios privados. Los incentivos de recolectar y procesar un gran volumen de datos que además son precisos son muy altos para las plataformas, pues es lo que, en parte, le resulta atractivo a los anunciantes. Uno de los problemas es que estos incentivos terminan por anular el poder de negociación de los usuarios frente a la plataforma, así como su derecho de autodeterminación.

En Alemania, el legislador previó una situación en la que la capacidad de recolección, procesamiento y uso de datos llevara a los agentes económicos a contar con poder sustancial de mercado. La sección 18(3a) de la Ley de Competencia prevé como uno de los criterios en la evaluación del poder de mercado el acceso a datos relevantes para competir. Los usuarios, en general parecen tener mayor disposición a compartir sus datos que a pagar por el servicio. A diferencia del dinero, sus datos son un bien que puede ser “consumido” sin ser finito.

Una de las consecuencias del poder sustancial de mercado es menor transparencia en las prácticas de procesamiento de datos por parte del incumbente⁹⁶. La existencia de poder de este tipo permite el procesamiento más allá de la voluntad de los usuarios, pues estos no tienen el poder de negociación suficiente para obtener mejores condiciones del servicio. La imposibilidad de negociar ha llegado a tal grado que los usuarios optan por no leer las políticas de datos de las redes sociales cuando su uso se condiciona a aceptar sus términos y condiciones. Al final, los usuarios terminan por desconocer cuáles de sus datos se están recabando, pues no lo pueden evitar.

A la hora de evaluar los factores que pudieran indicar la existencia de poder sustancial de mercado conforme a la legislación alemana, lo primero que realiza la agencia es estudiar la estructura del mercado y sus competidores. Facebook.com tiene un porcentaje significativo de participaciones de mercado a partir del número de usuarios incluso si se consideran redes sociales que no pertenecen al mercado relevante, entre ellas Twitter, YouTube e Instagram (esta última es del mismo grupo empresarial). Más allá del número de usuarios, la autoridad tomó en cuenta la intensidad del uso, por ejemplo, cuántos de los usuarios ingresaban de forma diaria a la red social. El nivel de uso diario de una red social puede ser un reflejo de

⁹⁶ Se le considera incumbente a una empresa ya establecida, con una posición clara en el mercado, en oposición a nuevos entrantes o entrantes potenciales.

los efectos de red directos. Estar registrado como usuario pero no utilizar la red no generaría el efecto deseado por los usuarios y por la plataforma. Los efectos de red terminan por eliminar la demanda residual de competidores y constituyen una barrera de entrada para los competidores, pues son directos e indirectos. Es sumamente difícil ingresar al mercado sin la capacidad de reunir a una masa crítica de usuarios, pues solo es a partir de eso que es posible monetizar la actividad atrayendo a quienes deseen anunciarse.

Los efectos de red que hacen que un usuario desee permanecer en la red se exageran aún más sabiendo que el resto de las redes competidoras son incompatibles con Facebook. Esto en el sentido en que, pese a que los usuarios privados de Facebook suelen utilizar al mismo tiempo otras redes sociales, cada una cumple un propósito distinto para ellos, perteneciendo entonces a distintos mercados.

Las barreras de entrada generadas por los efectos de red directos e indirectos han generado un *lock-in effect* que le dificulta a los usuarios cambiar de plataforma. Cambiar implicaría convencer a tus amigos, colegas y familiares (razón muy importante por la cual los usuarios se unen a Facebook) de que también se unan, cosa que ellos, al mismo tiempo, tendrían que hacer con sus propios contactos. Los usuarios solamente cambiarían de red social si los costos de cambio son menores que los beneficios de la nueva plataforma. La ausencia de portabilidad de datos refleja también los costos de cambio. Quien desee cambiar Facebook por otra red, perdería gran parte de su información, incluyendo sus contactos y cierto contenido.

El acceso a un gran volumen de datos, por supuesto, consolida el poder sustancial de mercado de Facebook. Como ya se mencionó, Facebook tiene fuertes incentivos para tener una política de datos agresiva, pues eso puede precisar la personalización de anuncios que ofrece a un grupo de usuarios. Además, los usuarios también tienen incentivos para compartir correctamente sus datos, pues es lo que facilita que encuentren a sus amigos en la red social.

Otro de los factores que contempla la legislación alemana para analizar la existencia de poder de mercado de un agente económico es la presión a la que está sujeto derivado de la innovación de sus competidores. Lo que se busca es “*hasta qué punto las innovaciones*

pueden poner en perspectiva el poder de mercado de una empresa” y no en realidad hasta qué punto este pone en peligro las innovaciones de competidores.⁹⁷ Potencial abstracto de innovación no es suficiente como para considerar que el poder de mercado del incumbente está en peligro. La Bundeskartellamt determinó que no existía presión innovadora para Facebook por parte de sus competidores. Facebook argumentó haber innovado ante la presión competitiva que han ejercido otros también mediante innovación. Sin embargo, la autoridad considera que los agentes a los que se refiere Facebook, pese a propiciar ciertas conductas para el incumbente, no pertenecen al mismo mercado relevante y son además marginales. Incluso, la presión por innovación termina siendo insignificante cuando las reacciones del incumbente son tan rápidas, pues sus efectos ni siquiera alcanzan a reflejarse.

3. Estudio de la conducta anticompetitiva

El estudio de la conducta anticompetitiva por parte de la Bundeskartellamt se vio precedido por la definición del mercado relevante y la existencia de poder de mercado por parte de Facebook. Lo que se cuestiona la autoridad alemana es si condicionar el uso de la red social a los usuarios alemanes a que la empresa pueda recolectar datos relacionados con el usuario y sus aparatos derivados del uso de WhatsApp, Oculus, Masquerade, Instagram y las herramientas de negocios de la empresa, y luego, sin su consentimiento, combinarlos con aquellos provenientes del uso de Facebook.com, constituye una conducta anticompetitiva.

Lo primero que establece la Bundeskartellamt es que la prohibición de las empresas de abusar de su posición dominante también abarca el uso cláusulas de procesamiento de datos que son una manifestación de poder de mercado. La conducta de Facebook encuadra en las secciones 19(1) y 19(2(2) de la Ley de Competencia de Alemania:

"(1) Cualquier abuso de su posición dominante por una o dos empresas está prohibido.

(2) Un abuso existe particularmente si una empresa dominante que actúa proveedora o compradora de cierto tipo de bienes o servicios:

2. demanda pagos u otras condiciones de negocios que difieren de aquellos que muy probablemente existirían en caso de que existiera competencia efectiva; en este caso, se debe considerar

⁹⁷ Ídem, p. 143.

particularmente la conducta de empresas en mercados equiparables en donde sí existe competencia efectiva”.

La Bundeskartellamt expone cómo considera que la conducta de Facebook encuadra en estos supuestos no está prohibido por las Reglas Generales de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD), que los principios de ese marco normativo fueron infringidos y además que la conducta es una práctica abusiva, *“ponderando intereses bajo el derecho de la competencia”*.⁹⁸

Según la agencia, la actuación de Facebook es violatoria a los principios de protección de datos y es una práctica abusiva. El abuso de la posición dominante por parte de una empresa es un atentado a la protección de los consumidores, y con base en la jurisprudencia de la Corte Federal de Justicia de Alemania, *“se debe asumir que existe”*⁹⁹ cuando viola los principios de las RGPD como manifestación del poder de mercado. La jurisprudencia también ha indicado que los principios que regulan la proporcionalidad de condiciones acordadas en negociaciones en donde una de las partes carece de poder de mercado pueden utilizarse para analizar si una conducta constituye una práctica abusiva. A partir de ello, la agencia alemana consideró que los principios de las RGPD eran aplicables. A esto se le suma el hecho de que la sección 19 de la Ley de Competencia resulta aplicable cuando en negociaciones una de las partes está una clara posición de superioridad que le permite establecer de forma unilateral el contenido del contrato, eliminando la autonomía de la otra.

Conforme a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las personas tienen un derecho fundamental a la protección de datos que les permite *“decidir libremente y sin coerción respecto del procesamiento de sus datos”*.¹⁰⁰ El marco normativo de la protección de datos de las personas tiene como objeto contrarrestar las relaciones de poder asimétricas que pudieran existir entre usuarios y agentes económicos, poniendo en un balance sus intereses. *“Las cláusulas que violan los principios del derecho de protección de datos, así como las que se consideran inapropiadas bajo principios generales contractuales, constituyen abuso de una posición dominante”*.¹⁰¹

⁹⁸ Ídem, p. 149.

⁹⁹ Ídem, p. 150.

¹⁰⁰ Ídem, p. 152.

¹⁰¹ Ídem, p. 153.

Resulta interesante el análisis de la Bundeskartellamt sobre la relación entre el derecho de la competencia y el de la protección de datos. La autoridad primero argumenta cómo es que no se le excluye de aplicar principios de protección de datos al lidiar con conductas anticompetitivas. Su intervención no se debe una violación de normas de protección de datos, sino que de conductas anticompetitivas que representan una manifestación del poder de mercado a través de violaciones a este tipo de normas. En la actualidad, la acumulación de datos por parte de empresas es altamente relevante para su desempeño y posibilidad de competir frente al resto. Ante el argumento de Facebook de que la agencia carecía de los conocimientos técnicos suficientes en materia de protección de datos personales, ésta respondió que se debe considerar el marco normativo aplicable para cada agente según el sector al que pertenece.

En otro de los apartados de la sentencia, la autoridad aborda la distinción entre el pago de un precio en dinero y el intercambio de datos por la posibilidad de utilizar la plataforma digital. Mientras que los consumidores conocen su capacidad económica y disposición a pagar, cuando se trata de sus datos, estos no son finitos. Los consumidores no tienen un límite de datos que pueden compartir y desconocen qué datos están compartiendo con las empresas, a quiénes se les transmiten y en general, lo que implica el procesamiento de sus datos. Como ya se había analizado, esto es, en parte, por el nulo poder de negociación de los usuarios frente a la empresa.

Otro de los aspectos importantes es el análisis de la existencia de consentimiento por parte de los usuarios privados sobre la recolección, procesamiento y uso de sus datos al acceder a la plataforma. El artículo 7 de las RGPD establece que el consentimiento debe ser voluntario, mientras que el artículo 4 define consentimiento como “*toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen*”. La Bundeskartellamt considera que el consentimiento en realidad no es voluntario, es decir, no hay consentimiento por parte de los usuarios. No es posible hablar de libertad de decisión si para utilizar la plataforma, el usuario se ve obligado a aceptar cláusulas sobre el procesamiento de sus datos. Esto además considerando que Facebook.com es una

empresa con poder sustancial de mercado y no existen alternativas realistas considerando los efectos de red y barreras a la entrada.

El último componente del análisis de la agencia alemana es si la violación a la normativa de protección constituye una manifestación de poder de mercado que además, tiene efectos anticompetitivos. La autoridad inicia por establecer que para que la conducta se considere prohibida bajo la legislación de competencia, debe, además de tener efectos anticompetitivos, ser una consecuencia del poder sustancial de mercado del agente económico.

La Bundeskartellamt vincula la violación al derecho de protección de datos con el derecho de la competencia al considerar que la posibilidad de limitar el derecho a la autodeterminación de los usuarios privados mediante las cláusulas de acceso al servicio está directamente ligado a la posición dominante en el mercado de Facebook. Los usuarios dan por seguro que no tienen una alternativa a Facebook, por lo que llegan al punto en que leer las condiciones de uso ni siquiera resulta relevante. Los costos de cambios son tan altos que por más que no estén satisfechos con las políticas de datos de la red social, es prácticamente imposible sustituirla.

Las estrategias agresivas e ilegales de recolección, procesamiento y uso de datos de los usuarios por parte de Facebook, además dañan la competencia en el mercado relevante. El hecho de que comparta y combine datos con otras empresas del mismo grupo empresarial supone un riesgo de transferir ese poder de mercado a aquellos en los que éstas participan. Por otro lado, el acceso a datos de los usuarios es fundamental para el financiamiento de Facebook y de sus competidores, pues entre más datos tengan, mejores servicios pueden ofrecer a los anunciantes. Los competidores que sí respetaron la legislación de protección de datos se encuentran en una desventaja competitiva frente al incumbente.

4. Medidas impuestas a Facebook

La determinación de que la conducta realizada por Facebook fue anticompetitiva tuvo como consecuencia la imposición de una serie de medidas por parte de la Bundeskartellamt. Las medidas consistieron en el cese de la conducta por parte de Facebook y la prohibición de la política de datos de Facebook.com que implicaba combinar los datos recabados por la red social con aquellos derivados de otros servicios del grupo. Esto último resultó aplicable también para las empresas que integran el grupo empresarial. La prohibición no es absoluta, pues se puede superar siempre y cuando los usuarios lo consientan de forma voluntaria conforme a las RGPD, es decir, sin que el acceso a los servicios está condicionado a su aceptación. A la empresa se le otorgaron 12 meses para cumplir para declarar en sus políticas que los datos recabados en la red social no serían compartidos con las afiliadas del grupo y 4 meses para presentar un plan de implementación de estos cambios.

Capítulo III

LA INTERSECCIÓN ENTRE COMPETENCIA Y PRIVACIDAD DE DATOS

Como hemos visto a lo largo de la investigación, es difícil asegurar condiciones de competencia efectiva en los mercados dominados por plataformas digitales. Ya hemos analizado las particularidades que presenta su tratamiento para el derecho de competencia y lo difícil que es aplicar las metodologías tradicionales de la materia en los casos en los que están involucradas. A lo largo de este capítulo estudiaremos las posibles formas de entender la relación entre el derecho de la competencia y la privacidad de datos. En dos de ellas el *“desacuerdo fundamental es si la privacidad de datos debe ser considerado propiamente como un factor en el análisis de competencia”*,¹⁰² mientras que la tercera aproximación adopta un análisis totalmente distinto, que supone que la competencia y la privacidad no siempre son complementarias.

A. COMPETENCIA ECONÓMICA Y PRIVACIDAD DE DATOS DE LOS USUARIOS: ASUNTOS INDEPENDIENTES

La doctrina tradicional ha establecido que la competencia económica y privacidad de datos son asuntos independientes más allá de que en múltiples de los casos más importantes en los últimos años han participado plataformas digitales para las cuales los datos de sus usuarios y los consumidores resultan trascendentales. La teoría separatista toma esta posición con base en la distinción de las dos áreas en que históricamente interviene de forma independiente la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (FTC)¹⁰³ y una crítica a la creencia reciente de los reguladores y del público que equipara el precio a pagar con los datos que deben proporcionar los consumidores para acceder a las plataformas, así como que

¹⁰² Douglas, Erika M. “*The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*”. Enero, 2021. p. 658. Disponible en línea: **The Yale Law Journal Forum**. Vol. 130, 2021 <https://www.yalelawjournal.org/pdf/DouglasEssay_pv1pt6ak.pdf> (Consulta: Feb. 1, 2022).

¹⁰³ Douglas, Erika M, “*The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*”, Ob. Cit., p. 653.

su poder de mercado se refleja en políticas de datos agresivas que ofrecen menor privacidad para los consumidores.¹⁰⁴

El primero de los argumentos es que la FTC ha tenido históricamente dos mandatos que protegen al público de cuestiones distintas. El primero de los mandatos cubre el área del derecho de la competencia y atiende conductas que resultan dañinas para el bienestar del consumidor y la eficiencia económica en el mercado, mientras que el segundo, la protección del consumidor, “*se considera el más adecuado para asegurar que los consumidores en lo individual reciban los beneficios de lo que negocian por su enfoque en el consumo informado y expectativas razonables*”.¹⁰⁵ Quienes abogan por esta teoría temen principalmente que incorporar la protección de datos de los usuarios al análisis de prácticas monopólicas ocasione confusiones al evaluar el tradicional estándar de bienestar del consumidor,¹⁰⁶ mismo que “*ha guiado la interpretación del Sherman Act desde los setentas*”.¹⁰⁷

James C. Cooper y John M. Yun, profesores de la *Antonin Scalia Law School*, se han inclinado por la postura separatista a partir de críticas a la analogía que en ocasiones se ha realizado entre el precio y datos a pagar. El primero de los argumentos que postulan es el de la “*paradoja de la privacidad*”: mientras que los consumidores alegan tener como prioridad su privacidad, en realidad no tiende a ser un componente que afecte sus elecciones de consumo¹⁰⁸.

Para respaldar su tesis, los autores señalan que pese a que un estudio del Pew Research Center determinó que el 81% de los estadounidenses consideran que los riesgos de privacidad asociados con la acumulación de datos de empresas superan sus beneficios, son muy pocos los que optan por desactivar el rastreo de sus actividades en línea.¹⁰⁹ Los autores también

¹⁰⁴ Cooper, James C. y Yun, John M. “*Antitrust & Privacy: It’s Complicated*”. Junio 2021. pp. 5-6. Disponible en línea: **George Mason University Law & Economics Research Paper Series**. No. 21-14, 2021 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3871873>> (Consulta: Feb. 1, 2022).

¹⁰⁵ Douglas, Erika M, “*The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*”, Ob. Cit., p. 653.

¹⁰⁶ Loc. Cit.

¹⁰⁷ Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike, Ob. Cit., p. 40.

¹⁰⁸ Cooper, James C. y Yun, John M, Ob. Cit. p. 6.

¹⁰⁹ Auxier, Brooke, y otros. **Americans and Privacy: Concerned, Confused, and Feeling a Lack of Control over Personal Information**. (Pew Research Center, Nov. 15, 2019, <<https://www.pewresearch.org/internet/2019/11/15/americans-and-privacy-concerned-confused-and-feeling-lack-of-control-over-their-personal-information/>>). Citado por: Cooper, James C. y Yun, John M. “*Antitrust & Privacy: It’s Complicated*”. Junio 2021. Disponible en línea: **George Mason University Law & Economics Research Paper Series**. No. 21-14, 2021 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3871873>> (Consulta: Feb. 1, 2022).

consideran que existe un problema de información asimétrica. Los consumidores no saben realmente si las empresas se apegan a sus políticas de datos, por lo que les resulta difícil creer que las plataformas se apegarán a ellas. Es por ello que a las empresas ni siquiera tendrán incentivos para adoptar las mejores prácticas tratándose de políticas de datos. Por una falla de mercado, adoptar este tipo de políticas no sería premiado por los consumidores.¹¹⁰ *Ocultar prácticas de datos potencialmente impopulares en políticas de privacidad densas (...) y renunciar a promesas de privacidad es la estrategia dominante independientemente del número de competidores en un mercado*”.¹¹¹

Otro de los argumentos es que mientras que suele haber menor bienestar del consumidor cuando aumentan los precios, mayor recolección de datos no necesariamente lo ocasiona, pues eso hace que las plataformas digitales puedan incrementar la personalización de los servicios que ofrecen.¹¹²

A través de un análisis empírico, ambos autores también insisten que el poder de mercado de las empresas no tiene como consecuencia la realización de prácticas que tienden a disminuir la privacidad de los usuarios. Entre otras cosas, consideran la calificación de PrivacyGrade.org sobre la privacidad de las aplicaciones del Google Play Store para compararla con la concentración de los mercados y no encuentran una correlación entre ambos. Añaden también que las prácticas de datos de grandes plataformas son replicadas por las pequeñas. La conclusión a la que llegan es que “*si los mercados producen niveles subóptimos de privacidad, es probablemente por problemas de información que no tienen relación alguna con la competencia*”.¹¹³

B. CONDICIONES COMPETITIVAS PARA LA PRIVACIDAD DE DATOS DE LOS USUARIOS

¹¹⁰ Cooper, James C. y Yun, John M, Ob. Cit., p. 20.

¹¹¹ Ídem., p. 21.

¹¹² Ídem., p. 24.

¹¹³ Ídem., p. 8.

La segunda aproximación a la relación entre la competencia y la privacidad de datos de los usuarios es la integracionista.¹¹⁴ A finales de la década anterior surgió una tendencia que se inclina por ella, considerando que la competencia y la privacidad van de la mano.¹¹⁵ En general, se parte de que el bienestar del consumidor considera factores más allá del precio, como la calidad de los bienes o servicios en el mercado. Mayor calidad supone mayor bienestar. Esta aproximación integra la privacidad de datos como un elemento fundamental para evaluar la calidad de un bien o servicio,¹¹⁶ pero también considera que existe un vínculo entre el poder de mercado y la acumulación de datos de los agentes económicos.

La teoría integracionista supone que existen la competencia con base en la privacidad entre empresas. Fusiones entre dos empresas que compiten con base en dicho factor tendría como consecuencia menos opciones de ese tipo en el mercado para los consumidores. La teoría “*consideraría que la reducción en la privacidad como elemento de calidad en su evaluación sobre si una fusión sustancialmente reduciría la competencia*”.¹¹⁷ La teoría separatista, por otro lado, rechazaría analizar este factor al evaluar una fusión por considerarlo fuera del ámbito del derecho de la competencia.

Quienes apoyan esta teoría consideran lógico que la reducción de la privacidad de un bien o servicio ofrecido supone una reducción de calidad y es síntoma de poder sustancial de mercado. La privacidad, como componente de la calidad, debería ser parte del estándar de bienestar del consumidor, buscando minimizar el daño por su reducción mediante el derecho de la competencia.¹¹⁸ La misma FTC ha reconocido la posibilidad de que la privacidad sea un componente competitivo ajeno al precio.¹¹⁹

¹¹⁴ Douglas, Erika M, “*The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*”, p. 654.

¹¹⁵ Stucke, Maurice E. “*The Relationship between Privacy and Antitrust the Relationship between Privacy and Antitrust*”. Feb., 2022, p. 5. Disponible en línea: Notre Dame Law Review. Vol. 97, 2022 <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=4042262> (Consulta: Mayo 2, 2022).

¹¹⁶ Loc. Cit.

¹¹⁷ Loc. Cit.

¹¹⁸ Swire, Peter. **Behavioral Advertising: Tracking, Targeting, and Technology: Town Hall Before the FTC.** (2007, <http://www.americanprogress.org/issues/regulation/news/2007/10/19/3564/protecting-consumers-privacymatters-in-antitrust-analysis/>). Citado por: Manne, Geoffrey A. y Sperry, R. Ben. “The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework”. Mayo, 2015. Disponible en línea: **CPI Antitrust Chronicle**. Vol. 4, No. 2, 2015 <<https://ssrn.com/abstract=2617685>> (Consulta: Feb. 2, 2022)

¹¹⁹ Feinstein, Deborah. **Big Data in a Competition Environment**. Disponible en línea: Competition Policy International <<https://www.competitionpolicyinternational.com/big-data-in-a-competition->

La agencia de competencia del Reino Unido recientemente planteó en un artículo un caso que quizá sería ideal y que coloca a la privacidad como factor de calidad clave:

*“En un mercado más competitivo esperaríamos que le fuera claro a los consumidores cuáles de sus datos están siendo recabados y cómo son utilizados, y crucialmente, el consumidor tendría más control. Después esperaríamos que las plataformas compitieran entre ellas para persuadir a los consumidores de los beneficios de compartir sus datos o bien, adoptar distintos modelos de negocios para usuarios más preocupados por su privacidad. Las plataformas podrían premiar a sus usuarios a cambio de sus datos por medio de sus productos y servicios, quizá mostrando menos anuncios u ofreciendo recompensas o servicios adicionales”.*¹²⁰

Recientemente también ha habido una tendencia a ligar la existencia de poder sustancial de mercado con menor privacidad para los usuarios de plataformas digitales.¹²¹ Como ya se estudió en el capítulo anterior, la Bundeskartellamt consideró que Facebook se apalancaba de su poder de mercado para condicionar a los usuarios el acceso a la plataforma a cambio de consentir términos de servicio con políticas de datos violatorias de las RGPD. El ejercicio de su poder de mercado de esta forma les permitía, a su vez, acumular datos que fortalecían los efectos de red indirectos y evitaban en mayor medida la entrada de competidores potenciales considerando los altos costos de cambio.

Quienes vinculan la acumulación de datos con poder de mercado han, como la Bundeskartellamt, insistido en la posibilidad de un ciclo de retroalimentación a partir de dichos datos. Cuando los incumbentes tienen mayor acceso a datos, *“tienen mayor capacidad de mejorar y precisar sus productos relacionados con datos”*.¹²² Esto representa una gran ventaja frente plataformas que quizá ofrecen mejores servicios en otras cuestiones, pero la ausencia de datos les impide competir.

La portabilidad de datos es otro ejemplo de la posibilidad de trasladar cuestiones relacionadas con los datos de los usuarios al derecho de la competencia. Debido a los costos de cambio que representan el cambio de una plataforma a su competidor, los reguladores han considerado que el derecho de portabilidad de datos de los usuarios es algo positivo para la

environment/#:~:text=Since%20the%20decisions%20firms%20make,non%2Dprice%20dimension%20of%20competition.> (Consulta: Feb. 2, 2022).

¹²⁰ Competition & Markets Authority. **A new pro-competition regime for digital markets: Advice of the Digital Markets Taskforce**. p. 72. Disponible en línea: GOV.UK <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_Advice.pdf> (Consulta: Feb. 5, 2022).

¹²¹ Douglas, Erika M, “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface”, Ob. Cit., p. 656.

¹²² Douglas, Erika M. “Digital Crossroads: The Intersection of Competition Law and Data Privacy”. Julio, 2021. p. 80. Disponible en línea: Temple University Legal Studies. No. 2021-40 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3880737>> (Consulta: Feb. 2, 2022).

competencia.¹²³ Disminuir los costos de cambio lógicamente aumentaría las posibilidades de entrar al mercado para competidores que quizá son más innovadores o tienen un producto con más funcionalidades que el del incumbente, pero se ven afectados por los efectos de red.

C. ¿MAYOR PRIVACIDAD DE DATOS DE LOS USUARIOS O MAYOR COMPETENCIA EN LOS MERCADOS?

Las dos teorías anteriores para entender la relación entre el derecho de la competencia y la privacidad de datos, más allá de sus claras diferencias, coinciden en que ambas materias son complementarias. La separatista parte de que ambas no deben entrelazarse, pero considera que ambas tienen por objeto a grandes rasgos la protección de los consumidores más allá de distinciones particulares; la integracionista asume una correlación entre privacidad y competencia: si una mejora la otra también, si una empeora, lo mismo ocurre con la otra.¹²⁴ Las dos suponen que se pueden perseguir los intereses de ambas materias sin que eventualmente sea necesario optar por una de ellas. Erika M. Douglas, quien recientemente publicó un artículo en el *Yale Law Journal Forum* en donde argumenta que en muchas ocasiones hay tensiones entre ambas ramas y no una correlación, propone una tercera postura a partir de ello. Lo mismo hace Maurice E. Stucke en un artículo que está por publicarse en el *Notre Dame Law Review*.¹²⁵

En su artículo, Stucke describe cómo los especialistas del derecho de la competencia pasaron de negar la relación entre la privacidad y el derecho de la competencia a considerar a la primera como un factor importante para evaluar la competencia más allá del precio.¹²⁶ El problema es que, en ocasiones, hay tensión o incluso oposición entre ambas.¹²⁷ Un ejemplo de esto es la competencia entre distintas compañías por recabar nuestros datos. Stucke sugiere establecer bases mínimas para asegurar la privacidad de los usuarios para que las empresas tengan incentivos para competir en áreas en las que verdaderamente se verían beneficiados

¹²³ Douglas, Erika M, “*The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*”, Ob. Cit., p. 656.

¹²⁴ Loc. Cit.

¹²⁵ Stucke, Maurice E., Ob. Cit., p. 11.

¹²⁶ Ídem., pp. 1-11.

¹²⁷ Ídem., p. 11.

los consumidores.¹²⁸ Quizá otra óptica del derecho de la competencia abogaría por “democratizar” el acceso a los datos de los usuarios para reducir barreras de entrada y “*maximizar el valor derivado del acceso a ellos*”.¹²⁹ En general, recomienda Stucke, es importante que en la toma de decisiones de las autoridades se alineen las políticas de competencia, privacidad y protección del consumidor.¹³⁰

¿A qué se debe la tensión emergente entre ambas ramas para Douglas? Douglas establece que principalmente a dos cuestiones: el reciente uso de la privacidad de los consumidores como justificación de los agentes económicos para incurrir en prácticas anticompetitivas y la posibilidad de imponer medidas que otorguen a los competidores el acceso a datos que poseen las plataformas predominantes.¹³¹ Esto último exigiría que se divulguen datos de los consumidores.

Como en múltiples países, en México la legislación de competencia contempla que para que un acto se considere como práctica monopólica relativa, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos conforme al artículo 54 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE): que encuadre en uno de los supuestos del artículo 56; que el agente que lo lleve a cabo goce de poder sustancial de mercado en el mercado relevante; y que tenga como objeto o efecto en el mercado relevante o en uno relacionado desplazar indebidamente competidores, impedir su acceso al mercado o “*establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios agentes*”. Bajo la regla de la razón, además, la práctica solamente se sancionaría si en realidad sus efectos son anticompetitivos y además después de que eso se ha comprobado, el agente económico no puede demostrar ganancias en eficiencia que resultan en una mejor al bienestar del consumidor.

Las empresas dominantes en sus mercados recientemente han alegado que prácticas posiblemente anticompetitivas tienen una justificación válida con base en la protección de los datos de sus usuarios.¹³² Un caso interesante que cita Douglas es aquel entre HiQ y LinkedIn y que se ha judicializado. HiQ solía recabar datos de los perfiles de usuarios de

¹²⁸ Loc.cit.

¹²⁹ Loc.cit.

¹³⁰ Ídem., p. 17.

¹³¹ Douglas, Erika M, “*The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*”, Ob. Cit., p. 661.

¹³² Loc. Cit.

LinkedIn para después operar un software de análisis de datos y ofrecer sus servicios a empleadores. LinkedIn dejó de permitirle a HiQ realizar esa actividad argumentando que violaba los ajustes de privacidad que los usuarios elegían.¹³³

La importancia de tener acceso a la información de los perfiles de LinkedIn de los usuarios es que en ellos publican si están en búsqueda de un empleo (más allá de contar con uno o no). Mediante los datos de los cuales se alimenta, el software de HiQ les indica a sus clientes (empleadores), si hay empleados en riesgo de salir de la empresa. Dejar de realizar esa actividad pone en riesgo a HiQ, la cual alegó que el acto de su competidor en realidad se trataba de una práctica que buscaba desplazarla indebidamente para introducir un software similar y ofrecerlo a sus clientes.¹³⁴

Para LinkedIn aparentemente era vital asegurar la privacidad de sus usuarios. Algunos de ellos modifican la configuración inicial de su perfil para evitar que un cambio en el estatus laboral de su perfil suponga una publicación al alcance de su red profesional. La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos declaró una medida cautelar a favor de HiQ la cual pudo continuar realizando su actividad pese a violar los ajustes de privacidad de los usuarios.¹³⁵ Es aquí en donde se refleja la posibilidad de que la privacidad de datos y la competencia no sean compatibles y de que las autoridades tengan que priorizar una u otra, como en este caso.

Apple es otra de las empresas que ha justificado prácticas potencialmente anticompetitivas con base en la privacidad de datos de los usuarios. Tile, es una empresa que crea productos, software y aplicaciones para rastrear objetos importantes. Apple tiene sus propios productos y una aplicación que hace prácticamente lo mismo. Tile ha declarado que Apple esconde prácticas potencialmente anticompetitivas detrás del cuidado de la privacidad de los usuarios. Mientras que para utilizar los servicios de Tile los usuarios tienen que cambiar la configuración de sus aparatos y permitir el rastreo de su ubicación por parte la aplicación, no tienen que hacer lo mismo cuando utilizan *Find My*, aplicación de Apple. En

¹³³ Douglas, Erika M, “*The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*”, Ob. Cit., pp. 662-664.

¹³⁴ Loc. Cit.

¹³⁵ Loc. Cit.

este caso, la configuración predeterminada ya permite el rastreo de su ubicación.¹³⁶ Apple argumentó que la medida era legítima, pues los datos de “Find My” se almacenan de forma local en el aparato y los de Tile no, “*creando potencialmente mayores riesgos de privacidad y seguridad*” para los datos en ésta.¹³⁷ Si la conducta es, en efecto, anticompetitiva, ¿qué debería hacer la autoridad de competencia? ¿debería incorporar el asunto de la privacidad a su análisis? Quizá, bajo la teoría integracionista, se evaluaría el bienestar del consumidor considerando la privacidad como factor de calidad.

Otro de los posibles dilemas es el de las posibles medidas a imponer por parte de las autoridades en casos en donde quien realiza una práctica monopólica relativa tiene poder de mercado a partir de los datos a los que tiene acceso y esto representa altos costos de cambio para los usuarios y una barrera de entrada para competidores potenciales. ¿Cabría la posibilidad de que las autoridades de competencia adopten medidas que obliguen al incumbente a divulgar los datos de los usuarios para asegurar condiciones de competencia sin atender lo problemático que sería en términos de privacidad?

Douglas propone una aproximación que reconoce la tensión entre ambas materias. En cuanto a los casos de competencia en donde la privacidad de datos persigue un interés opuesto, ella sugiere que no debe haber, a priori, una preferencia por una u otra materia, sino que se debería ponderar lo que busca cada una. “*La evaluación de los efectos anticompetitivos y el poder de mercado seguiría siendo relevante, sin embargo, también deberían tomarse en cuenta consideraciones legales relacionadas con la privacidad de datos que quizá se opondrían*”.¹³⁸ Agrega que la relación entre la privacidad de datos y la competencia podría ser como la que tiene ésta con el derecho de la propiedad intelectual, en donde ambas áreas se ponderan. Descuidar el derecho de la propiedad intelectual y optar por la competencia podría desincentivar la innovación, mientras que optar por aquella y hacer a un lado la competencia también sería dañino.¹³⁹

¹³⁶ Ídem., p. 666.

¹³⁷ Ídem., p. 667.

¹³⁸ Ídem., p. 681.

¹³⁹ Ídem., p.. 681-683.

Capítulo IV

PLATAFORMAS DIGITALES: EL RETO PARA LOS REGULADORES

El auge de las plataformas digitales y asegurar condiciones de competencia efectiva en los mercados que muchas veces dominan resulta complicado para los reguladores de competencia económica. Este tipo de plataformas operan de forma distinta a la que lo han hecho empresas tradicionales que en años anteriores dominaban los mercados, suponen una serie de particularidades y emplear las metodologías tradicionales para analizar los casos en los que se ven implicadas es complejo. Los consumidores dependen de estas plataformas para muchas actividades cotidianas, por lo que es vital asegurar condiciones de competencia en los mercados en los que participan. En este capítulo estudiaremos las dos perspectivas para asegurarlas: la que considera que los reguladores deben conservar sus facultades históricas, con sutiles cambios y siempre actuando bajo el marco tradicional y la que propone una revolución tanto de las agencias como de la regulación.

A. ENFRENTAR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS CON LAS HERRAMIENTAS ACTUALES

Una de las dos perspectivas opta por tratar el asunto de las plataformas digitales y la competencia económica en los mercados en los que participan utilizando las herramientas tradicionales de los reguladores, quizá con cambios trascendentes, pero siempre conservando el uso de la regla de la razón y el análisis del bienestar del consumidor. En principio, descartan el uso de regulación *ex ante* para lidiar con este asunto y hacen énfasis en la necesidad de continuar realizando el análisis caso por caso que ha caracterizado a estas agencias, evitando un trato homogéneo de todas las plataformas digitales. Es importante destacar esta postura frente al ferviente movimiento de *break them up* en Estados Unidos.

Uno de los autores que se ubicaría en esta escuela de pensamiento sería Herbert Hovenkamp, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pensilvania. En su

artículo, *Antitrust & Platform Monopoly*, Hovenkamp descarta que los gigantes de la tecnología, entre ellos Facebook, Google y Amazon, representen el fenómeno del derecho de la competencia conocido como “el ganador se lo lleva todo”. Al contrario, tienen que innovar o realizar prácticas anticompetitivas para conservar su dominancia en los mercados. Por ello, considera que el enfoque tradicional del derecho de la competencia es aquel con el que debe estudiarse este tipo de casos, añadiendo ciertas herramientas a las tradicionales del regulador.¹⁴⁰

Lo primero que hace Hovenkamp en su artículo es descartar la posibilidad de regulación *ex ante* de las plataformas digitales para garantizar condiciones de competencia efectiva en los mercados. Esto lo hace primero rechazando la idea de que las plataformas digitales participen en mercados en los que el “ganador se lo lleva todo” y descartando que sean monopolios naturales, pues en estos sí cabría la idea de regulación profunda.

“*Un mercado en el que el ganador se lo lleva todo es uno en el que se produce el equilibrio con un solo vendedor*”.¹⁴¹ En estos casos, el vendedor no debe innovar, competir fuertemente o realizar prácticas anticompetitivas para conservar su dominancia, pues el mercado solamente permite la participación de uno. A las plataformas digitales frecuentemente se les caracteriza como empresas que participan en este tipo de mercados o bien, que son plataformas digitales y así se llega a la conclusión de que así como aquellas en la industria de las telecomunicaciones o del transporte aéreo, deben estar sujetas a un denso marco regulatorio.

Hovenkamp rechaza ese argumento postulando que las plataformas digitales son muy distintas entre sí, desde su tecnología y uso hasta los mercados en los que participan.¹⁴² Agrega también que es erróneo clasificar a todo un mercado o a una empresa como un monopolio natural, pues “*ese término en realidad aplica a ciertas tecnologías o insumos*”.¹⁴³ El autor ejemplifica lo anterior de la siguiente forma:

¹⁴⁰ Hovenkamp, Herbert. “*Antitrust and Platform Monopoly*”. Junio, 2021. Disponible en línea: **The Yale Law Journal**. Vol. 130, No. 8, 2021 <https://www.yalelawjournal.org/pdf/130.Hovenkamp_mawopj7e.pdf> (Consulta: Feb. 4, 2022).

¹⁴¹ Ídem., p. 1969.

¹⁴² Hovenkamp, Herbert, “*Antitrust and Platform Monopoly*”, p. 1956.

¹⁴³ Hovenkamp, Herbert, “*Antitrust and Platform Monopoly*”, p. 1971.

(...) “se dice que una empresa de servicios eléctricos es un monopolio natural debido a una tecnología particular, específicamente la transmisión de energía a través de cables, y el sistema es más eficiente si solo un cable llega a cada cliente. Sin embargo, la empresa eléctrica también genera energía y la generación se puede estructurar competitivamente. Puede producir su propio combustible a través de minas de carbón, yacimientos petrolíferos o parques eólicos, todos los cuales pueden producirse bajo condiciones de competencia”.¹⁴⁴

La competencia sin monopolios naturales y en mercados en donde el ganador no se lo lleva todo es de esperarse. Para conservar su dominancia, los gigantes de la tecnología deben innovar y competir fuertemente, o bien, incurrir en prácticas competitivas. Esto último se ha reflejado recientemente en acusaciones de la FTC y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ). ¿Cuál sería la necesidad de realizar estas prácticas si en realidad fueran monopolios naturales o participaran en mercados en donde el ganador se lo lleva todo?

Hovenkamp continúa su análisis estudiando los cinco factores que determinan la existencia de un monopolio natural:

1. “Ausencia de competencia estable o multi-homing entre los incumbentes;
2. Durabilidad de la posición dominante y la capacidad de adaptarse o resistir al cambio tecnológico;
3. Costos decrecientes o efectos de red y una estructura que requiere del control de una sola empresa;
4. Ausencia de diferenciación de producto significativa;
5. Ausencia de interoperabilidad o intercambio de datos”.¹⁴⁵

Sobre el primer punto, el autor expone que la mayoría de las plataformas digitales cuenta con competidores en los mercados en los que operan, y que aquellos en los que un ganador se lo lleva todo “generalmente son aquellos en los que las economías de escala, efectos de red, o la necesidad de interoperabilidad favorecen un solo formato y ese formato es controlado por una sola entidad privada”.¹⁴⁶ Menciona también que el *multihoming* es clave para asegurar competencia en estos mercados, pues el *singlehoming* implica que los usuarios optan por una sola tecnología excluyendo otra, pues el costo marginal de usar ambas resulta menor que sus beneficios. Como ejemplo de esto último, saca a colación el caso de Blu-ray y HD DVD, en donde los consumidores se inclinaron por Blu-ray a costa de HD DVD. Es importante considerar que la posibilidad del *multihoming* no es garantía de competencia efectiva, esto se puede ver en el caso del buscador de Google. Más allá de que

¹⁴⁴ Loc. Cit.

¹⁴⁵ Ídem., p. 1972

¹⁴⁶ Ídem., p. 1974.

los consumidores pueden utilizar múltiples buscadores en sus dispositivos y no hay costos de cambio, la gran mayoría se inclina por el de Google.¹⁴⁷

Al analizar los otros factores, Hovenkamp destaca lo siguiente: persisten prácticas de desplazamiento indebido en mercados en los que las plataformas digitales son concebidas como monopolios naturales, históricamente las empresas dominantes eventualmente pierden ese estatus.¹⁴⁸ Los cambios tecnológicos han sido causas del fin de la dominancia de ciertas empresas, la ausencia de restricciones de capacidad en algunos casos, la competencia con agentes económicos que no son plataformas y la existencia y posibilidad de que surjan productos diferenciados.¹⁴⁹

Después de descartar la generalización de que los mercados en los que participan las plataformas digitales son unos en los que “el ganador se lo lleva todo”, Hovenkamp establece que las medidas correctivas deben tener el bienestar del consumidor como objetivo y se debe intervenir exclusivamente cuando la competencia está en peligro. Las medidas, considera el autor, deben siempre adecuarse al caso específico que se esté analizando. Si es, por ejemplo, aquel en que Google preinstala su buscador en los dispositivos en Android, bastaría con que a los nuevos usuarios de Android se les ofrezca la opción de elegir el buscador de su preferencia en la configuración inicial.¹⁵⁰ La institución que imponga la medida, demás, debe procurar que no sea necesaria su supervisión constante, sino que baste con el funcionamiento ordinario del mercado para que sea efectiva.

Mientras propone las medidas correctivas, critica con un énfasis particular la propuesta de desincorporación de activos o escisión de subsidiarias de los gigantes de la tecnología. Más allá de que se trate de un ejercicio difícil, no sería muy efectivo en términos de competencia de un grupo empresarial a empresas que pertenecen a ramos totalmente distintos. En ocasiones, las desincorporaciones solamente suponen un ejercicio de reasignación: un cambio de dueño sin que las antiguas prácticas se erradiquen.¹⁵¹

¹⁴⁷ Ídem., p. 1977.

¹⁴⁸ En algún momento, por ejemplo, se pensó que MySpace era un monopolio natural.

¹⁴⁹ Ídem., pp. 1983-1990.

¹⁵⁰ Ídem., p. 2011.

¹⁵¹ Ídem., p. 2000.

Entre las medidas que propone Hovenkamp en oposición a la desincorporación de activos o escisión de empresas de un grupo empresarial se encuentran la de habilitar la competencia dentro de plataformas que pertenecen a un mismo grupo empresarial modificando su estructura de administración en cuanto a la toma de decisiones y propiedad e incrementar la interoperabilidad.

Lo primero haría que pudieran castigarse prácticas monopólicas absolutas entre empresas del mismo grupo empresarial, estando así sujetas a un escrutinio más estricto que el de la regla de la razón. Aquí habría que distinguir cuando una empresa actúa como parte de un solo grupo empresarial y ciertos casos habría que modificar al grupo encargado de la toma de decisiones para que sí estuviera sujeta al análisis estricto.

Un caso involucrando a Amazon ejemplifica cómo funcionaría la propuesta anterior. En la Unión Europea se ha considerado que Amazon favorece artificialmente sus propios productos sobre los de terceros en los casos en que vende ambos. Este acto unilateral, en México, se analizaría como una práctica monopólica relativa enumerada en el artículo 56 de la LFCE. Por otro lado, se podría modificar la estructura administrativa de Amazon. Se le podría ordenar contar con un consejo de personas que han participado en la plataforma (como vendedores y compradores) para que decidiera respecto de políticas de precios, anuncios y ventas, entonces sus decisiones estarían sujetas al análisis de prácticas monopólicas absolutas.¹⁵²

En cuanto a la interoperabilidad y el *pooling*, aquella supone la existencia de “tecnología o sistemas de múltiples empresas vinculados de una forma que le permite a los usuarios procesar instrucciones para cada uno de ellos simultáneamente”, mientras que ésta hace un mayor énfasis en el intercambio de información.¹⁵³ Ambas, señala Hovenkamp, incrementan la competencia dentro de una misma red y permiten que las empresas se enfoquen en mejorar la calidad del servicio que prestan más allá de aumentar el número de usuarios al que pueden alcanzar (como en el caso del sistema telefónico). Esto, genera efectos de red directos e indirectos para todas las empresas incrementando el valor de la red. Es

¹⁵² Hovenkamp, Herbert, “*Antitrust and Platform Monopoly*”, Ob. Cit., pp. 2029-2032.

¹⁵³ Hovenkamp, Herbert, “*Antitrust and Platform Monopoly*”, Ob. Cit., p. 2032.

importante tomar en cuenta que las empresas dominantes en ocasiones no tienen incentivos para que exista interoperabilidad y con ello lleguen nuevos competidores. Sin embargo, la interoperabilidad forzada debe ser una medida correctiva ante prácticas competitivas. El *pooling* por otro lado, permitiría que exista una base de datos común para todos los competidores con los datos de los usuarios (sujeto a que estos se los permitan), para diseñar productos y servicios más personalizados.

Del trabajo de Hovenkamp se deduce que no es ideal generalizar en cuanto a que los mercados en los que participan las plataformas digitales son del tipo en que “el ganador se lleva todo”. Los posibles remedios deben evaluarse caso por caso, pues “*cuando funciona correctamente, la regla de la razón del derecho de la competencia permite que los tribunales brinden una reparación que se enfoque de manera concreta en prácticas específicas que dañan la competencia*”.¹⁵⁴ Optar por la desincorporación de activos o escisión de empresas dentro de un mismo grupo empresarial podría acabar con las economías de escala existentes, efectos de red positivos y simplemente tratarse de un ejercicio de reasignación de agentes dominantes. La interoperabilidad forzada y modificación de la estructura administrativa y de propiedad parecen soluciones creativas prometedoras.

En su artículo, *Antitrust in a Time of Populism*, Carl Shapiro, profesor de la Universidad de California en Berkeley, evalúa algunas propuestas de política de competencia en el contexto actual de preocupación sobre el poderío de las grandes corporaciones.¹⁵⁵ Entre estas propuestas se encuentran la desincorporación de activos de empresas dominantes (o escisión de algunas de sus subsidiarias) en mercados concentrados, así como la regulación de empresas con poder sustancial de mercado. Shapiro considera que lo primero sería peligroso, pues reduciría la eficiencia económica y economías de escala y personalmente preferiría fortalecer la aplicación del *Sherman Act*. En cuanto a la segunda, critica el funcionamiento de la regulación de precios en industrias que experimentan cambios

¹⁵⁴ Hovenkamp, Herbert, “*Antitrust and Platform Monopoly*”, Ob. Cit., p. 2018.

¹⁵⁵ Shapiro, Carl. “*Antitrust in a time of populism*”. Febrero, 2018. pp. 737-745. Disponible en línea: **International Journal of Industrial Organization**. No. 61, 2018 <<https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>> (Consulta: Feb. 7, 2022).

tecnológicos constantes y sugiere que cuando la regulación es sobre una industria en específico, el riesgo de captura regulatoria es muy alto.¹⁵⁶

Tanto Shapiro como Hovenkamp optan por una visión tradicional del derecho de la competencia para abordar la posible respuesta del derecho de la competencia frente a las plataformas digitales y su dominancia. Hovenkamp favorece el uso de la regla de la razón para evaluar posibles conductas anticompetitivas, medidas correctivas a la medida para cada caso y descarta la regulación *ex ante* al considerar que no se puede decir que todas las plataformas digitales son monopolios naturales, sin descartar que algunos de sus insumos o activos sí podrían serlo. Además de la propuesta de interoperabilidad forzada, la más novedosa es la de la restructuración en la administración y propiedad de ciertas empresas para facilitar el rol de las agencias de competencia. De trasladar esta propuesta al ámbito mexicano, la COFECE podría estudiar ciertos actos como prácticas monopólicas absolutas, pues ya no se considerarían realizados por una sola entidad, sino que habría un acuerdo colusivo.

B. ¿HACIA UNA TRANSFORMACIÓN DE LOS REGULADORES?

Mientras que la primera perspectiva para abordar el asunto de la dominancia de las plataformas digitales se apeg a la teoría tradicional del derecho de la competencia, la segunda aborda el problema desde una forma distinta al considerar que la aproximación tradicional resulta insuficiente y en ocasiones proponiendo regulación *ex ante* del sector. En este apartado analizaremos las propuestas de Lina Khan, la Unión Europea y el Reino Unido ante la dominancia de las plataformas digitales.

Estudiar las nuevas propuestas para lidiar con las plataformas necesariamente implica estudiar lo que ha opinado Lina Khan, actual comisionada presidenta de la FTC que en 2017 publicó en *The Yale Law Journal* un artículo titulado *Amazon's Antitrust Paradox* cuando

¹⁵⁶ Shapiro, Carl, Ob. Cit., p. 744.

aún era estudiante. El artículo la llevó a la fama, tanto por lo que propone como por las críticas que recibió.¹⁵⁷ En él, critica que el derecho de la competencia haya dejado el estructuralismo económico, clasifica como errónea la visión de que la materia tiene como interés exclusivo el bienestar del consumidor, menciona algunas prácticas de Amazon, así como las formas a través de las cuales se puede lidiar con las plataformas digitales.¹⁵⁸

A grandes rasgos, “*el estructuralismo económico considera que estructuras de mercado concentrados promueven conductas anticompetitivas*”.¹⁵⁹ Esta corriente opta por un mercado compuesto por empresas pequeñas y medianas en lugar de uno con pocas, grandes empresas principalmente por tres razones: ciertas estructuras facilitan la coordinación, las empresas utilizan su dominancia para bloquear la entrada de nuevos competidores y estas empresas usan su poder de negociación frente a los consumidores para incrementar sus precios y reducir la calidad de sus servicios.¹⁶⁰ En la década de los setenta, esta corriente dejó de ser la predominante y fue sustituida por la de la Escuela de Chicago. El precio se convirtió en el principal parámetro para evaluar la competencia, cuyo interés pasó a ser exclusivamente el bienestar del consumidor.¹⁶¹ El enfoque en el precio, argumenta Khan, descuida la calidad de los productos, variedad e innovación, intereses del consumidor a largo plazo.¹⁶² El enfoque del derecho de la competencia debe ir más allá del bienestar del consumidor, asegurando mercados competitivos.¹⁶³

Entre las críticas que realiza Khan a la aproximación actual del bienestar del consumidor con el precio como principal parámetro es que descuida la estructura del mercado y el proceso que lleva a los incumbentes a gozar de poder de mercado, retrasando hasta ese punto una intervención por parte de las autoridades. Lo que propone es entender la competencia “*enfocándose en el proceso competitivo y la estructura del mercado*”.¹⁶⁴ Analizar la estructura de mercado, según Khan, permite conocer el estado competitivo en

¹⁵⁷ Hovenkamp, Herbert J. “*Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?*”. Dic., 2018. Disponible en línea: **Notre Dame Law Review**. Vol. 94, No. 2, 2018 <<https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol94/iss2/3>> (Consulta: Feb. 6, 2022).

¹⁵⁸ Khan, Lina M. “*Amazon’s Antitrust Paradox*”. Enero, 2017, (pp. 710 – 805). Disponible en línea: **The Yale Law Journal**. No. 3, 2017 <https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyeh.pdf> (Consulta: Feb. 6, 2022).

¹⁵⁹ Ídem., p. 718.

¹⁶⁰ Loc. Cit.

¹⁶¹ Ídem., p. 720.

¹⁶² Ídem., p. 737.

¹⁶³ Loc. Cit.

¹⁶⁴ Ídem., p. 745.

mayor medida que el bienestar del consumidor. Entre los beneficios de este enfoque se encuentra la reducción de intervención regulatoria y “*asigna al gobierno la tarea de crear condiciones de fondo, en lugar de intervenir para fabricar o interferir con los resultados*”.¹⁶⁵ Lo que tomaría en cuenta serían los siguientes factores: “(1) *barreras de entrada*, (2) *conflictos de interés*, (3) *la aparición de cuellos de botella o guardianes*, (4) *el uso y control sobre los datos*, y (5) *las dinámicas del poder de negociación*”.¹⁶⁶

Con base en lo anterior, en las particularidades que ya se han expuesto sobre las plataformas digitales y en la consideración de que las plataformas digitales participan en mercados en los que “el ganador se lo lleva todo”, Khan propone dos formas de abordar el problema: utilizar las herramientas del derecho de la competencia u optar por regulación *ex ante*. La primera supone reformar el derecho de la competencia, mientras que la segunda supone que los mercados en los que intervienen las plataformas son “*inherentemente monopolísticos u oligopólicos*”.¹⁶⁷

La propuesta de reformar el derecho de la competencia de Khan supone modificar la forma en que se analizan los precios predatorios. En México, por ejemplo, el uso de precios predatorios solamente se evalúa bajo la regla de la razón y solamente se consideraría ilegal “*si existen elementos para presumir que le permitirá al Agente Económico recuperar sus pérdidas mediante incrementos futuros de precios*”, y se cumple con los requisitos del artículo 54 de la LFCE, entre ellos que la conducta haya tenido por objeto o efecto “*desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos*”. Para Khan, la particularidad de las plataformas digitales en este caso es que incluso pese a que la estrategia de precios predatorios signifique que no sean rentables, las plataformas pueden financiarla a través del “*respaldo ilimitado de inversionistas*”.¹⁶⁸ Quizá sea razonable la presunción de que esta práctica es anticompetitiva cuando se trata de plataformas digitales que superan cierto umbral de participaciones de mercado por la posibilidad de que mientras se lleva a cabo, se

¹⁶⁵ Ídem., p. 746.

¹⁶⁶ Loc. Cit.

¹⁶⁷ Ídem., p. 790.

¹⁶⁸ Ídem., p. 791.

desplace a otros competidores, sea un acto difícil de probar y, entre otras cosas, genere salarios inferiores para empleados (Khan parte de que en Estados Unidos el derecho de la competencia fue concebido para proteger distintos intereses más allá de los del consumidor).¹⁶⁹

La segunda propuesta desde el derecho de la competencia de Khan tiene que ver con limitar los acuerdos que supongan una integración vertical, pues actualmente no se evitan de manera efectiva aquellos acuerdos que pudieran suponer conflictos de interés anticompetitivos o la posibilidad de que empresas dominantes en un sector se apalanquen de ello para ingresar a otro segmento de negocios. Concretamente, Khan considera que deben modificarse los límites monetarios para la revisión de acuerdos verticales, pues en ocasiones no reflejan lo valioso que resulta el intercambio de datos. Quizá sea razonable que se establezca un umbral relacionado con cantidad de datos para que también se revisen las operaciones correspondientes.¹⁷⁰

En cuanto a la integración vertical de empresas que ya se consideran dominantes, Khan considera que es importante establecer límites preventivos cuando pudieran conllevar conflictos de interés por implicar una incursión en segmentos de negocio relacionados. El conflicto de interés se presentaría en la medida en que se “*crearían circunstancias en las que una plataforma tiene un incentivo de privilegiar su propio negocio y perjudicar a otras empresas*”.¹⁷¹ Bajo esta propuesta, se prohibiría inicialmente que las plataformas ingresaran en mercados para los cuales ya opera como plataforma. En el caso de Amazon, la empresa no podría operar una plataforma de venta minorista y otra de venta por parte de terceros.¹⁷² La comisionada considera que es más sencillo para las agencias prevenir este tipo de acuerdos que monitorearlos una vez realizados.

La segunda aproximación de Khan al reto de la competencia en mercados en donde participan plataformas digitales es mediante regulación *ex ante* de las dominantes tratándolas como monopolios naturales u oligopolios. Para ello se les trataría como proveedores de

¹⁶⁹ Ídem., p. 737.

¹⁷⁰ Ídem. p. 793.

¹⁷¹ Loc. Cit.

¹⁷² Ídem., pp. 793-794.

servicios de utilidad pública como en la industria de la transportación, comunicaciones y ciertos *commodities*. Un régimen de este tipo “*plantea eliminar la competencia: acepta los beneficios de un monopolio y, en cambio, elige limitar la forma en que un monopolio puede utilizar su poder*”.¹⁷³ Este tipo de regulación surge el siglo pasado, en parte, por prácticas anticompetitivas de agentes dominantes.

En el caso de Amazon, sugiere Khan, al menos tendría que prohibirse la discriminación de precios y de servicios en caso de que se cree un esquema de regulación. De esta forma, Amazon daría el mismo trato a sus productos y los de terceros, a beneficio de los consumidores. Otra posibilidad sería la de considerar ciertos activos de Amazon como insumos esenciales para ciertos mercados adyacentes, permitiéndole a sus competidores acceso a ellos.

Entre las propuestas de regulación, vale la pena abordar la Ley de Mercados Digitales (LMD), una iniciativa que presentó la Comisión Europea ante el Parlamento de la Unión Europea en diciembre de 2020. La LMD define el concepto de guardianes de acceso, término en el que encuadran ciertas plataformas digitales, para asignarles una serie de obligaciones.

Como contexto, es importante señalar que la propia iniciativa señala que la LMD, en caso de aprobarse, sería complementaria a la legislación aplicable en materia de competencia, misma que aplica de manera *ex post*. Su objetivo principal es “*permitir que las plataformas liberen todo su potencial abordando a escala de la UE las incidencias más destacadas de prácticas desleales y de poca disputabilidad*” para que los usuarios puedan aprovechar al máximo los beneficios que traen estas plataformas cuando los mercados en los que participan sí son disputables. Esto independientemente de las prácticas anticompetitivas en que pudieran incurrir los llamados “*guardianes de acceso*”.

El ámbito de aplicación de la LMD es específicamente el de servicios de plataformas básicas (intermediación en línea, motores de búsqueda en línea, redes sociales, intercambio de videos, comunicaciones electrónicas interpersonales independientes de la numeración, sistemas operativos, computación en nube y de publicidad) y el rol que juegan los

¹⁷³ Ídem., p. 797.

proveedores de estos servicios cuando son considerados guardianes de acceso. Además de establecer métricas cuantitativas para determinar quiénes serían guardianes de acceso, éstos *“i) tienen un impacto significativo en el mercado interior, ii) operan una o más puertas de acceso importantes hacia clientes y iii) tienen o es previsible que vayan a tener una posición afianzada y duradera en sus operaciones”*. Como contexto y justificación de la ley, la Comisión Europea señala lo que ya hemos expuesto durante esta investigación: las particularidades que representan las plataformas digitales para el derecho de la competencia, los efectos de red y de cautividad, las economías de escala y la acumulación de datos.

Son guardianes de acceso aquellos que, además de cumplir con los requisitos nombrados en el párrafo superior, cumplen con una serie de umbrales relacionados con volumen de negocios, capitalización bursátil y número de usuarios, o bien, no alcanzan esos umbrales, pero a través de una investigación que considera esos factores, así como la existencia de barreras de entrada, economías de escala, cautividad de usuarios y características estructurales del mercado, se determina que también lo son. De cumplir con los umbrales, no sería necesario realizar una investigación, sino que se presumiría que los agentes son guardianes de acceso y les correspondería notificarlo a la Comisión Europea.

El artículo 5 de la LMD establece una serie de obligaciones para los guardianes de acceso, entre las que se encuentran:

- Abstenerse de combinar datos personales de usuarios procedentes de servicios distintos;
- Permitir que los usuarios profesionales ofrezcan sus productos o servicios a los usuarios finales por medio de la plataforma o por fuera bajo las mismas condiciones; y
- Abstenerse de exigir a los usuarios que se registren en otro servicio básico de plataforma como condición para acceder a uno de sus servicios básicos de plataforma, siempre y cuando aquella cumpla con los requisitos para ser considerado guardián de acceso.

Posteriormente, el artículo 6 señala una serie de obligaciones “*susceptibles de ser especificadas con más detalle*”:

- Abstenerse de utilizar, en competencia con los usuarios profesionales, datos que no sean públicamente accesibles generados a través de las actividades de dichos usuarios;
- Permitir a los usuarios finales desinstalar programas de aplicación preinstalados en el servicio de plataforma básico;
- Permitir la instalación de aplicaciones o tiendas de aplicaciones de terceros que utilicen o interoperen con sistemas operativos del guardián de acceso;
- Abstenerse de dar un trato más favorable en la clasificación a los servicios ofrecidos por el propio guardián de acceso o algún tercero de su grupo empresarial respecto de otros terceros;
- Proporcionar instrumentos para una portabilidad efectiva de los datos generados a través de la actividad de los usuarios profesionales o usuarios finales;
- Permitir a terceros proveedores de motores de búsqueda en línea, a petición de estos, el acceso en condiciones justas y no discriminatorias a datos en relación con la búsqueda gratuita y de pago generados por los usuarios finales en los motores de búsqueda en línea del guardián de acceso; y
- “*Aplicar a los usuarios profesionales condiciones generales justas y no discriminatorias de acceso a su tienda de programas de aplicación designada*”.

Los guardianes de acceso están obligados a implementar medidas efectivas para cumplir con estas obligaciones. Éstas van de la mano con cuestiones que ya se han mencionado a lo largo de la investigación: la necesidad de que las plataformas no discriminen a terceros que presten los mismos servicios o vendan los mismos productos que ellas, la interoperabilidad forzada y el *multihoming*, así como evitar combinar datos generados por los usuarios de una plataforma con aquellos de otra afiliada del mismo grupo empresarial.

Vale la pena mencionar que el régimen que propone la Comisión Europea es muy distinto al de utilidad pública que propone Khan, pues “*no está diseñado para regular*

*monopolios de infraestructura, sino que crear competencia y redistribuir ciertas rentas”.*¹⁷⁴

La propuesta tampoco implica desincorporación de activos o escisión de empresas del mismo grupo empresarial, más bien, parece ir de la mano con los consensos que ha habido en los últimos años sobre las prácticas de las plataformas digitales dominantes que resultan nocivas y conductas que anteriormente han generado investigaciones o han sido sancionadas en la Unión Europea o en Estados Unidos,¹⁷⁵ como la combinación de datos entre afiliadas de Facebook.

Entre las críticas que ha recibido la LMD se encuentran aquellas que han realizado Cristina Caffarra y Fiona Scott Morton, expertas en organización industrial del Centro de Investigación en Economía y Política (CEPR). Éstas se centran en el hecho de que la Comisión Europea optó por generalizar en cuanto a los guardianes de acceso y asignar a todos las mismas obligaciones de manera general, cuando lo más adecuado habría sido designar estas obligaciones conforme a cada modelo de negocios.¹⁷⁶

Como ya mencionamos, las obligaciones derivan de casos de la Unión Europea y en Estados Unidos, por lo que es relativamente claro a qué agentes económicos apuntan. Los modelos de negocios de plataformas digitales, a grandes rasgos, se pueden clasificar de la siguiente forma: las que se financian a partir de anuncios, aquellas que fungen como mediadoras para habilitar o señalar potenciales transacciones y las relacionadas con sistemas operativos.¹⁷⁷ Dado que cada modelo opera de forma distinta, se fortalece a partir de diferentes factores y por lo mismo se exaltan ciertas particularidades de las plataformas digitales en ellos o incluso tendencias a realizar determinadas conductas anticompetitivas o que deberían preocuparle a las agencias, sería bueno que se precisara a qué tipo de modelo va destinada cada obligación. Esto facilitaría a los guardianes de acceso implementar las medidas para cumplir con dichas obligaciones, pero también a las autoridades a identificar si las prácticas que los agentes están llevando a cabo sí van de la mano del nuevo marco regulatorio.

¹⁷⁴ Caffarra, Cristina y Scott Morton, Fiona. **The European Commission Digital Markets Act: A translation**. Disponible en línea: VoxEU <<https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>> (Consulta: Feb. 5, 2022).

¹⁷⁵ Loc. Cit.

¹⁷⁶ Loc. Cit.

¹⁷⁷ Loc. Cit.

Las expertas contrastan el marco de la Unión Europea con el que propuso la Autoridad de Competencia y de Mercados (CMA) del Reino Unido. La propuesta se caracteriza por la creación de un nuevo regulador, la Unidad de Mercados Digitales (DMU), cuyo propósito sería asegurar condiciones de competencia e innovación en mercados digitales a través de integrantes expertos en el tema y un enfoque de prevención con base en el nuevo marco regulatorio para evitar que se generen conductas anticompetitivas de agentes económicos designados con el estatus de “estatus de mercado estratégico” (SMS).¹⁷⁸ Las empresas alcanzarían la categoría de SMS en caso de tener poder de mercado que las coloca en una posición estratégica. Las plataformas clasificadas de esta forma estarían sujetas a un código de conducta personalizado, conformado por objetivos, principios y lineamientos, aplicable a la actividad por la cual se les asignó para prevenir que se apalanquen de su poder de mercado para realizar.¹⁷⁹

Otra de las características de la propuesta del CMA es que entre las facultades del DMU frente a las plataformas con la categoría de SMS se encuentra la de realizar intervenciones pro-competitivas. Éstas buscarían “*abordar la causa de raíz del poder de mercado*” promoviendo la competencia mediante actos relacionados con estándares de interoperabilidad, control sobre datos, configuraciones predeterminadas, obligaciones de proporcionar acceso sin que sea posible imponer cambios en la estructura de propiedad.¹⁸⁰ Mientras que el código de conducta tiene un enfoque de prevención del abuso del poder de mercado, las intervenciones buscan activamente imponer conductas que generen competencia en los mercados.¹⁸¹

La regulación del Reino Unido y la de la Unión Europea, tienen, al menos en principio, un enfoque preventivo a través del cual se busca evitar que las plataformas digitales dominantes tiendan a realizar conductas que anteriormente ya se han castigado o investigado. Lo que debe destacarse es que en el caso del Reino Unido el problema se aborda de una manera mucho más personalizada. Mientras que en la Unión Europea se le impone una serie

¹⁷⁸ Competition & Markets Authority, Ob. Cit., p. 6.

¹⁷⁹ Competition & Markets Authority, Ob. Cit., pp. 34-35.

¹⁸⁰ Competition & Markets Authority, Ob. Cit., p. 41.

¹⁸¹ Loc. Cit.

de obligaciones a los actores relevantes de manera general, en el Reino Unido no se propone tomar el modelo de negocio como referencia para delimitar las conductas prohibidas, sino que las crea en función de cada actor en específico. Además, parece partir de un enfoque estructuralista, distinto al de la Unión Europea y parecido al de Khan en cuanto a que considera el poder de mercado algo negativo por sí mismo y que se debe evitar. Lo que distingue a Khan, más allá de la propuesta de regular a las plataformas como se haría en el caso de los servicios de utilidad pública, es que a través de un análisis histórico del origen del *Sherman Act* llega a la conclusión de que el derecho de la competencia persigue fines más allá del bienestar del consumidor, lo que la lleva inevitablemente a conclusiones distintas a las del *status quo* en cierta medida. Habría que agregar que, tanto la Unión Europea, como el Reino Unido y Khan, a diferencia de los autores del apartado anterior, consideran que ciertas conductas deben prohibirse más allá de los efectos anticompetitivos que pudieran producir.

C. EL CASO MEXICANO

Hemos estudiado ya las propuestas tanto de la óptica tradicional del derecho de la competencia y la regla de la razón, como aquellas que optan por una transformación de las agencias de competencia económica y de sus facultades. Vale la pena que pasemos a analizar qué significarían esas propuestas en el contexto mexicano, es decir, quién podría llevarlas a cabo y los instrumentos jurídicos idóneos para hacerlo.

1. ¿IFT o COFECE?

Discutir la implementación de las soluciones que han propuesto tanto las instituciones como los expertos de competencia económica en materia de plataformas digitales en México, supone como primer problema el decidir si le correspondería hacerlo al IFT o a la COFECE.

El artículo 28 de la Constitución señala que la COFECE “*tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia*” y que el IFT “*será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones*”. En estos sectores, esta última tiene las mismas facultades que la COFECE y además, la facultad de emitir regulación *ex ante* en ciertos casos.

Para determinar en qué asuntos tratándose de plataformas digitales el responsable sería la COFECE y en cuáles lo sería el IFT, vale la pena exponer lo que se resolvió en el conflicto competencial 4/2019 por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, respecto del conocimiento de una concentración.¹⁸²

En el caso de la concentración entre Uber y Cornershop, tanto el IFT como la COFECE se consideraron competentes. La COFECE por considerar que:

(...) “*los servicios prestados a través de plataformas digitales (...) no pertenecen al sector de telecomunicaciones y que ninguno de los agentes económicos involucrados requieren directamente autorización, concesión única o de espectro radioeléctrico para llevar a cabo sus actividades en México*”.¹⁸³

Por otro lado, el IFT opinaba que la concentración involucraba “*mercados que pertenecen al sector de telecomunicaciones*”, pues en ella se veían implicadas plataformas digitales, mismas que forman parte de dicho sector.¹⁸⁴ Estas últimas, según el IFT representan mercados distintos a los servicios y productos finales que se proveen y adquieren a través de ellas. A este argumento, el IFT añade ser el único órgano con el grado de especialización necesario para analizar la concentración.

La COFECE por su parte, reduce al absurdo el argumento del IFT. Básicamente cuestiona que con base en el argumento del IFT, todo sector o actividad “*por el sólo hecho*

¹⁸² **Conflicto Competencial C.C.A. 4/2019.** Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. 21 de mayo de 2020. Disponible en línea: <http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1304/13040000260354650018016.doc_1&sec=Victor_Hugo_Figueroa_Carro&svp=1> (Consulta: Marzo 30, 2022).

¹⁸³ Ídem, p. 3.

¹⁸⁴ Ídem, pp. 12-13.

de utilizar el internet, forme parte del sector de telecomunicaciones”.¹⁸⁵ Para la COFECE, las plataformas digitales son uno de muchos canales a partir de los cuales se realizan transacciones económicas. Si se opta por realizar una transacción en una plataforma digital o en una tienda física, en realidad *“la actividad económica subyacente sigue siendo la misma independientemente del canal que se utilice para la comercialización del bien o servicio que se trate”*.¹⁸⁶ Ninguno de los servicios que prestan las plataformas digitales involucradas forma parte del sector de telecomunicaciones.

La COFECE agrega que la competencia del IFT es excepcional. Si argumenta que una actividad económica pertenece al sector de telecomunicaciones, entonces tendrá que encuadrar con la definición del artículo 3º de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Incluso, quienes notifican la concentración ni siquiera *“requieren de una autorización, concesión única o de espectro radioeléctrico para llevar a cabo sus actividades en México”*.¹⁸⁷

En su análisis, además de exponer los puntos de vista de cada órgano, el tribunal parte de que si bien, tanto Uber como Cornershop son plataformas digitales, ninguna es concesionaria de telecomunicaciones y el internet es solamente una herramienta para alcanzar sus objetivos y no el servicio *“que proporcionan esas plataformas, ni por los cuales obtienen sus ingresos”*.¹⁸⁸ *“Cornershop ofrece servicios relacionados con la logística (...), para la compra y entrega de abarrotes y bienes comestibles”*, mientras que Uber *“presta sus servicios de intermediación para el transporte de personas, la entrega de alimentos preparados y la renta de bicicletas eléctricas y scooters”*.¹⁸⁹

Al final de cuentas, el tribunal consideró, como la COFECE, que las plataformas digitales en este caso *“son un canal adicional a los otros canales mediante los cuales se realizan transacciones económicas”*, sin que la actividad económica subyacente difiera.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Ídem, p. 47.

¹⁸⁶ Ídem, p. 54.

¹⁸⁷ Ídem, p. 83.

¹⁸⁸ Ídem, p. 94.

¹⁸⁹ Ídem, pp. 92-93.

¹⁹⁰ Ídem, p. 103.

El internet es para estas plataformas un insumo. Los efectos de la concentración se verían realmente en los mercados de logística en los que intervienen Uber y Cornershop.

El tribunal determinó que la COFECE era competente para conocer de esta concentración. Se seguirán presentando casos relacionados con plataformas digitales y no bastará con que los agentes económicos involucrados las operen para que el órgano competente sea el IFT. Sin duda no será fácil resolver este tipo de casos, pero será esencial identificar los servicios que ofrece la plataforma digital correspondiente y si están relacionados con los sectores que le corresponde regular al IFT, de lo contrario, la COFECE sería competente, pues la plataforma funcionaría seguramente como un canal alternativo a los tradicionales.

2. Adopción de las propuestas

Hemos estudiado algunas de las distintas propuestas que se han presentado en materia de plataformas digitales, competencia económica y regulación. Queda claro que existen dos puntos de partida distintos para atender la problemática y que las soluciones son diversas. Vale la pena revisar qué propone la COFECE en México y cuáles serían los instrumentos jurídicos idóneos para adaptar las soluciones ya analizadas en nuestro país.

El 30 de marzo de 2020, la COFECE publicó un documento titulado “Estrategia Digital” en el que plantea una serie de acciones en la economía digital para cumplir con su mandato constitucional.¹⁹¹ Entre estas acciones quisiéramos destacar dos, una de ellas ya se ha realizado y no se ha publicado más información respecto de la segunda.

La primera es el establecimiento de una unidad de competencia en mercados digitales. Este tipo de unidades ya se ha creado en otros países para el “*análisis del desarrollo de la economía digital y sus repercusiones en los procesos de competencia*”.¹⁹² El 3 de julio de 2020, la COFECE publicó en el DOF un acuerdo mediante el cual reformó su estatuto

¹⁹¹ Comisión Federal de Competencia Económica, **Estrategia Digital**. Ob. Cit. pp. 10-15.

¹⁹² Ídem, p. 14.

orgánico para crear la Dirección General de Mercados Digitales, asignándole la responsabilidad de “*analizar el desarrollo de los mercados digitales y sus implicaciones en materia de competencia económica y libre competencia*”. La creación de esta unidad obedece al creciente número de casos en el que se verán involucradas plataformas digitales y la dinámica que representan en comparación con empresas que operan de forma tradicional.

Otra de las acciones que propone la COFECE en el documento del 2020 es la elaboración de un documento con “*propuestas de políticas pública para que los mercados digitales beneficien a más consumidores mexicanos*”.¹⁹³ El documento no solamente plantea el análisis de respuestas de distintos países, sino que posibles cambios institucionales e intervenciones de política pública que “*se tendrían que considerar para aprovechar los beneficios potenciales de los mercados digitales, pero también mitigar sus riesgos*”, incluyendo regulación específica para plataformas digitales. Todo esto partiendo del estudio de las condiciones de los mercados digitales en nuestro país.

El documento que en 2020 señaló la COFECE que estaría presentando es esencial y deberá marcar el rumbo en materia de competencia económica y plataformas digitales. Sin embargo, hasta la fecha no se ha presentado. Considerando lo anterior, exponremos qué instrumentos podría utilizar la institución para emplear las propuestas que ya hemos analizado.

Como ya hemos estudiado, las propuestas de Hovenkamp, aunque bastante innovadoras, parten de una concepción tradicional del derecho de la competencia, del análisis del bienestar del consumidor y del uso de la regla de la razón. Entre sus propuestas se encuentran las de interoperabilidad forzada, el *pooling*, el *multihoming*, la portabilidad de datos de los usuarios y la posibilidad de modificar la estructura de administración de los agentes económicos para evitar conflictos de interés en la toma de decisiones.

Al listar las propuestas de Hovenkamp, sin duda pensamos en la atribución de la COFECE de “*ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia y la libre competencia*”, conforme al artículo 12, fracción II, de la LFCE. El artículo 7 de las

¹⁹³ Ídem, p. 11.

Disposiciones Regulatorias de la LFCE establece algunos ejemplos que pudieran significar barreras de entrada. Los artículos 94 y 95 de la LFCE regulan el procedimiento de las investigaciones para la determinación de barreras de entrada. El procedimiento concluye con una resolución de la COFECE en donde puede ordenar al agente *“eliminar una barrera que afecta indebidamente el proceso de libre competencia y competencia”*. Aunque no existe un catálogo de medidas que la COFECE pueda ordenar, el artículo 12 de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE establece:

“Artículo 12. Cuando el Pleno de la Comisión pretenda aplicar medidas correctivas o aceptar las medidas propuestas en términos del artículo 94 de la Ley, debe justificar:

- I. Que la medida elimina los problemas de competencia relacionados con la existencia de Barreras a la Competencia y la Libre Competencia o las condiciones del acceso al insumo esencial; y*
- II. Que la medida alcanza los fines de forma menos gravosa o restrictiva hacia el Agente Económico al que se le pudieran imponer las medidas, dentro de las alternativas que se deriven del expediente”.*

Como el artículo expone, existen dos formas de determinar si la medida correctiva es legal y siempre tiene que ser la menos gravosa. ¿Es factible que las propuestas de Hovenkamp se lleven a cabo mediante la facultad de la COFECE de eliminar barreras de entrada? Seguramente sí. Primero habría que determinar cuál es la barrera de entrada según el caso en concreto (podrían ser los costos de cambio para los usuarios en el caso de algunas plataformas) y después habría que estudiar sus propuestas a la luz del artículo 12 de las Disposiciones Regulatorias. Lo que nos inclina a considerar que la COFECE o bien, el IFT cuando sea competente, pueda ordenar lo que sugiere Hovenkamp es que la propia Ley Federal de Competencia Económica e incluso la Constitución le faculta *“ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos”*. Es lógico que si se le permite a la agencia llevar a cabo esa medida, también se le permitiría ordenar otras que son menos gravosas.

Ahora bien, ¿qué pasa con las propuestas de Khan de regulación *ex ante* y las de las instituciones del Reino Unido y de la Unión Europea sobre obligaciones particulares para

guardianes de acceso? ¿son necesarios cambios legislativos para llevarlas a cabo? Las propuestas de Khan del tratamiento de los precios predatorios como prácticas monopólicas absolutas y la disminución de límites monetarios para el estudio de acuerdos verticales e inclusión del factor de transferencia de datos sí requerirían de reformas a la Ley Federal de Competencia Económica, pero la situación es más compleja analizando el resto de las propuestas.

Desde nuestro punto de vista, el instrumento jurídico ideal en caso de que se buscara imponer obligaciones específicas para los guardianes de acceso podría ser el de disposiciones regulatorias emitidas por el IFT y la COFECE en los sectores de su competencia. Es importante destacar lo que estableció el Pleno de la SCJN en la Controversia Constitucional 117/2014, en donde estudia precisamente la facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general del IFT y sus límites.¹⁹⁴ En la controversia, se reconoce que desde antes de la existencia de los órganos constitucionalmente autónomos, “*los poderes clásicos (legislativo, ejecutivo y judicial) no podían reclamar la titularidad exclusiva de la función jurídica que tenían asignada sólo preponderantemente y con supremacía*”.¹⁹⁵ Ahora, este tipo de órganos tienen competencias mixtas que ejercen a través de “*funciones quasi-legislativas, quasi-jurisdiccionales y quasi, ejecutivas*”.¹⁹⁶ De no contar con esas funciones, los órganos no podrían ejercitar efectivamente sus mandatos constitucionales.

Entre las preguntas relevantes que se hace el Pleno de la SCJN para estudiar la facultad regulatoria del IFT es si ésta debe estar sujeta al mismo estándar que, por ejemplo, los reglamentos emitidos con fundamento en el artículo 89, fracción I constitucional. La diferencia entre ambos es que la regulación del IFT no consiste en la mera ejecución de la ley, sino que tiene por objeto cumplir “*su función regulatoria en el sector de su competencia*”.¹⁹⁷ El IFT, concluye la SCJN, sí puede emitir regulación autónoma de carácter general “*de existir una inactividad legislativa sobre la materia*”.¹⁹⁸

¹⁹⁴ **Controversia Constitucional 117/2014.** Pleno de la SCJN. Mayo 7, 2015. Disponible en línea: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/precedente/26022>> (Consulta: Abril 1, 2022).

¹⁹⁵ Ídem, p. 94.

¹⁹⁶ Loc.cit.

¹⁹⁷ Ídem, p. 103.

¹⁹⁸ Ídem, p.

Las disposiciones administrativas de carácter general emitidas por el IFT no están sujetas al principio de reserva de ley, pero sí al de supremacía de ley, por lo que a los jueces constitucionales, al decidir sobre la validez de las disposiciones, tendrían que evaluar si existe o no en la ley “*la voluntad de rechazar las decisiones regulatorias del IFT*”.¹⁹⁹

Con base en el fallo del Pleno de la SCJN, podríamos llegar a la conclusión de que tanto la COFECE como el IFT podrían crear obligaciones particulares para los guardianes de acceso a través de disposiciones regulatorias, pues esto en ningún momento contraviene lo que establece la ley e incluso se podría decir que es una respuesta a la inactividad legislativa y urgencia en la materia.

Por otro lado, la posibilidad de emitir regulación *ex ante*, por ejemplo, regulación asimétrica, sería factible para el IFT en los sectores de su competencia, pero no para la COFECE. Mientras que el IFT tiene una función dual conforme al artículo 28 de la Constitución, es decir, “*como órgano regulador en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, y como autoridad en materia de competencia económica de los mismos sectores*”,²⁰⁰ la COFECE solamente es autoridad de competencia en el resto de los sectores. Es con base en ello que, en caso de que se considere que es óptimo regular de forma *ex ante* a las plataformas digitales en sectores que no le corresponden al IFT, es al poder legislativo al que le correspondería hacerlo.

¹⁹⁹ Ídem, p. 113.

²⁰⁰ Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, Ob. cit., p. 69.

CONCLUSIONES

En este trabajo realizamos un análisis de las particularidades que representan para los reguladores de competencia económica las plataformas digitales y los mercados que dominan. Particularmente, qué herramientas tienen para lidiar con ellas y si estas resultan suficientes. Para realizar el análisis partimos del estudio de la magnitud de las plataformas digitales, su importancia para los consumidores y sus particularidades hasta exponer algunas de las facultades de las agencias para asegurar condiciones de competencia en los mercados y por lo tanto, maximizar los beneficios que pudieran llegar a representar estas empresas para los usuarios.

En el primer capítulo de la tesis, además de introducir la importancia de las plataformas digitales en la economía global, damos a conocer por qué es tan difícil lidiar con ellas para las agencias de competencia económica. A diferencia de los gigantes tradicionales de la economía, las plataformas se han aprovechado de la tecnología para traspasar fronteras, cuestión que crea la necesidad de coordinación por parte de las autoridades de competencia económica para el estudio de casos que se les presentan.

Las plataformas digitales, además, se caracterizan por la posibilidad de contar con múltiples aspectos, cuestión que permite que se aprovechen de los efectos de red, tanto directos como indirectos, para atraer usuarios, pero también conservarlos y afianzar su posición en el mercado. A estas particularidades se les suman la potencial interoperabilidad entre ellas y la posibilidad portabilidad de datos y *multihoming* para los usuarios. Por último, los datos de los usuarios son un insumo sin el cual la posibilidad de operar sería nula para las plataformas digitales.

En el segundo capítulo analizamos el caso del Bundeskartellamt en contra de Facebook por conductas anticompetitivas. Optamos por este caso no solamente porque refleja los temas tratados en el primer capítulo, sino que además contextualiza los próximos capítulos y lo más importante es que demuestra que la pregunta de investigación de la tesis es relevante y nos atañe a todos los usuarios de las plataformas digitales. En él identificamos lo difícil que resulta para la autoridad alemana trasladar la metodología tradicional del estudio de conductas anticompetitivas a las plataformas digitales.

A lo anterior se suma lo complejo que resulta para una agencia de competencia económica la posibilidad de analizar el tema de privacidad de datos de los usuarios cuando se evalúan potenciales prácticas anticompetitivas de los agentes económicos. Resulta lógico que los efectos de red y de cautividad eviten que los usuarios de Facebook migren a plataformas digitales que pudieran ser más innovadoras u ofrecer servicios más atractivos. Sabiendo eso, por supuesto que Facebook tiene la posibilidad de contar con políticas de acumulación de datos agresivas para personalizar sus servicios, pero también atraer más oferentes de anuncios (su principal fuente de financiamiento) y conservar los que ya tiene. Incluso si se llegara a la conclusión de que a los usuarios les resulta indiferente proporcionar sus datos a cambio de tener acceso a Facebook, la plataforma digital, mediante una práctica ilegal, se apropia de un insumo que afianza su poder de mercado e impide el acceso de sus competidores potenciales.

El caso de Facebook abre la puerta al tema de la intersección entre competencia económica y privacidad de datos. Las dos posturas más populares que tratan el asunto parten de la posibilidad de que la privacidad de datos de los usuarios se utilice como factor en el análisis de competencia. La tradicional considera que son asuntos independientes, tanto por su origen como por sus propósitos distintos, suponiendo además que quienes se encuentran en el otro bando equiparan erróneamente el precio a pagar con los datos que deben proporcionar los consumidores para acceder a las plataformas. La toma de decisiones de los usuarios respecto de sus hábitos de consumo parecería ignorar las implicaciones de privacidad, aunque bien se podría argumentar que a los usuarios no les queda otra opción más que aceptar políticas de datos agresivas al no tener alternativas. La segunda postura coincide con esto último e incorpora la privacidad al análisis de competencia como un elemento de calidad y considera la ausencia de privacidad un síntoma de poder de mercado.

Quizá la tendencia sea optar por la segunda postura y argumentar que las grandes plataformas, por las particularidades que ya hemos discutido, tienen la posibilidad de acumular datos y desatender la privacidad de sus usuarios sin temor a perder participaciones de mercado. Esta escuela del pensamiento, en general, considera que mayor privacidad para los usuarios refleja mayor competencia en los mercados.

La tercera postura es la más novedosa y se distingue de las anteriores al considerar que la privacidad y la competencia no son complementarias en todos los casos, sino que en ocasiones puede haber tensión entre ambas y se oponen. Las plataformas digitales dominantes han actuado recientemente de forma oportunista, justificando prácticas que podrían ser anticompetitivas con base en la protección de la privacidad de los usuarios. ¿Qué deben hacer las autoridades de competencia ante este tipo de casos? La teoría integracionista seguramente sugeriría que el regulador evaluara el bienestar del consumidor considerando la privacidad como factor de calidad.

Los casos aún más complicados se presentan al examinar las posibles medidas para remediar prácticas anticompetitivas de las plataformas. El acceso a datos de los usuarios es clave para que nuevos agentes puedan competir efectivamente, ¿sería viable proponer como medida correctiva una divulgación masiva de los datos en una base a la que tuvieran acceso los competidores? A grandes rasgos pudiera sonar atractivo para la competencia. Sin embargo, tendría implicaciones graves de privacidad. El movimiento de *break them up* en Estados Unidos ha gozado de popularidad. Pese a ello parece descuidar cuestiones de este tipo. Al final de cuentas, descuidar una u otra área tendría implicaciones serias para los consumidores, por lo que habría que ponderar ambas, como ya lo hace el derecho de la competencia en los casos en los que parece haber tensión con la propiedad intelectual.

A lo largo de la tesis estudiamos las particularidades de las plataformas digitales, la dificultad que representa para los reguladores lidiar con ellas y la intersección y tensión entre el derecho de la competencia y la privacidad de datos de los usuarios. Todo esto para culminar con el análisis de las dos perspectivas para atender la problemática: optar por las herramientas y el análisis tradicional, con algunos cambios, o bien, por una transformación radical del derecho de la competencia que propone regulación *ex ante* e incluso cuestiona sus orígenes y los propósitos para los cuales fue creado, al menos en Estados Unidos.

Aunque la perspectiva de la transformación de las agencias de competencia económica optando por regulación *ex ante* podría ser atractiva, también cuenta con deficiencias y críticas que se le pudieran hacer. La propuesta de Khan de regulación *ex ante* parte de la premisa de que las plataformas digitales son monopolios naturales y por ende se

les trataría como proveedores de servicios de utilidad pública. La regulación que se plantea en el Reino Unido, aunque difiere de la de Khan en cuanto a que no supone que las plataformas son monopolios naturales, también considera que el poder de mercado es intrínsecamente malo, pues entre sus objetivos está el de atender las razones por las cuales las plataformas llegan a contar con poder de mercado e intervenir de manera proactiva para generar competencia en los mercados.

El marco que propone la Comisión Europea va dirigido específicamente a las plataformas que clasifica como guardianes de acceso para imponerles ciertas obligaciones atractivas, algunas de ellas de la mano con los consensos que ha habido en los últimos años sobre las prácticas de las plataformas digitales dominantes que resultan nocivas y conductas que anteriormente han generado investigaciones o han sido sancionadas en la Unión Europea o en Estados Unidos. La interoperabilidad forzada, portabilidad de datos y el *multihoming* ya se han propuesto por quienes entrarían en la escuela tradicional del derecho de la competencia.

Entre lo cuestionable de la propuesta de la Comisión está el trato de ciertas prácticas que se estudiarían bajo la regla de la razón en otras jurisdicciones como prohibidas *per se* para los guardianes de acceso: ventas atadas (exigir a los usuarios que se registren en otro servicio básico de plataforma como condición para acceder a uno de sus servicios básicos de plataforma), negativa de trato unilateral y discriminación de precios. Si ya se les considera guardianes de acceso, seguramente no sería difícil probar que son agentes con poder sustancial en el mercado relevante y, si las pruebas son dañinas para la competencia, se impondrían medidas correctivas. Incluso, estas prácticas podrían generar eficiencias en algunos casos. Lo que resulta atractivo de prohibir estas conductas es que el estudio de las prácticas anticompetitivas y la posible judicialización de casos haría que tomara mucho tiempo en que se impusieran medidas correctivas en caso de ameritarlas.

Dos de las propuestas de Khan que nos parecen especialmente interesantes e innovadoras son aquellas relacionadas con conflictos de interés y precios predatorios. Ambas van destinadas a Amazon o plataformas similares. En cuanto a los precios predatorios, una de las particularidades de empresas como Amazon es que pese a que empiezan con pocas

participaciones de mercado, son apoyadas con un financiamiento muy fuerte que les permite incurrir en pérdidas hasta llegar a tener poder sustancial. ¿Valdría la pena darles un tratamiento distinto al de empresas tradicionales que realizan estas prácticas sin contar con poder sustancial?

En cuanto al conflicto de interés, cuando empresas como Amazon incursionan en nuevos segmentos de negocios en donde ya participan sus clientes (quienes ofrecen bienes en su plataforma), éste se genera. Amazon tiene incentivos para negarles unilateralmente el trato u optar por una discriminación de precios. Nuevamente, este tipo de conductas se podrían estudiar bajo la regla de la razón, pero sabemos que el *enforcement* toma tiempo. Quizá en el lapso entre el inicio de la conducta y la imposición de medidas correctivas, ya se habría desplazado a varios competidores por medio de prácticas monopólicas relativas.

La otra perspectiva aborda este problema partiendo del énfasis en el estándar del bienestar del consumidor y utilizando la tradicional regla de la razón, pero al mismo tiempo proponiendo nuevas herramientas para los reguladores que sí harían de los mercados dominados por plataformas digitales unos más competitivos. Si bien las medidas correctivas que se implementan específicamente para cada caso suelen ser las más precisas, también hay otras que van de la mano con esta perspectiva: la de la interoperabilidad forzada, el *pooling* y la de reestructurar la administración y propiedad para facilitar el rol de las agencias de competencia.

La interoperabilidad forzada, como hemos reiterado, es una propuesta que goza de aprobación tanto para tradicionalistas como para las corrientes más modernas del derecho de la competencia. Esta herramienta pudiera reducir las barreras de entrada, costos de cambio y el efecto de cautividad, incrementando la posibilidad de nuevos agentes de competir de manera eficiente y la competencia dentro de una misma red. El *pooling*, por otro lado, es una de esas propuestas benéficas para la competencia pero que ejemplifican la tensión con la privacidad de datos de los usuarios, aunque lo razonable es que compartir la información en la base de datos que contenga su información esté sujeta a su consentimiento.

En cuanto a la reestructuración de la administración y propiedad de ciertas empresas, esto es realmente novedoso. Esto abriría las puertas que se pudieran castigar ciertas conductas entre empresas dentro del mismo grupo empresarial como prácticas monopólicas absolutas al modificar al grupo encargado de la toma de ciertas decisiones. El caso en donde es más fácil adecuar esta solución es el de Amazon. A Amazon se le ha acusado de favorecer artificialmente sus productos en su plataforma frente a los de los oferentes y realizar una negativa de trato unilateral, conducta sujeta a la regla de la razón en México. A la empresa se le podría ordenar contar con un consejo de personas que han participado en la plataforma (como vendedores y compradores) para que decidiera respecto de políticas de precios, anuncios y ventas. Esta es una forma de asegurar que no se repitan prácticas monopólicas que en principio se analizaron como relativas bajo la regla de la razón.

Más allá de las diferencias entre las perspectivas, ambas buscan asegurar condiciones competitivas en los mercados dominados por plataformas digitales reconociendo su trascendencia para los consumidores y sus particularidades frente a empresas tradicionales. El área de oportunidad de la escuela tradicional es quizá identificar los insumos o activos de plataformas digitales que sí son monopolios naturales (reconocen que sí pudieran existir) y que por ende requerirían de regulación *ex ante*. El uso de la regla de la razón, la interoperabilidad forzada, el *pooling*, las posibilidades de reestructuración de la toma de decisiones en ciertos casos y la regulación *ex ante* de activos o insumos que sí son monopolios naturales serían realmente una propuesta integral para enfrentar el problema de la competencia en mercados dominados por plataformas digitales: atienden la dificultad del *enforcement* al menos hasta cierto punto, el asunto de las barreras de entrada y costos de cambio y disminuyen los efectos de red.

Finalmente, se estudia la forma en que podrían ser adaptadas las propuestas de los expertos y de las distintas jurisdicciones a México. Como expusimos, el primer problema que se va a estar analizando en este tipo de casos es el de la competencia ya sea del IFT o de la COFECE. Consideramos que la decisión del tribunal en el conflicto competencial 4/2019 fue la correcta, pues una decisión contraria prácticamente habría sentado un precedente según el cual cada uno de los casos que involucraran el internet como un medio utilizado por los

agentes económicos involucrados fuera considerado competencia del IFT, más allá de que solamente es autoridad de competencia en sectores específicos.

En cuanto al instrumento jurídico idóneo para implementar las propuestas que se expusieron, resulta bastante interesante el uso que pudieran darle la COFECE y el IFT a su facultad de ordenar la eliminación de barreras de entrada. Pese a que no existe un catálogo de medidas correctivas como respuesta a barreras de entrada, es lógico que ambos órganos tuvieran la facultad de ordenar cada una de las que propone Hovenkamp tras la conclusión del procedimiento correspondiente. Resulta más complejo seleccionar el instrumento adecuado para las propuestas del Reino Unido, la Unión Europea y Khan, aunque que la Controversia Constitucional 117/2014 resulta bastante útil para determinar los límites a la facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general, especialmente en el caso de la IFT considerando su función dual. La emisión del documento con propuestas de política pública que tiene pendiente publicar la COFECE será esencial para determinar los pasos a seguir en la materia.

La principal aportación de nuestro trabajo, sin duda, es dar a conocer por qué ha resultado tan difícil para las agencias de competencia económica lidiar con los gigantes de la tecnología, por qué es tan importante que existan condiciones de competencia en los mercados en los que operan y analizar con qué herramientas cuentan los reguladores y cuáles necesitan para enfrentar la problemática: tanto desde la perspectiva tradicional del derecho de la competencia como desde aquella que pretende transformar la forma en que se le ha venido estudiando en los últimos años. Estudiar el caso mexicano en el último apartado, además, nos permite visualizar de qué manera se reflejarían las propuestas en México y su viabilidad.

Al iniciar la investigación suponíamos que el conflicto entre privacidad de datos y competencia sería el protagonista. Sin embargo, hemos identificado que el tema es de tal magnitud que ésta es solamente una de las aristas. Ahora, además, sabemos que, pese a que el estándar del bienestar del consumidor puede y debe seguir siendo el paradigma del derecho de la competencia, sí es necesaria una reinterpretación de las facultades de los reguladores

para lidiar con plataformas digitales, pues las actuales resultan insuficientes incluso para quienes adoptan posturas más conservadoras.

La vigencia del tema y el hecho de que está siendo discutido globalmente le agregó, por supuesto, relevancia al tema. Sin embargo, también añadió dificultades a la investigación. Hay constantes cambios, tanto por la cantidad de casos que han estado revisando las autoridades como por las posturas que han estado adoptando al analizarlos. Reconocemos que el derecho de la competencia es una rama dinámica de la economía y que hay un alto grado de convergencia entre diferentes jurisdicciones. De todas formas, varía la forma en que se estudian las conductas en ciertos países. Mientras que en algunos hay ciertas prácticas prohibidas *per se*, en otros se evalúan bajo la regla de la razón.

Es tal la complejidad de nuestro tema de investigación que aún quedan algunas preguntas pendientes para los reguladores y cuya respuesta seguramente estaremos recibiendo en los próximos años por regulación potencial, casos y divergencias entre las posturas en cada jurisdicción: ¿cuál será la postura de las autoridades al enfrentar casos en los que medidas correctivas que generarían mayor competencia supondrían una disminución en la privacidad de los usuarios? ¿valdrá la pena adoptar un enfoque preventivo y prohibir ciertas conductas que normalmente se estudiarían bajo la regla de la razón específicamente a las plataformas dominantes? ¿se conservará el estándar del bienestar del consumidor como paradigma del derecho de la competencia o se reinterpretará el propósito de la materia considerando sus orígenes en Estados Unidos? ¿existirá la coordinación suficiente entre las autoridades de distintos países para homologar las medidas impuestas y evitar distorsiones en los mercados o dificultad para cumplir por parte de los agentes? ¿explotarán las autoridades de competencia en México el potencial de su facultad de ordenar medidas correctivas cuando existan barreras de entrada? Es importante que no menospreciemos la influencia de la política en la toma de decisiones, pues en ocasiones se toman decisiones cuestionables con base en ella, descuidando el aspecto técnico.

No cabe duda de que el tema genera muchísima discusión, propuestas y distintas perspectivas por el contexto en el que vivimos. Se trata de una época en donde todas y todos dependemos de las plataformas digitales para comunicarnos, trabajar y buscar oportunidades

de trabajo, investigar y obtener bienes para el desarrollo de nuestra vida diaria. Asegurar condiciones de competencia efectiva en los mercados en los que éstas participan es vital para maximizar su potencial y los beneficios que pudiéramos alcanzar como usuarios. Quizá para hacerlo debamos continuar con el estándar de bienestar del consumidor como medida para evaluar ciertas conductas y priorizar el uso de la regla de la razón, pero al mismo tiempo utilizar herramientas modernas que nos permitan lidiar con este fenómeno previniendo y monitoreando posibles prácticas anticompetitivas y aplicando y vigilando medidas correctivas cuando correspondan.

BIBLIOGRAFÍA.

A. DOCTRINA.

ACCC. **Digital Platforms Inquiry: Final Report.** Disponible en línea: ACCC <<https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>> (Consulta: Ago. 26, 2021).

Auxier, Brooke, y otros. **Americans and Privacy: Concerned, Confused, and Feeling a Lack of Control over Personal Information.** (*Pew Research Center, Nov. 15, 2019, <<https://www.pewresearch.org/internet/2019/11/15/americans-and-privacy-concerned-confused-and-feeling-lack-of-control-over-their-personal-information/>>*). Citado por: Cooper, James C. y Yun, John M. “*Antitrust & Privacy: It’s Complicated*”. Junio 2021. Disponible en línea: **George Mason University Law & Economics Research Paper Series.** No. 21-14, 2021 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3871873>> (Consulta: Feb. 1, 2022).

Cafarra, Cristina y Scott Morton, Fiona. **The European Commission Digital Markets Act: A translation.** Disponible en línea: VoxEU <<https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>> (Consulta: Feb. 5, 2022).

Ceci, L. **Number of YouTube users worldwide from 2016 to 2021.** Disponible en línea: Statista <<https://www.statista.com/statistics/805656/number-youtube-viewers-worldwide/>> (Consulta: Abril 2, 2022).

Chao, Becky y Ross, Schulman. **Promoting Platform Interoperability.** Disponible en línea: New America <<https://www.newamerica.org/oti/reports/promoting-platform-interoperability/>> (Consulta: Oct. 18, 2021).

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). **Economía Digital para el cambio estructural y la igualdad.** Disponible en línea: Autor <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35408/1/S2013186_es.pdf> (Consulta: Oct. 9, 2021).

Comisión Federal de Competencia Económica. **Estrategia Digital COFECE.** Disponible en línea: COFECE <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/03/EstrategiaDigital_V10.pdf> (Consulta: Ago. 26, 2021).

Comisión Federal de Competencia Económica. **Repensar la Economía Digital.** Disponible en línea: Autor <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlapcompetenciaenlaeconomiaigital_01022018.pdf> (Consulta: Oct. 9, 2021).

Competition & Markets Authority. **A new pro-competition regime for digital markets: Advice of the Digital Markets Taskforce.** Disponible en línea: GOV.UK <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf> (Consulta: Feb. 5, 2022).

Cooper, James C. y Yun, John M. “*Antitrust & Privacy: It’s Complicated*”. Junio 2021. Disponible en línea: **George Mason University Law & Economics Research Paper Series.** No. 21-14, 2021 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3871873>> (Consulta: Feb. 1, 2022).

Copenhagen Economics. **Online Intermediaries: Impact on the EU Economy.** (2015) Citado por: **Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Fomento de la Equidad y la Transparencia para las Empresas que utilizan Servicios de Intermediación en línea.** (Bruselas, Bélgica). Comisión Europea. Propuesta de Reglamento. (Consulta: Abril 26, 2021).

Corte de Apelaciones de Estados Unidos (Cuarto Circuito). **Novell Inc. v. Microsoft Corp.** (2007). Citado por: Khan, Lina M. “*Amazon’s Antitrust Paradox*”. Enero, 2017, (pp. 710 – 805). Disponible en línea: **The Yale Law Journal**. No. 3, 2017 <https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyyeh.pdf> (Consulta: Oct. 17, 2021).

Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike. **Competition Policy for the Digital Era.** Disponible en línea: Comisión Europea <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>> (Consulta: Oct. 17, 2021).

Douglas, Erika M. “*Digital Crossroads: The Intersection of Competition Law and Data Privacy*”. Julio, 2021. Disponible en línea: **Temple University Legal Studies**. No. 2021-40 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3880737>> (Consulta: Feb. 2, 2022).

Douglas, Erika M. “*The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*”. Enero, 2021. Disponible en línea: **The Yale Law Journal Forum**. Vol. 130, 2021 <https://www.yalelawjournal.org/pdf/DouglasEssay_pv1pt6ak.pdf> (Consulta: Feb. 1, 2022).

European Parliament. **Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy.** Disponible en línea: Autor <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf> (Consulta: Oct. 18, 2021).

Feinstein, Deborah. **Big Data in a Competition Environment.** Disponible en línea: Competition Policy International <<https://www.competitionpolicyinternational.com/big-data-in-a-competition-environment/#:~:text=Since%20the%20decisions%20firms%20make,non%2Dprice%20dimension%20of%20competition.>>> (Consulta: Feb. 2, 2022).

Foro Económico Mundial. **Personal Data: The Emergence of a New Asset Class.** (Enero 2011). Citado por: Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike. **Competition Policy for the Digital Era.** Disponible en línea: Comisión Europea <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>> (Consulta: Oct. 17, 2021).

Hamul’ák, Ondrej y otros. ““*This content is not available in your country*” a general summary on geo-blocking in and outside the European Union”. 2021, (pp. 153-183). Disponible en línea: **International and Comparative Law Review**. Vol. 21, 2021 <<https://sciendo.com/article/10.2478/iclr-2021-0006>> (Consulta: Oct. 15, 2021).

Hovenkamp, Herbert. “*Antitrust and Platform Monopoly*”. Junio, 2021. Disponible en línea: **The Yale Law Journal**. Vol. 130, No. 8, 2021 <https://www.yalelawjournal.org/pdf/130.Hovenkamp_mawopj7e.pdf> (Consulta: Feb. 4, 2022).

Hovenkamp, Herbert J. “*Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?*”. Dic., 2018. Disponible en línea: **Notre Dame Law Review**. Vol. 94, No. 2, 2018 <<https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol94/iss2/3>> (Consulta: Feb. 6, 2022).

Johnson, Joseph. **Share of desktop search traffic originating from Google in selected countries as of January 2021**. Disponible en línea: Statista <<https://www.statista.com/statistics/220534/googles-share-of-search-market-in-selected-countries/>> (Consulta: Abril 4, 2022).

Kerber, Wolfgang y Schweitzer, Heike. “*Interoperability in the Digital Economy*”. 2017. Disponible en línea: **Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law**. No. 8, 2017 <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4531/?searchterm=None>> (Consulta: Oct. 17, 2021).

Khan, Lina M. “*Amazon’s Antitrust Paradox*”. Enero, 2017, (pp. 710 – 805). Disponible en línea: **The Yale Law Journal**. No. 3, 2017 <https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyyeh.pdf> (Consulta: Feb. 6, 2022).

Krishnan, Ramayya, Smith, Michael D. y Telang, Rahul. **The Economics of Peer-to-Peer Networks**. (2003). Citado por: Comisión Federal de Competencia Económica. **Repensar la Economía Digital**. Disponible en línea: Autor <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlacompetenciaenlaeconomiadigital_01022018.pdf> (Consulta: Oct. 9, 2021).

Lieberman, Marvin B. y Montgomery, David B. “*Conundra and Progress: Research on Entry Order and Performance*”. Agosto – Octubre, 2013, (pp. 312-324). Disponible en línea: **Long Range Planning**. Vo. 46 <<https://doi.org/10.1016/j.lrp.2013.06.005>> (Consulta: Oct. 17, 2021).

NBC News. **Senator Asks How Facebook Remains Free, Mark Zuckerberg Smirks: ‘We Run Ads’**. Disponible en línea: YouTube <<https://www.youtube.com/watch?v=n2H8wx1aBiQ>> (Consulta: Oct. 14, 2021).

Omaar, Hodan. **5 Key Takeaways from the FTC Workshop on Data Portability**. Disponible en línea: Center for Data Innovation <<https://datainnovation.org/2020/11/5-key-takeaways-from-the-ftc-workshop-on-data-portability/>> (Consulta: Oct. 17, 2021).

Shapiro, Carl. “*Antitrust in a time of populism*”. Febrero, 2018. Disponible en línea: **International Journal of Industrial Organization**. No. 61, 2018 <<https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>> (Consulta: Feb. 7, 2022).

Shapiro, Carl y Varian, Hal R. **Information rules: a strategic guide to the network economy**. (Harvard Business School Press, Boston, 1999, pp. 184-185). Crèmer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre y Schweitzer, Heike. **Competition Policy for the Digital Era**.

Disponible en línea: Comisión Europea <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>> (Consulta: Oct. 17, 2021)

Spotify. **Why go Premium?** Disponible en línea: Autor <<https://www.spotify.com/us/premium/>> (Consulta: Oct. 14, 2021).

Statista Research Department. **Number of social network users worldwide from 2017 to 2025.** Disponible en línea: Statista <<https://www.statista.com/statistics/278414/number-of-worldwide-social-network-users/>> (Consulta: Oct. 9, 2021).

Steidl, Joe y Su, Tiffany. **The Fall of the Titans!.** Disponible en línea: Research Affiliates <<https://www.researchaffiliates.com/publications/articles/830-the-fall-of-the-titans>> (Consulta: Oct. 9, 2021).

Stucke, Maurice E. “*The Relationship between Privacy and Antitrust the Relationship between Privacy and Antitrust*”. Feb., 2022. Disponible en línea: Notre Dame Law Review. Vol. 97, 2022 <https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=4042262> (Consulta: Mayo 2, 2022).

Swant, Marty. **The World’s Most Valuable Brands.** Disponible en línea: Forbes <<https://www.forbes.com/the-worlds-most-valuable-brands/#36f0ff9c119c>> (Consulta: Oct. 9, 2021).

Swire, Peter. **Behavioral Advertising: Tracking, Targeting, and Technology: Town Hall Before the FTC.** (2007, <http://www.americanprogress.org/issues/regulation/news/2007/10/19/3564/protecting-consumers-privacymatters-in-antitrust-analysis/>). Citado por: Manne, Geoffrey A. y Sperry, R. Ben. “The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework”. Mayo, 2015. Disponible en línea: **CPI Antitrust Chronicle**. Vol. 4, No. 2, 2015 <<https://ssrn.com/abstract=2617685>> (Consulta: Feb. 2, 2022).

B. LEGISLACIÓN.

Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica reforma y adiciona diversas disposiciones del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica. Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica. No. CFCE-158-2020. D.O. Julio 3, 2020. Disponible en: D.O. <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5596157&fecha=03/07/2020> (Consulta: Marzo 29, 2022).

Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica. Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica. (D.O. Nov. 10, 2014/Ago. 1, 2019).

Ley Federal de Competencia Económica. (D.O. Mayo 23, 2014/Mayo 20, 2021).

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales). (Diario Oficial de la Unión Europea Dic. 15, 2020).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). (Diario Oficial de la Unión Europea Mayo 4, 2016).

Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.o 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE. (Diario Oficial de la Unión Europea Marzo 2, 2018).

C. JURISPRUDENCIA.

Conflicto Competencial C.C.A. 4/2019. Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. 21 de mayo de 2020. Disponible en línea: <http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1304/13040000260354650018016.doc_1&sec=Victor_Hugo_Figueroa_Carro&svp=1> (Consulta: Marzo 30, 2022).

Controversia Constitucional 117/2014. Pleno de la SCJN. Mayo 7, 2015. Disponible en línea: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/precedente/26022>> (Consulta: Abril 1, 2022).

Sentencia B6-22/16 con fundamento en la Sección 32(1) de la Ley contra las restricciones a la competencia. Sexta División de Decisión del Bundeskartellamt. 6 de febrero de 2019. Disponible en línea: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D5> (Consulta: Enero 28, 2022).