

FACULTAD LIBRE DE DERECHO DE MONTERREY

LICENCIATURA EN DERECHO



LA AUSENCIA REGULATORIA DE LOS MERCADOS DIGITALES EN MATERIA
DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

TESIS QUE EN OPCIÓN A TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA: ARANTXA ANGELINA PÉREZ CAVAZOS

ASESOR DE FONDO: RODRIGO MORALES ELCORO
ASESOR DE FORMA: JOSÉ FABIÁN RUIZ

SANTA CATARINA, N.L.

MAYO, 2021

Santa Catarina, Nuevo León a 5 de mayo del 2021

A mis padres que han fomentado en mí el pensamiento crítico...

Abstracto/Abstract.

La ausencia de regulación de los mercados digitales en materia de competencia económica es un conflicto que se extiende en diversos ámbitos no solo los económicos y jurídicos, sino también los sociales y éticos.

Es por lo que el presente desarrolla un estudio comparativo con distintos países que han emitido criterios y aplicado estrategias con la finalidad de regular las dinámicas de los mercados digitales, el objetivo es extraer conclusiones comparativas que nos permitan discernir las estrategias funcionales de las disfuncionales o bien las posibles fallas o puntos débiles de dichas estrategias.

Lo anterior con el fin de anticipar las dinámicas y los posibles obstáculos acarreados con los mercados digitales, e implementar estrategias funcionales en el marco jurídico que brinden certeza jurídica a los mexicanos.

The absence of regulation of digital markets in terms of economic competition is a conflict that extends to various areas, not only economic and legal but also social and ethical. This is why this present study develops a comparative study with different countries that have issued criteria and applied strategies to regulate the dynamics of digital markets, the objective is to draw comparative conclusions that allow us to discern functional strategies from dysfunctional ones or the possible flaws or weaknesses of these strategies. The foregoing to anticipate the dynamics and possible obstacles caused by digital markets and implement functional strategies in the legal framework that provide legal certainty to Mexicans.

Palabras clave/ Key concepts.

Economía digital, poder de mercado, libre competencia, mercado relevante, prácticas monopólicas, concentraciones, , plataformas digitales, softwares, acuerdos de exclusividad.

Digital economy, market power, free competition, relevant market, monopolistic practices, concentrations, antitrust, digital platforms, software, exclusivity agreements.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN...	5
I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES.	10
A. Economía digital.	10
B. Poder de mercado y libre competencia.	13
C. Mercado relevante	16
D. Concentraciones	19
E. Prácticas monopólicas.	20
F. Nuevas reglas del juego.	23
II. NORMATIVA MEXICANA.	
A. Ley Federal de Competencia Económica.	26
B. Comisión Federal de Competencia Económica.	27
C. Principales Preocupaciones que despiertan los mercados digitales.	28
D. Análisis de Caso.	31
E. Instituto Federal de Telecomunicaciones.	34
	36
III. DERECHO COMPARADO.	
A. Estados Unidos.	37
B. Unión Europea.	42
C. Reino Unido.	47
IV. CONCLUSIONES COMPARATIVAS.	51
CONCLUSIONES...	60
ANEXOS.	64
BIBLIOGRAFIA.	67

INTRODUCCIÓN.

El eminente desarrollo de la era digital, así como sus avances tecnológicos nos llevan a plantearnos cuestionamientos sociales, jurídicos, y éticos, entre otros. El presente escrito pretende desarrollarse en torno a estos cuestionamientos, en general desde una perspectiva jurídica y en lo específico desde un plano de competencia económica.

El avance tecnológico que analizaremos de fondo, a cuyos cuestionamientos mencionados aplicaremos, son las plataformas digitales, que contienen lo que comúnmente llamamos aplicaciones digitales.

Una vez que revisemos los conceptos economía y plataformas digitales, pasaremos a analizar conceptos básicos de la materia de competencia económica, con el objetivo de empezar a visualizar y profundizar sobre la tipificación o determinación del problema que nos atañe actualmente como sociedad y que es objeto de investigación del presente escrito.

Teniendo lo anterior claro, examinaremos a nuestra legislación normativa en la materia específica, para corroborar qué contempla entre sus disposiciones relativas a regulación sobre economía digital.

Posteriormente, contrastaremos la experiencia extranjera, de Estados Unidos, la Unión Europea y finalmente el Reino Unido, para observar que han hecho ellos en cuanto al desafío de adaptación regulatoria respecto a las plataformas digitales.

Analizada la legislación propia, la extranjera y los estudios en materia, se desarrollará un capítulo comparativo con el fin de analizar qué ausencias, oportunidades de actualización, o puntos generales salen a brote al comparar las legislaciones.

Consideramos que al desarrollar todo lo anterior, tendremos un escrito que nos permitirá proponer soluciones al problema planteado.

Lo que nos lleva a nuestro problema a resolver, siendo este; la consideración de que existe la necesidad de actualizar nuestra legislación normativa en materia de competencia económica para cubrir cabalmente las nuevas exigencias acarreadas por los avances tecnológicos, específicamente las plataformas digitales.

La pregunta central de nuestra investigación que determina nuestro estudio es si nuestra legislación se encuentra actualizada, preparada o competente para regular las nuevas dinámicas y posibles conflictos que traen consigo las plataformas digitales.

Qué aspectos en específico habría que actualizar para que nuestro marco legal cubra debidamente todas las dinámicas que se desarrollan en ese nuevo ámbito.

Partiendo de la premisa de que la respuesta al cuestionamiento central sea negativa, surge el objetivo de nuestra investigación; proponer puntos específicos que conviene actualizar en nuestro marco normativo para cubrir las ausencias regulatorias que existan.

Considerando los problemas que acarrea consigo que la respuesta a lo anterior sea negativa, siendo estos, problemas de índole social, económico y jurídico entre otros, florece nuestro obstáculo central.

A todos nos atañe problemas que afectan nuestra sociedad, en lo colectivo y en lo individual, de igual manera a todos nos atañe una injusticia derivada de una ausencia legal, así como a todos nos atañe cuando lo anterior nos causa un detrimento económico.

Los problemas sociales que esto acarrea consigo, traen también nuevos dilemas éticos que no nos habíamos planteado antes, por la inexistencia de los elementos actuales, sin embargo, estando estos presentes, surgen aquellos mencionados, como el replanteamiento del concepto de privacidad, la revaloración de los datos personales o información delicada y el manejo de estos, entre otros.

Los problemas económicos suscitados del asunto central tienen grandes implicaciones en el tema, toda vez que la necesidad de una libre competencia económica nos concierne a todos.

Los problemas jurídicos que son el meollo del presente escrito datan en parte sobre la incertidumbre jurídica, una dinámica no deseada, ya que representa, en su última instancia un estado de indefensión.

La certidumbre jurídica consiste en “saber a qué atenerse”, y constituye un derecho a la seguridad jurídica, reconocido en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tutelando la prerrogativa del gobernado a no encontrarse jamás en una situación de incertidumbre jurídica.

Consideramos que la propuesta de puntos concretos a subsanar en la legislación, que se ofrecerían en el presente escrito, resultarían útiles para la resolución de los problemas antes mencionados en la cuestión que nos ocupa.

Derivado del conglomerado de los problemas antes planteados, y los planteamientos que estos traen consigo es que surge nuestro objetivo de investigación.

El objetivo de nuestra investigación se fracciona en tres escalones de desarrollo, el primer punto trata de responder la interrogante, si es que existe o no la necesidad de actualizar nuestra legislación en materia de competencia económica, en concreto en cuanto a los mercados digitales y el lugar que abarcan las plataformas digitales.

Razonando que, efectivamente existen tales lagunas, el segundo punto de nuestro objetivo sería localizar y entender estas ausencias, el tercer punto de nuestro objetivo de investigación sería proponer puntos concretos que intenten satisfacer estas lagunas jurídicas.

En caso de que un intento de aportación a la resolución de los problemas antes planteados no resulte justificación suficiente para empezar esta investigación, ya sea su desarrollo como autor o en su ojeada como lector, proponemos el siguiente punto a consideración.

En los últimos sesenta años, el avance tecnológico ha crecido exponencialmente, la rampa de crecimiento tecnológico es inminente e imparable, el presente escrito abordará cuestiones que vale la pena considerar teniendo en cuenta que es el deber ser del derecho estar siempre a la par con la sociedad y sus avances.

Además, para un país como lo es el nuestro, en vías de desarrollo, es extremadamente pertinente y conveniente, voltear a ver que han hecho los países primermundistas y tomar las

ventajas que nos da poder observar y aprender de sus errores, sin tener que cometerlos, así como adoptar sus aciertos con mayor facilidad.

Es por lo anterior que consideramos de suma relevancia la investigación del tema, por el ineludible avance hacia mundos digitales, y la pertinente creencia de que México debe anticiparse a tales cambios.

Lo que nos lleva a ilustrar cual será nuestra metodología de trabajo para llevar a cabo todo lo que se planteó anteriormente.

La respuesta al qué se investigará es; la ausencia regulatoria en distintas disposiciones normativas en materia de competencia económica en torno a mercados digitales.

Se realizará un estudio comparativo de legislaciones, siendo que la pregunta central es ¿qué aspectos de las políticas de competencia son necesarios actualizar?, lo que se buscará en los estudios extranjeros son aspectos determinados y específicos que la normativa mexicana no contemple.

Para responder a esta pregunta, primero se analizará la situación actual estadounidense, se decidió éste país en particular, toda vez que actualmente, Estados Unidos presenta demandas antimonopolio en contra de las súper plataformas digitales, es decir las más grandes plataformas digitales, las que tienen mayor poder de mercado.

Cuando decimos situación, nos referimos literalmente que disposiciones normativas tiene actualmente Estados Unidos respecto a competencia económica para mercados digitales, así como a la situación social-jurídico-económica vigente del país, en concreto el desarrollo de las demandas antimonopolio, ¿Qué intenciones tienen? ¿Qué alcance tienen? Etcétera.

El estudio es pertinente a toda luz, puesto que derivado de lo que Estados Unidos considere necesario regular, eliminar o modificar de las plataformas digitales, podemos obtener una noción de lo que nos conviene imitar.

Finalmente se analizará un estudio hecho por la autoridad en competencia económica del Reino Unido, en el que la misma contempla los aspectos que ellos consideran necesarios,

como lo es que la autoridad establezca un régimen regulatorio pro competitivo para la economía digital.

Este último estudio es especialmente relevante para nuestra investigación, toda vez que tiene un objeto similar, en cuanto a la observación de las ausencias y la posterior recomendación de puntos concretos para la mejora de la libre competencia en mercados digitales.

Ulteriormente una vez que hayamos entendido cabalmente los conceptos primordiales de la materia, hayamos analizado la legislación mexicana, la eventualidad norte americana, como la europea y la británica, podremos hacer una parada comparativa para concluir patrones decisivos.

Finalmente, habiendo recorrido todo lo anteriormente descrito, consideramos que tendremos las bases suficientes para ofrecer puntos concretos y convenientes para actualizar y ampliar las disposiciones reglamentarias de la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”) o en su caso del Instituto Federal de Telecomunicaciones (“IFT”) encaminadas a satisfacer las necesidades y exigencias de los mercados digitales.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

Para el entendimiento del presente escrito es fundamental comprender ciertas nociones de la materia, por lo que se ocupa el presente capítulo para explicar, ilustrar y desarrollar dichas nociones.

Como mencionamos en un principio, primero nos ocuparemos de desarrollar la noción de economía digital, consideramos necesario para su entendimiento, un breve planteamiento sobre la historia y evolución, el concepto actual con el que se cuenta, así como reflexiones sobre la misma.

A. ECONOMÍA DIGITAL.

La economía mundial se digitaliza rápidamente. El internet ha transformado las nociones convencionales sobre las estructuras de negocios, la interacción entre empresas y la forma en que estas y los consumidores adquieren información, bienes y servicios.¹

Esto ha generado impactos significativos en las cadenas de valor y las formas de satisfacer los gustos y necesidades de los consumidores.

En la economía digital es posible comunicarse, comprar, vender, entretenerse y trabajar en línea, entre otras. Hoy en día hablar de las empresas más grandes del mundo ya no es referirse a petroleras o farmacéuticas, sino a las principales empresas tecnológicas, como Google, Facebook, Microsoft, Apple, y Amazon.²

¹ Deloitte. **What it is Digital Economy?** Unicorns, Transformation, and the Internet of Things. Artículo disponible en línea: <https://www2.deloitte.com/mt/en/pages/technology/articles/mt-what-is-digital-economy.html>

² Comisión Federal de Competencia Económica. **Repensar la competencia en la Economía Digital.** México, Febrero 2018. (fecha de consulta: noviembre 2020), Disponible en línea; cofece.mx en; https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/RepensarlaCompetenciaenlaEconomiaDigital_01022018.pdf

En los últimos diez años ha surgido por todo el mundo una plétora de plataformas digitales que utilizan modelos de negocio basados en los datos y que han alterado a su paso las industrias tradicionales.

Las plataformas son infraestructuras digitales que posibilitan la interacción de dos o más grupos. Por lo tanto, se posicionan como intermediarios que reúnen a diferentes usuarios, clientes, anunciantes, prestadores de servicios, productores y hasta objetos físicos.³

Son empresas que dan servicio a dos o más grupos de clientes, que se necesitan uno de alguna manera; pero que no pueden captar por sí mismos el valor de su atracción mutua, y que dependen del catalizador de la plataforma para facilitar interacciones entre ellos que generen valor.

Se puede distinguir entre plataformas de transacción y plataformas de innovación, las primeras son mercados de dos o más vías con una infraestructura en línea que facilita los intercambios entre diversas partes.

Se trata de un modelo de negocio básico para las principales empresas digitales, como los son Amazon, Alibaba, Facebook y eBay, así como para aquellas que prestan apoyo a sectores habilitados digitalmente como Uber, Didi, Chuxing o Airbnb.

Las plataformas de innovación crean entornos para que los productores de código y contenido desarrollen aplicaciones y programa, por ejemplo, en forma de sistemas operativos o estándares tecnológicos.

Otra forma de clasificación de las plataformas digitales es la propuesta por el parlamento europeo, que explica tres distintos tipos.⁴

El modelo por suscripción, en el que los usuarios finales pagan por la prestación de un servicio, el modelo por publicidad, los usuarios finales acceden al servicio de forma gratuita, ya que la plataforma se mantiene de los ingresos que genera la publicidad y

³ García Wilfredo Fabián. **Plataformas Digitales su regulación fiscal**. Ed. Fiscal Junio 2020. México.

⁴ Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, 2016/2276(INI). Información disponible en línea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2020:028:FULL&from=PL>

finalmente el modelo con acceso, los creadores de contenido o de aplicaciones les pagan a las plataformas para llegar a los usuarios finales.

Podría resumirse en determinados pero varios factores los que contribuyen a explicar el rápido ascenso a la hegemonía de los gigantes digitales.

El primero está relacionado con los efectos de red (*Network effects*) quiere decir que mientras más usuarios haya en una plataforma más valiosa se vuelve esta para todos.

De la misma manera se utiliza el concepto en *Systems Competition and Network Effects*:

“Porque el valor de la membresía de un usuario es afectado de manera positiva cuando otro usuario se une y agranda la red, dichos mercados se dice que exhiben efectos de red o externalidades de red (“*network externalities*”).”⁵

El segundo factor es la capacidad de las plataformas para extraer, controlar y analizar datos, similar a los efectos de red, más usuarios significan más datos, y más datos significan una mayor capacidad para desplazar a los posibles rivales.

En tercer lugar, una vez que una plataforma comienza a ganar clientes y a ofrecer diferentes servicios integrados, el costo para el usuario de cambiar a otro proveedor de servicios empieza a aumentar.

Para concluir el análisis de la noción, analicemos el crecimiento y poder de las plataformas digitales, y lo que llamaremos las súper plataformas digitales.

El poder de las plataformas se refleja en el hecho de que siete de las ocho empresas más importantes del mundo por capitalización bursátil en bolsa (lo que costaría comprarlas) utilizan modelos de negocio basados en plataformas.

⁵ Michael L. Katz and Carl Shapiro. **Systems Competition and Network Effects**. Journal of Economic Perspectives, Vol 8. 1994. Información disponible en línea: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.8.2.93>

Siendo algunas por mencionar Microsoft Corp., Apple Inc., Amazon.com Inc., Alphabet Inc., Facebook Inc., Alibaba Grpdr., Tencent.

En el 2013 sólo había tres empresas tecnológicas entre las diez más grandes del mundo, ahora son ocho de ellas.

B. PODER DE MERCADO Y LIBRE COMPETENCIA.

Los siguientes conceptos que desarrollaremos datan más en concreto sobre la materia de competencia económica y como veíamos en un principio esta definición puede empezar a darnos pistas del problema central de nuestra investigación.

En otras palabras, al entender estas nociones como, de poder de mercado, barreras a la entrada, libre competencia etcétera, empezaremos a entender el meollo de nuestra investigación.

El poder de mercado es la capacidad que tiene una empresa para aumentar los precios por encima de un cierto nivel competitivo, o precio de referencia, de manera rentable. Es decir, la capacidad de las empresas para fijar precios por encima de los costos marginales ⁶

Es decir, un agente económico posee poder de mercado, cuando posee la capacidad y los incentivos para incrementar y mantener, de manera sostenible, sus niveles de precios por encima de un referente de costos.

El poder sustancial de mercado no es por sí mismo ilícito, a menos que la empresa con poder sustancial abuse de su poder para desplazar a otras empresas del mercado.

Existen varios elementos además de los mencionados para determinar si un agente económico posee poder de mercado, las barreras a la entrada, por ejemplo.

Las barreras a la entrada son un elemento necesario para identificar si algún agente económico posee verdadero poder sustancial de algún mercado específico.

⁶ Motta Massimo. **Política de Competencia Teoría y Práctica**. Ed. Fondo de Cultura Económica. 2018. México.

Lo anterior es criterio confirmado tanto en la doctrina como en la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”) en su artículo 59, donde establece que, para identificar poder sustancial en un mercado relevante específico, es necesario considerar la posible existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores.

Derivado de la relevancia del concepto se transcribe expresamente la disposición legislativa, el artículo 59 de la LFCE.

Artículo 59. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder. Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente;

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III. La existencia y poder de sus competidores;

IV. Las posibilidades de acceso del o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos;

V. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y

VI. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

A continuación se observa la tesis con número de registro digital 2011160 con el fin de considerar en nuestro estudio lo que las cortes judiciales han delimitado respecto a los elementos o variables necesarios para la constitución de poder sustancial en un mercado relevante.

PODER SUSTANCIAL EN UN MERCADO RELEVANTE. VARIABLES QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA DETERMINARLO.

El análisis del poder sustancial en un mercado relevante no puede realizarse en términos abstractos, bajo una perspectiva de competencia perfecta, como refiere el modelo de Jean Louis Francois Bertrand ("modelo de Bertrand"), pues en condiciones reales en las que los productos y servicios existentes en los distintos mercados no son percibidos por los consumidores como sustitutos perfectos, los diversos agentes económicos tienen cierto grado de poder. Esta circunstancia obliga a determinar tanto **la medida como el umbral de poder de mercado con que cuentan los agentes económicos**; de ahí la dificultad que representa la utilización de modelos econométricos -como el análisis de elasticidad inversa de la demanda residual-, dado el amplio volumen de datos que requieren (usualmente difíciles de recabar), lo que hace necesario acudir a un enfoque tradicional basado en **métodos indirectos**, que si bien es cierto que atienden preferentemente a **la participación de mercado que ostenta el agente económico** investigado, como el elemento central y más importante, también lo es que no se trata de la única variable que debe considerarse, **pues la posición que los demás competidores guardan en el mercado relevante, la existencia de potenciales entrantes al mercado, así como el contrapeso que pueden ejercer los compradores**, son aspectos que pueden resultar indicativos del poder sustancial que efectivamente se tiene en un mercado relevante, como acontece, por ejemplo, en ciertas industrias en que la producción se encuentra limitada por un insumo esencial.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADO EN COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES, CON RESIDENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL Y JURISDICCIÓN EN TODA LA REPÚBLICA.

Amparo en revisión 90/2015. Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones y otros. 5 de noviembre de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Patricio González-Loyola Pérez. Secretario: Mario Jiménez Jiménez.

La doctrina ha aportado al campo diversas teorías de aproximación para la evaluación de poder sustancial de mercado, y acorde a ésta, lo primero que se evalúa es la participación de mercado de la empresa en el mercado o mercados relevantes y las medidas de concentración en el mercado o mercados relevantes se evalúan en relación con el umbral, en segundo lugar hay análisis que pretenden medir directamente el poder de mercado de una empresa como se observa en su precio, rentabilidad y elasticidad de la demanda. Y tercero se consideran las variedades cuantitativas y cualitativas de evidencia que puedan ayudar a evaluar las limitaciones competitivas que enfrenta la empresa.⁷

McAfee, Mialon y Williams (2004) identifican dos tipos de barreras a la entrada; las *Barreras Económicas*, siendo aquellos costos en los que incurre un agente económico al

⁷ Howard H. Chang, David S. Evans, y Richard Schamalansee. **Documentos de Referencia sobre Determinación de Poder Sustancial de Mercado**. Marzo 2011.

entrar al mercado pero que el agente económico “incumbente” no incurre o no incurrió en el pasado.

De acuerdo con esta definición, las barreras económicas sólo pueden ser tales en la presencia de un “diferencial” en los costos en los que incurren los entrantes y los incumbentes al momento de su ingreso al mercado.

Mientras que el otro tipo de barreras que identificar los autores son las llamadas *Barreras Monopólicas*.

Las barreras monopólicas son aquellos “costos” que tienen por efecto retrasar la entrada de agentes económicos al mercado y, en consecuencia, reducen el bienestar social respecto a una situación de entrada inmediata.

De este tipo de barreras, son necesarias dos condiciones para su comprobación de existencia.

La primera condición necesaria pero no suficiente, es la presencia de un costo económico indirecto de entrada lo suficientemente alto que, inhiba la entrada al mercado en determinado tiempo, pero que, sin embargo, su potencial disolución posee la propiedad de incentivar la entrada posterior al mercado, es decir no inhibe en su totalidad, simplemente retrasa la entrada.

La segunda condición necesaria para identificar una barrera monopólica consiste en demostrar que el retraso en la entrada al mercado efectivamente reduce el bienestar social.

Es en el plano del bienestar social, que surge el concepto de libre competencia o mercado pro competitivo, que es el objetivo de todo mercado eficiente.

Si un Agente económico con poder sustancial de mercado, restringe su producto y eleva su precio por encima del costo marginal, la sociedad sufre una pérdida de bienestar, porque sus opciones de adquisición se ven limitadas a una.

C. MERCADO RELEVANTE.

Massimo Motta define el mercado relevante como el conjunto de productos (y zonas geográficas) que ejercen cierta presión competitiva entre sí.

Se determina un mercado relevante cuando se identifica qué productos o servicios compiten entre sí (cuáles son sustitutos) y en dónde se lleva a cabo la competencia entre éstos (la dimensión geográfica de este mercado)

La importancia de definir un mercado relevante surge toda vez que es ahí donde se debe comprobar que el agente (o agentes económicos) tiene dicho poder sustancial en determinado mercado relevante y que las acciones del agente o agentes afectan a éste.

El artículo 58 de la LFCE especifica criterios específicos para la determinación de mercado relevante, a continuación, se transcribe texto literal de la ley.

Artículo 58. Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución

; II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos;

V. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

En el Documento de Referencia sobre Definición de Mercado Relevante, los autores proponen conceptos claves óptimos para el entendimiento cabal del concepto de mercado

relevante, el primero es el de ; **mercados de productos y mercados geográficos**, el inicial se refiere al conjunto de productos que sirven para limitar el comportamiento del proveedor del producto bajo observancia, el secundario se refiere a la ubicación de los proveedores de dichos productos, el segundo concepto clave que proponen es el de; **sustituibilidad de la oferta y la demanda** el cual desarrolla sobre la habilidad o capacidad de los consumidores de obtener otros productos en el caso de que el proveedor eleve el precio.

El tercer concepto, es el de la **diferenciación de productos**, los proveedores rara vez ofrecen productos que sean sustitutos perfectos entre sí, los productos son generalmente diferenciados en sus características y atributos, las dificultades en la definición de mercado relevante surgen del hecho de que es necesario hacer juicios sobre si los consumidores ven los productos lo suficientemente sustituibles entre sí como para que estos se limiten mutuamente los precios.

Otro concepto considerado por los autores fundamental es el de **La prueba SSNIP** (*small but significant Non-Transitory increase in Prices*) o **prueba del monopolista hipotético**, este concepto busca trazar los límites del mercado, la idea es que si un monopolista no puede subir el precio sobre un producto o un conjunto de productos debe ser porque hay sustitutos, por lo tanto el conjunto de productos debe ampliarse a incluir todos los sustitutos significativos, una vez que este conjunto de productos llega al punto donde el monopolista podría aumentar las ganancias elevando el precio en una cantidad pequeña pero significativa, los productos fuera de ese límite no deben representar una restricción significativa y pueden por lo tanto ser ignorados.

Finalmente concluyen que cualquier análisis esta sujeto a error, por un lado adoptar un enfoque restringido puede conducir a una aplicación normativa excesiva y desalentar de esa manera las prácticas favorables a la competencia, por otro lado, adoptar un enfoque demasiado amplio puede llevar a una aplicación insuficiente y a prácticas anticompetitivas, por lo que es pertinente equilibrar estas posibles fuentes de error.⁸

⁸ Howard H. Chang, David S. Evans, Richard Schmalensee. **Documento de Referencia sobre Definición de Mercado Relevante**. Marzo 2011.

D. CONCENTRACIONES.

Conforme el artículo 61 de la LFCE, una concentración es la fusión, adquisición del control o acto por virtud del cual se unen sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cuales quiera otros agentes económicos.

Usualmente, los agentes económicos se concentran con el objetivo de expandir mercados y aumentar su eficiencia, lo que trae beneficios a los consumidores, sin embargo, algunas concentraciones pueden generar efectos anticompetitivos, es entonces cuando deben considerarse ilícitas.

Como las especificadas por la mencionada ley en su artículo 62, se considerarán ilícitas aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica.

Derivado de lo anterior surgen las facultades de la COFECE, para no autorizar o sujetar al cumplimiento de condiciones aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la competencia económica o la libre concurrencia, todo con el fin de evitar que se generen estructuras de mercado que pudieran conferir al adquirente poder sustancial, aquellas que restrinjan la oferta, incrementen los precios o favorezcan las conductas consideradas como prácticas monopólicas.

*“...tampoco es exacto que la ley sancione las concentraciones cuando el **riesgo para la libre concurrencia o la competencia sea potencial, no real** ...el análisis detallado de los textos legales revela que **las concentraciones se declaran prohibidas siempre confieran a las partes un poder real sobre el mercado que les permita dañar, disminuir o impedir aquéllas...***

*“Basta que esas operaciones confieran **el poder de influir sobre el mercado** con infracción a las reglas de la libre concurrencia, para que deba estimarse que la conducta queda comprendida en la hipótesis prevista en la parte final del artículo 28 constitucional... sobre todo si se advierte que **el propósito del Constituyente ha sido combatir, no sólo en vía represiva, sino también preventiva,** las conductas que*

*pongan en peligro la integridad de los bienes jurídicos que tutela ...esperar a que ello ocurriera significaría permitir que las **conductas anticompetitivas** produjeran consecuencias de **grave perjuicio para la sociedad**.*”⁹

E. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.

La ley distingue entre prácticas monopólicas absolutas y relativas. Las prácticas monopólicas absolutas son también conocidas como prácticas horizontales ya que se dan entre agentes económicos que compiten entre sí a un mismo nivel en el mercado.

Por mandato de Ley, la Comisión considera prácticas monopólicas absolutas las que, sin importar las condiciones de los mercados ni el número de las empresas que las ejercitan, sean nocivas para la competencia y la eficiencia; por tanto, deben ser castigadas por su misma naturaleza ¹⁰

Las prácticas monopólicas absolutas, son aquellos contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea; fijar precios, fijar oferta, dividir mercados, coordinar posturas en licitaciones.

Para poder calificar a una conducta como práctica monopólica absoluta, es necesario que existan varios elementos, entre ellos; la existencia de un acuerdo, que los participantes en el acuerdo ostenten el carácter de competidores, que la práctica tenga como objeto o efecto cualquier de las conductas descritas en el artículo 53º de la LFCE.¹¹

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

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

⁹ **Amparo Warner Lambert.** Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Mayo del 2000. Amparo en revisión 2617/96.

¹⁰ Brown Flor y Lilia Domínguez. **Organización Industrial, teoría y aplicaciones al caso mexicano.** UNAM, 2012/2015. México. Disponible en línea; <http://ru.economia.unam.mx/5/>

¹¹ **Decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica.** Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (Estado de México) 23 de mayo de 2014. (fecha de consulta: diciembre 2020)

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

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

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

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

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

Las prácticas de este tipo obstaculizan los objetivos públicos de competencia y libre concurrencia, eficiencia y transparencia en las transacciones en los mercados.

Las prácticas relativas por otro lado son conocidas como prácticas verticales porque tienen que ver normalmente con la relación entre proveedores y distribuidores o la integración en la cadena productiva.

Estas pueden tener tanto efectos procompetitivos como anticompetitivos, de manera que pueden o no tener efectos negativos netos en la competencia.

Estas conductas, de resultar violatorias de la ley, generalmente ocurren entre, 1) compradores y proveedores (restricciones verticales tanto de precios como de otro tipo), 2) agentes económicas, mediante acciones o acuerdos diseñados para eliminar a la competencia, incluyendo comportamientos estratégicos que buscan aumentar el costo de hacer negocios de un rival.¹²

¹² Comisión Federal de Competencia. **Prácticas Monopólicas Relativas**. México. 2018. Disponible en línea. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/3practicmonorelativas.pdf>

Las relaciones verticales entre productores y minoristas o mayoristas a menudo implican acuerdos de contratación más o menos complejos, denominados en términos generales restricciones verticales.¹³

Estos arreglos pueden consistir simplemente en tarifas no lineales, tales como tarifas de franquicia, requisitos de precios o imposición de cantidades, pero también pueden incluir la asignación de territorios o acuerdos exclusivos.¹⁴

Para que estas restricciones queden prohibidas es preciso que se cumplan dos condiciones, la primera es que los agentes económicos que incurren en esas prácticas tengan poder sustancial en el mercado relevante.

Una consecuencia directa de esta condición es que las restricciones verticales entre proveedores y distribuidores están permitidas cuando hay suficiente competencia intermarca en un mercado.

La segunda condición para que las prácticas resulten violatorias a la ley es que ocasionen o pretendan ocasionar un desplazamiento indebido del mercado.

El artículo 54 de la LFCE especifica aún más concretamente lo que debe considerarse como prácticas monopólicas relativas, a continuación, se transcribe mencionado artículo.

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

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

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

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

Estas prácticas cuando son ilícitas son muy dañinas, ya que generan graves repercusiones sobre el bienestar de los consumidores, por un lado, provocan precios mayores

¹³ Patrick Rey, **Vertical Restraint and Producers competition**, European Economic Review. 1988

¹⁴ Blair, Kaserman, and Case. **Discussion of economic incidence**. 1983

a los que prevalecerías en una situación de libre competencia y por otro lado disminuyen la calidad y cantidad de los bienes o servicios ofertados.¹⁵

Sin embargo, como vimos previamente, cuando los efectos anticompetitivos de las restricciones se compensan con los efectos procompetitivos, el desplazamiento no se considera indebido y la práctica se permite.

Como lo establece el artículo 55 de la citada ley, la evaluación de las prácticas reconoce que las restricciones verticales pueden igualmente mejorar el funcionamiento del mercado o aumentar el funcionamiento la eficiencia económica.

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

a) La introducción de bienes o servicios nuevos; b) El aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos; c) Las reducciones de costos derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción; d) La introducción de avances tecnológicos que produzcan bienes o servicios nuevos o mejorados; e) La combinación de activos productivos o inversiones y su recuperación que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes o servicios; f) Las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución, y g) Las demás que demuestren que las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivadas de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos.

F. NUEVAS REGLAS DEL JUEGO.

Previamente cuando hablábamos de los elementos para determinar poder de mercado, y mencionábamos, participación de mercado, capacidad de fijar precios y restringir el abasto en el mercado por sí mismos sin que los competidores puedan contrarrestar dicho poder, barreras a la entrada, etcétera, son los que de ahora en adelante llamaremos elementos tradicionales que permiten acreditar el poder de mercado.

¹⁵ Comisión Federal de Competencia Económica. **Herramientas de Competencia Económica**. Agosto 2015. Información disponible en https://www.cofece.mx/cofece/images/Documentos_Micrositios/HerramientasCompetenciaEconomica_250815_vf1.pdf

La pretensión del presente inciso es empezar a tener una noción de los elementos que caracterizan al poder de mercado en las economías digitales.

Los mercados de comercio electrónico, al igual que los mercados físicos, tienen su punto de desarrollo de competencia económica, y ambos deben ser tutelados jurídicamente, esto considerando que un mercado eficiente puede ser una vía para generar más recursos, mejorar las condiciones económicas de las empresas y los consumidores.

El objetivo de las leyes de la defensa de la competencia en los mercados es la eficiencia económica.¹⁶ Los mercados competitivos son un factor necesario para garantizar el bienestar y el desarrollo económico y social de cualquier país.

Cuando no existen condiciones de competencia en los mercados, se produce un desbalance económico-social que restringe el acceso de la mayoría a oportunidades económicas y disminuye el poder adquisitivo de los ingresos en general, conduciendo así a una situación de inestabilidad política y económica.¹⁷ En el marco del derecho de la competencia, la falta de competencia efectiva se refleja en el funcionamiento ineficiente de los mercados y, en consecuencia, en la pérdida de bienestar social.

Si bien México cuenta con un marco jurídico encargado de tutelar la competencia económica, este fue diseñado para regular los mercados tradicionales, partiendo de la consideración de que los mercados digitales, tienen características propias, derivado de su naturaleza tecnológica, surge el siguiente cuestionamiento:

¿Por qué considerar aplicable el sistema jurídico vigente para la protección del proceso de competencia económica de los mercados tradicionales para proteger el de los mercados digitales?

Consideramos que en el entorno digital no son aplicables los modelos estratégicos y de valoración de empresas o de poder de mercado tradicionales, sino que son distintos los elementos que debemos observar al juzgar las dinámicas.

¹⁶ Artículo 2 de la LFCE. Véase también González de Cossío, Francisco. **Competencia Económica**. Aspectos jurídicos y económicos, México, Porrúa, 2005. P.4.

¹⁷ Henry George. **Progress and Poverty**, New York. Library of Economics and Liberty, p.34.

Si bien hay puntos inflexibles en la materia, como por decir los principios rectores, cuestiones que siempre tendrán efectos negativos para la libre competencia o que siempre tendrán efectos positivos, existen puntos más flexibles que serán distintos en los mercados digitales que de los mercados tradicionales.

Por ejemplo, una de las características básicas -más no exclusivas- de las plataformas digitales es que se producen fuertes efectos de red. Estos se pueden dar de forma cruzada, cuanta más oferta haya en la plataforma, más valor tiene el consumidor y cuantos más consumidores haya más valor tienen para los proveedores.

Algunos bienes del mercado tradicional exhiben un comportamiento similar en cuanto a dicha característica, por ejemplo la circulación de periódicos para los anunciantes, el portafolio de propiedades de un agente de bienes raíces, entre otros.

Esta característica hace que la plataforma mayor siempre sea mucho más útil que la segunda mayor, por lo que es una situación *winner takes it all* en la que hay grandes presiones de crecimiento y de mantenerse en liderazgo.

Por otro lado, en estos mercados digitales, “grande” no es necesariamente “negativo”, donde una plataforma ha ganado una gran participación de mercado al ser consistentemente mejor que sus competidores, se puede considerar que opera en un mercado competitivo aún con su amplia participación de mercado.

Sin embargo, si los competidores o potenciales competidores se enfrentan a barreras a la entrada o expansión, indica que el mercado no es verdaderamente competitivo.

El punto central de este inciso es que la evolución de la economía digital exige un análisis de políticas y un pensamiento económico no convencional, distinto al tradicional y común de la economía o mercados tradicionales.

CAPÍTULO II

NORMATIVA MEXICANA

El presente capítulo se da a la tarea de profundizar en el análisis de la normativa mexicana, recopilando de esta manera todo conjunto normativo de la materia contemplado en México.

Primero se hablará brevemente sobre la Ley prioritaria en materia, siendo esta la Ley Federal de Competencia Económica, describiendo brevemente sus antecedentes y funciones.

Posteriormente se mencionará superficialmente la Comisión, así como sus atribuciones conferidas por la Ley, se concluirá el inciso con una la ilustración de una estrategia con la que cuenta la Comisión respecto a la adaptación mexicana a los mercados digitales.

Después se delimitarán puntos concretos muy importantes que desde la perspectiva de la Comisión, son los puntos en los que nos debemos enfocar para la prevención de prácticas ilícitas en el mercado digital, es decir los puntos que debemos mantener el foco de atención sobre su desarrollo y evolución.

Posteriormente se analizara un caso relevante en la contexto mexicano del que posteriormente se podrán extraer conclusiones relevantes con el fin de ir generando la propuesta conclusiva objeto del presente escrito.

Finalmente se analizara la competencia y las disposiciones aplicables brindadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones (“IFT”).

A. LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Conforme a las disposiciones generales de dicha Ley, se prevé de ser reglamentaria del artículo 28 Constitucional en materia de libre competencia, competencia económica,

monopolios, prácticas monopolísticas y concentraciones, que es de orden público e interés social, aplicable a todas las áreas de la actividad económica y de observancia general en toda la República.

El objeto de esta Ley esta delimitado en el artículo segundo de la misma, el cual se transcribe a continuación;

Artículo 2. Esta Ley tiene por objeto promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopolísticas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

Esta Ley nos delimita las obligaciones y facultades de la comisión, respecto a las dinámicas suscitadas en el mercado mexicano.

Dicho lo anterior, es evidente porque esta Ley es fundamental en nuestro estudio, toda vez que contempla capítulos dedicados a la delimitación de conceptos, circunstancias y acciones.

B. LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Conforme el artículo décimo de la LFCE la Comisión es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente en sus decisiones y funcionamiento, profesional en su desempeño, imparcial en sus actuaciones y ejercerá su presupuesto de forma autónoma, misma que tiene por objeto garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopolísticas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

La Comisión cuenta actualmente con una estrategia digital con el fin de robustecer sus capacidades y hacer frente a los desafíos que plantean los mercados digitales, la Cofece pondrá en marcha cinco acciones asociados con objetivos institucionales.

El primero es posicionar la competencia económica en la agenda pública, mediante la elaboración de un documento con varias propuestas de política pública para que los mercados digitales beneficien a más consumidores mexicanos.

La segunda es la eficaz aplicación de la normativa en materia de competencia económica, apoyándose de la realización de foros con expertos internacionales en la materia, en tercer lugar, el impulso activo de la prevención y corrección de estructuras de mercado anticompetitivas, fortaleciendo las capacidades y robusteciendo la infraestructura tecnológica.

Como última etapa se encuentra la consolidación de un modelo organizacional de vanguardia, estableciendo una Unidad de Competencia en Mercados Digitales, todo con una colaboración internacional.¹⁸

C. PRINCIPALES PREOCUPACIONES QUE DESPIERTAN LOS MERCADOS DIGITALES.

A continuación, se enlistan las principales banderas rojas desde la perspectiva de la Comisión, en esta nueva determinación de dinámicas de mercado.

“*Winner takes it all*”, el ganador se lo lleva todo, la dinámica que mencionábamos en el primer capítulo, en las plataformas digitales se facilita esta ya que la competencia por el mercado se vuelve más importante que la competencia en el mercado.

“Los desafíos para la competencia efectiva en los mercados digitales no surgen únicamente por el comportamiento anticompetitivo y las estrategias de adquisición de las plataformas. Sus modelos de

¹⁸ COFECE publica el documento ***Estrategia Digital COFECE***. 30 de marzo de 2020.

negocio basados en redes y datos también tienden a inclinar a los mercados hacia un único ganador. Hacer que la competencia sea efectiva requiere una política que cambie esa dinámica y que cree un espacio para que las empresas comiencen, compitan y crezcan junto a las grandes plataformas” [traducción propia].¹⁹

Precios cero: derivado de cambios en la estructura de costos y la existencia de externalidades de red, las plataformas digitales tienen incentivos para ofrecer, al menos a uno de los lados o actores del mercado, servicios sin costo monetario, también conocidos como “precio cero”. Sin embargo, dichos precios cero no son estrictamente cero, pues pueden implicar que, sin su conocimiento, los usuarios otorguen información personal a la plataforma y ésta la utilice con fines de lucro.

“En mercados cuyos productos se comercializan a un precio de cero –como en cualquier otro mercado– el propósito principal de la legislación de competencia es asegurar que las empresas tengan los incentivos de elevar la calidad, reducir costos e innovar de manera que los consumidores obtengan un mayor bienestar. En este tipo de productos, el costo primario al consumidor consiste en costos de información y atención. En mercados en los que se carga un precio de cero, el derecho de la competencia debe asegurar que los compradores reciban los mejores productos, minimizando los costos de atención e información que deben sufragar a cambio. Nuevamente, el derecho de la competencia logra estas metas protegiendo el proceso de competencia.” [Traducción propia, énfasis añadido]²⁰

Para las autoridades de competencia esto representa nuevos retos. Por ejemplo, en la definición de mercado relevante la aplicación de las pruebas utilizadas tradicionalmente podría no aplicar, es decir podría no ser eficiente para dar resultados certeros, cuando se trata de precios cero.

¹⁹ Unlocking digital competition. “Report of the Digital Competition Expert Panel”. Reino Unido. Marzo 2019. P.8.

²⁰ John M. Newman, (2015), *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*. Página 198. “In zero-price product markets—as in all markets—the overarching goal of antitrust law is to ensure that firms are incentivized to increase quality, lower costs, or innovate so that consumers ultimately reap welfare benefits. Here, though, the primary costs of products to consumers consist of attention and information costs. Antitrust law in zero-price markets should seek primarily to ensure that buyers receive the best possible products while minimizing the attention and information costs buyers must exchange for those products. Again, antitrust accomplishes these goals by protecting the competitive process.” Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9504&context=penn_law_review#:~:text=%E2%80%99Zero%2Dprice%20markets%2C%E2%80%9D,exploded%20in%20quantity%20and%20variety.&text=Steeped%20in%20price%20theory%2C%20preeminent,and%20consequently%20no%20market%20power.

Nuevas formas de colusión o fijación de precios: el uso de algoritmos alimentados por grandes cantidades de datos podría incrementar la habilidad de las empresas para fijar precios o coludirse, incluso sin la necesidad de intervención humana.

Adquisición de competidores potenciales: las empresas consolidadas tienen incentivos para adquirir competidores nacientes o potenciales con el fin de evitar que eventualmente sean competencia.

Este tipo de adquisiciones pueden implicar un reto en el análisis, debido a que la empresa a ser adquirida se encuentra en una etapa temprana de desarrollo para determinar con certeza si efectivamente podrían ser competencia potencial.

Para las autoridades de competencia es importante considerar el impacto que tienen este tipo de adquisiciones en el proceso de innovación, así como nuevas teorías de daño que permitan comprender mejor la dinámica de estas transacciones.

Poder de mercado a través de conductas unilaterales: en el entorno digital, las plataformas digitales que tengan una posición dominante podrían desplazar indebidamente a sus competidores mediante conductas como discriminación de precios, precios predatorios, negativa de trato, ventas atadas, cláusulas de nación más favorecida, entre otras.

Sesgos de comportamiento de los consumidores: el poder de mercado de las empresas que operan en los mercados digitales puede incrementarse a partir de comportamientos sesgados de los consumidores, entre ellos, su tendencia a preferir el estatus quo (p.ej., los consumidores no cambian los programas preestablecidos en sus computadoras o en sus dispositivos móviles), o debido a que, en algunos casos, puede ser caro migrar toda la información de una plataforma a otra (altos costos de cambio).

También está la dificultad de elegir entre muchas opciones de productos o servicios o entre mucha información, o la tendencia de los consumidores a seleccionar los primeros resultados que arrojan los buscadores de información, en lugar de buscar más alternativas ubicadas más abajo en esa misma página o en otros buscadores.

A sabiendas de estos sesgos de comportamiento, las plataformas tratarán de orillar a los consumidores a preferir la opción que sea más redituable para ellas.

Poder de mercado explotando datos de los consumidores: las empresas pueden ejercer poder de mercado de maneras distintas al incremento de precios.

Por ejemplo, pueden explotar los datos y la información de los consumidores para evitar que haya más competidores en el mercado, impedir que otras empresas utilicen también los datos e información de los consumidores, o bien influir en las decisiones de éstos.

D. ANÁLISIS DE CASO

Operación no autorizada *Walmart- Cornershop*.²¹

El trece de septiembre del dos mil dieciocho, la cadena de supermercados *Walmart* anuncio que había llegado a un acuerdo para adquirir por 225 millones de dólares a *Cornershop*, una *startup* que opera la principal plataforma digital de entrega a domicilio de compras de supermercados, farmacias y tiendas de especialidad en México y Chile.

Lo primero a considerar es ¿Qué realiza *Cornershop*? La respuesta es que realiza servicios distintos para dos grupos diferentes de usuarios: primero está el consumidor final, la persona que descarga la aplicación en su teléfono y quien realiza sus compras de supermercado a través de la aplicación, y por el otro lado están las cadenas de supermercado que están del otro lado de la aplicación que ofrecen su mercancía a través de *Cornershop*.

A esto se le conoce como mercado de dos lados, porque permite la interacción entre dos grupos con demandas interdependientes a través de una plataforma.

Lo segundo por hacer es determinar el mercado relevante en sus distintas dimensiones, llámese producto y geográfica, la Comisión definió para la primera, los servicios logísticos de exhibición, compra y entrega inmediata de bienes ofrecidos por tiendas de autoservicio y club de precios a través de páginas de internet y aplicaciones a usuarios finales.

²¹ Sobre el análisis de concentraciones con modelos de negocios innovadores. Operación no autorizada *Walmart-Cornershop*. Agosto 2019. México. Información en línea: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/08/AnCAs-CornerShop-12agosto2019.pdf>

En dicho mercado, *Cornershop* es el agente económico con mayor participación de mercado en las ciudades en donde opera, -segunda dimensión-.

De igual manera identificaron que las tiendas de autoservicio de *Walmart* son las mejor posicionadas, en términos del valor de sus ventas, en las plataformas digitales que operan en grandes ciudades del país.

En este sentido, dicha transacción, no evidentemente, pero bajo investigación, implicaba que se integrarían verticalmente la principal plataforma de servicios logísticos de exhibición, compra y entrega inmediata de productos ofrecidos por tiendas y autoservicio y club de precio a través de páginas de internet y aplicaciones a usuarios finales (*Cornershop*) al participante con mayor presencia en el negocio tradicional de tiendas de autoservicio y clubes de precio (*Walmart*).

Lo tercero por definir en el estudio es la existencia de barreras a la entrada, y en la presente circunstancia en caso de autorizarse la concentración, cualquier potencial agente económico que quisiera entrar al mercado enfrentaría;

En este punto vale la pena enfatizar que habría los dos tipos de barreras a la entrada que mencionábamos previamente donde McAfee, Mialon y Williams hacían la diferenciación entre las económicas y las monopólicas.

El nuevo agente económico tendría que hacer altas inversiones y necesitaría de financiamiento para el desarrollo, mantenimiento y expansión de la plataforma, sea en página web o/y en aplicación de dispositivo móvil, además habría desconfianza tanto de los consumidores finales como de las tiendas de autoservicio, en cuanto a la calidad del servicio, para los primeros esto se refleja en el proceso de entrega y para los segundos en el uso de la información que comparten con la plataforma, clientes, inventarios, estrategias comerciales etcétera.

Todo culminaría en un proceso complejo y tiempo considerable para el nuevo agente económico en su intento de replicar la red de usuarios (comercios y consumidores), así como la tecnología y repartidores que hagan económicamente viable la entrada al mercado.

El análisis técnico concluyó que de haberse autorizado la operación notificada, el agente económico resultante de la concentración podría, desplazar indebidamente a los competidores de la plataforma de *Cornershop*, desplazar a otras tiendas de autoservicio competidores de *Walmart* por medio del uso indebido de la información recaba por la plataforma de cada uno de los usuarios que la utilizan.

Volveremos a este punto importante sobre la información recaba por las plataformas digitales y el uso que potencialmente se le puede dar.

En conclusión, la empresa resultante podría tener la capacidad de establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado o desplazar a sus competidores.

Volviendo a las condiciones necesarias de McAfee, Mialon y Williams, todavía podemos preguntarnos, ¿esto reduce el bienestar social? La respuesta consideramos, es que si, toda vez que nuevamente las opciones, ya sea como consumidor final o como tienda de servicio, se ven limitadas a un solo agente, con capacidad de tomar decisiones unilaterales e imponerlas precisamente porque no habría otra opción a la cual recurrir.

Finalmente el Pleno de la Comisión determinó no autorizar la concentración entre *Walmart* y *Cornershop*, debido a que la transacción generaría riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado del servicio logístico de exhibición, compra y entrega inmediata de productos ofrecidos por tiendas de autoservicio y clubes de precio, a través de páginas de internet y aplicaciones móviles. Entre los riesgos detectados por la Comisión se encuentran:

- a) Walmart podría desplazar indebidamente a los competidores de *Cornershop*, **dejando de ofrecer sus productos** a través de otras plataformas;
- b) Walmart podría desplazar indebidamente a otras TDA a través del **uso indebido de la información** recabada por *Cornershop*
- c) *Cornershop* podría **impedir el acceso a la plataforma** a competidores de Walmart y privilegiar a sus TDA y Clubes de Precio; y

- d) Las TDA y Clubes de Precio podrían **abandonar la plataforma** como resultado de la **pérdida de confianza**, ante la incertidumbre sobre el uso que Walmart podría dar a su información

Conforme su derecho, *Wal-Mart International Holdings* presento una solicitud de amparo indirecto para que el Poder Judicial de la Federación revise la actuación de la Comisión respecto la resolución, actualmente sigue en trámite.

E. INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES.

Por otro lado el Instituto Federal de Telecomunicaciones (“IFT”, en lo sucesivo el Instituto), reclama competencia para el análisis sobre la regulación de plataformas digitales en materia de competencia económica.

Ahora bien, habría que entender el origen y trasfondo de dicho órgano para esclarecer si realmente tiene o no competencia en asuntos como el presente, el once de junio del dos mil trece fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que creo al Instituto.

Como un órgano autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones conforme a lo dispuesto por la Constitución.²²

Por otro lado, conforme a lo estipulado en la Ley Federal de Telecomunicaciones, en su artículo 9-A profundiza en las facultades del Instituto, mencionando en otras, ser el encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México.

En el análisis de un caso similar al planteado anteriormente, en octubre del dos mil diecinueve, la COFECE fue notificada por la concentración entre *Uber* y *Cornershop* sin el

²² Instituto Federal de Telecomunicaciones. **Estatuto Orgánico** del Instituto Federal de Telecomunicaciones. México. 2015. Información en línea: <http://www.ift.org.mx/facultades/facultades>

embargo el Instituto considero que él era la autoridad competente para conocer de esta concentración.

Al ser empresas que operan a través de plataformas digitales, el Instituto considero que tendrían competencia por ser autoridad competente para el sector de telecomunicaciones

La Comisión difería de tal criterio, al externalizar que el mercado de dichas empresas no es de telecomunicaciones, sino servicios de logística, y de transporte.

En estricto apego a la “LFCE”, la Comisión remitió el asunto al Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, quien por unanimidad de votos determino que la Comisión era el órgano competente para resolver sobre dicha concentración.

El Tribunal considero tres factores para su resolución, el primero es que los notificantes no son concesionarios de telecomunicaciones, sino que recurren a estas para la prestación de sus servicios, a través de una plataforma digital.

El segundo factor fue que los servicios prestados no son de telecomunicaciones, sino de logística e intermediación de usuarios, y el tercer factor fue que los notificantes utilizan el internet como un insumo, lo cual no constituye el servicio de las plataformas ni representa la fuente de sus ingresos.²³

A manera de conclusión del presente capítulo con la pretensión de puntualizar en lo esencial, cabe reiterar, que en México, para la autoridad competente en la perspectiva del presente escrito, es decir la Comisión.

Los puntos que esta autoridad tiene ya visualizados como preocupaciones en el nuevo mercado digital y atendiendo a lo observado empíricamente en sus resoluciones de casos así como a los intereses reflejados en las concentraciones notificadas, se en listan los siguientes;

²³ COFECE. **EL PJF resuelve que COFECE es competente para resolver la concentración entre Uber y Cornershop**. México. Mayo 2020. Información en línea: <https://www.cofece.mx/el-pjf-resuelve-que-cofece-es-competente-para-resolver-la-concentracion-entre-uber-y-cornershop/>

La explotación de los datos e información personal de los consumidores finales, usuarios de las plataformas, el sesgo en el comportamiento de los consumidores, derivado de la facilidad ya brindada por la plataforma descargada, la adquisición de competidores potenciales, los precios cero, y la dinámica *winner takes it all*.

Ahora, como se mencionó en un principio, pasaremos a observar, ¿qué han hechos “los hermanos mayores” en el tema?, ¿qué han hecho algunos de los países primermundistas en la materia de economía digital.

CAPÍTULO III. DERECHO COMPARADO

El presente capítulo como su nombre lo dice tiene por objeto, comparar legislaciones, sin embargo no nos enfocaremos primordialmente en la comparación de normativas.

Sino más bien observaremos las acciones y medidas tomadas por varios Estados, frente a la circunstancia materia del presente escrito, dichas naciones han sido elegidas por su relevancia en toma de decisiones actualmente.

Estados Unidos, la Unión Europea y el Reino Unido, son tres actores, que actualmente han tomado y publicado sus estrategias para actualizar su derecho al intento de regulación de la nueva economía digital, en cada inciso se profundizará al respecto.

Como señaló el economista Ugo Pipitone, comparar estrategias y trayectos exitosos podría revelarse como un ejercicio de cierto interés, a éste recurso comparativo estamos en parte obligados, pero debe estarse consciente que el proceso de desarrollo de cada país es siempre un proceso único, como únicas son las naciones que lo protagonizan.²⁴

Estados Unidos se ha elegido en primer término tanto por ser precursor en materia de derecho de la competencia y por su integración con la economía mexicana. Como puntualiza

²⁴ Pipitone Ugo, **Siete argumentos (sin una teoría) para salir del subdesarrollo**. Italia, 1999.

Ugo Pipitone, se requiere que alguien antes de nosotros haya recorrido exitosamente el camino y que esté suficientemente cerca en geografía, historia y cultura para que las enseñanzas ajenas alimenten la confianza de que seguir un camino similar producirá resultados comparables.

Cuando los países, por su cercanía, frecuentación y similitudes, disponen de materiales primarios análogos (En cultura, tradiciones, comportamientos) tienen serias posibilidades de que el éxito en uno de ellos termine por contagiar a los otros.

La Unión Europea fue elegida porque se coincide con la opinión pública emitida por las autoridades en materia respecto al hecho de que el mercado requiere un marco jurídico moderno que garantice la seguridad de los usuarios en línea, establezca la gobernanza con la protección de los derechos fundamentales a la vanguardia y mantener un entorno de plataforma en línea, justo y abierto.

Por último, el Reino Unido, fue elegido nuevamente por la concordancia en criterios adoptados de acción, el cual se considera apropiado y una gran opción a ejecutar para el caso que se presenta actualmente como países buscando regular nuevos espacios de mercado.

A. ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA.

“Bureaucracy is indeed the least understood source of unhappy outcomes produced by the U.S. government.” -Graham Allison.

Para el ámbito que nos importa Estados Unidos cuenta con distintas agencias nacionales autoridades en materia, por un lado el Departamento de Justicia (“DOJ” por sus siglas en inglés), por otro lado, la Comisión Federal del Comercio (“FTC” por sus siglas en inglés *Federal Trade Commission*) y sus reglas antimonopolio.

Una de las principales responsabilidades de la “FTC” es prevenir fusiones que pueden afectar sustancialmente la competencia, en el año fiscal 2018, la FTC objeto 22 fusiones después de que la evidencia demostró que estas muy probablemente afectarían la

competencia en forma de; elevación de precios, reducción de calidad o índices más bajos de innovación.²⁵ El organigrama de la “FTC” se encuentra anexado bajo el título Anexo “A”.

El “DOJ” se encuentra estructurado en divisiones especializadas en distintas materias, en este caso la enfocada se denomina “*antitrust división*”, el anexo “B” ilustra el organigrama de la estructura orgánica del DOJ, y el anexo “C” ilustra el de la división especializada.

El marco jurídico en materia está conformado principalmente por la Ley Sherman Antitrust, publicada el 02 de julio de 1890, esta fue la primera medida del gobierno federal para limitar los monopolios, por considerarlos restrictivos para el comercio.

Esta ley prohíbe ciertas actividades de negocios que el gobierno federal declara como actos anti-competencia y requiere de investigación para perseguir empresas grandes con poder de mercado.

Así también como la Ley Clayton Antitrust, aprobada en 1914, con el fin de remediar las deficiencias o ausencias de la Sherman Antitrust.

Las funciones principales de la división *Antitrust* del DOJ son²⁶; buscar prevenir o terminar la conducta anticompetitiva privada que está sujeta a acción criminal y civil bajo las Leyes Sherman y Clayton y estatutos relacionados que prohíben las conspiraciones para restringir el comercio, la monopolización y las fusiones anticompetitivas.

Revisar las fusiones y adquisiciones propuestas para evaluar su efecto competitivo y desafiar aquellas que amenacen con dañar la competencia, investigar y procesar las violaciones de la ley penal que afecten la integridad del proceso de investigación y hacer cumplir varias leyes penales relacionadas con las violaciones de la Ley Sherman.

²⁵ Federal Trade Commission. **Fiscal Year 2018 Performance**. Estados Unidos de Norte América. 2018. Información en línea; Snapshot.https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/2018-one-page-ftc-performance-snapshot/2018_performance_snapshot.pdf

²⁶ Organization, Mission and Functions Manual Antitrust Division. Estados Unidos de Norte América. Actualizada en enero 2021. Información disponible en línea; <https://www.justice.gov/jmd/organization-mission-and-functions-manual-antitrust-division>

Investigar y procesar las posibles violaciones de las leyes antimonopolio federales, llevar a cabo procedimientos de gran jurado, emitir y hacer cumplir demandas de investigación civil y manejar todos los litigios que surjan de estas investigaciones criminales y civiles.

Desarrollar y presentar propuestas legislativas del departamento y la competencia en general, y responder a las solicitudes de asesoramiento y comentarios sobre tales asuntos del Congreso y de otras agencias.

A través de la participación en el poder ejecutivo, procesos regulatorios y legislativos, buscar asegurar que la acción del gobierno sea procompetitiva o no innecesariamente anticompetitiva.

Recopilar información y preparar informes requeridos o solicitados sobre el Congreso o el Fiscal General sobre el efecto, sobre el mantenimiento y preservación de la competencia bajo el sistema de libre empresa o varias leyes o programas federales.

Asesorar al Presidente y a los departamentos y agencias del Poder Ejecutivo sobre las implicaciones competitivas de la acción gubernamental.

La relevancia de lo anterior yace sobre el planteamiento que hacía Graham Allison en La Esencia de la Decisión sobre la competencia de las instituciones de gobierno de Estados Unidos, la pregunta en concreto es ¿si la configuración existente de instituciones en materia en Estados Unidos está siendo realizada de la mejor manera posible?

Para Allison un mejor rendimiento requiere de una mayor comprensión de cómo la estructura y las operaciones de las instituciones públicas moldean los resultados instituciones públicas.

Al respecto el profesor Daniel Crane, propone que; dominar los principios analíticos sin un profundo conocimiento del mecanismo de implementación de políticas es una preparación peligrosamente incompleta para entender el sistema antimonopolio estadounidense, o cualquier cuerpo de derecho de la competencia.

Según el profesor Crane, las instituciones son un motor crítico y poco apreciado de una política antimonopolio que interactúa de muchas maneras sutiles con reglas y decisiones antimonopolio sustantivas.

Los conocimientos conceptuales aparentemente potentes pueden desvanecerse, o crear travesuras, si las instituciones que deben aplicarlas están deformadas.²⁷ Los buenos resultados de las políticas dependen de la fuerza de los Allison llamó “el camino entre la solución preferida y el rendimiento real”.

Hay algo curioso en la estructura de doble agencia de la aplicación federal antimonopolio, a pesar del hecho de que las dos agencias no son puramente redundantes y que la jurisdicción superpuesta de la agencia no es inusual.

El diseño de los organismos antimonopolio no fue producto de un dibujante unificado, sino que la estructura en sí es inelegible, redundante y a menudo problemática.²⁸

Pasemos a analizar casos, para ver el *modus operandum* de estas instituciones así como el proceso judicial que se lleva a cabo en una demanda antitrust.

En Marzo del 2018, la “FTC” presentó una queja relativa a su investigación de la adquisición de Auto/Mate por CDK, la queja disponía que dicha adquisición afectaría la competencia de los sistemas de gestión de concesionarios (“DMS” por su siglas en inglés *dealer managment systems*) en el mercado para concesionarios de automóviles de franquicias.²⁹

DMS es un software de negocios utilizado por los concesionarios de automóviles de franquicias, que gestiona casi todos los aspectos del negocio, incluyendo contabilidad, nomina, inventarios, itinerarios de servicios de reparaciones, y financiamiento de vehículos.³⁰

²⁷ William E. Kovacic, *Las instituciones de la ley antimonopolio: Cómo la estructura moldea la sustancia*, 110 MICH. L. REV. 1019 (2012).

²⁸ Daniel A. Crane, *La estructura institucional de la aplicación de la ley antimonopolio*. (2011)

²⁹ Complaint Federal Trade Commission v Surescripts, LLC, 1:19 CV-01080- JDB, Apr.17, 2019.

³⁰ Complaint at 2.

El mercado relevante consistía de dos firmas de DMS bien establecidas – *CDK* y *Reynolds and Reynolds* – que contaban con el 70 por ciento del mercado el resto estaba conformado por pequeños competidores.

Dicho porcentaje restante estaba repartido entre otros *Dealertrack*, *Auto/Mate* y *Autosoft*, *Auto/Mate* era el quinto competidor más largo en el mercado DMS al tiempo en que la queja fue presentada, y estos dos eran más “grandes” en porcentaje que *Auto/Mate* y a pesar de esto la FTC allego que posterior a la fusión los niveles de concentración de mercado serían mayores de lo debido.

La FTC argumentó que la cuota de mercado actual subestimaba materialmente la importancia competitiva de *Auto/Mate*, para corroborar esa afirmación la FTC citó el crecimiento significativo y el mejoramiento anual que el software presentaba año con año, lo cual atraía concesionarios sofisticados.

Otro argumento de la FTC fue que la participación de mercado estática de *Auto/Mate* subestimaba la importancia competitiva futura, que yacía en su capacidad para penetrar en un mercado caracterizado por altas barreras a la entrada y dos firmas dominantes.³¹

El director del buro de competencia de la FTC concluyó que los mercados tecnológicos están evolucionando rápidamente, y tocan muchos otros sectores de la economía, lo cual levanta distintos obstáculos para la aplicación antimonopolio. Mediante la centralización de nuestra atención y experticia, la nueva unidad podrá enfocarse en estos mercados exclusivamente, asegurando que estén operando acorde a las leyes antimonopolio, y tomando acción cuando no lo hagan.³²

Por otro lado el Departamento de Justicia demandó a Google el 20 de octubre del 2020 por violar las Leyes Antimonopolio, la demanda tiene como restaurar la competencia en los mercados de búsqueda publicitaria y de búsqueda en línea.

Concretamente la demanda dispone que Google a entrado en diversos acuerdos de exclusión que bloquean colectivamente las vías principales a través de las cuales los usuarios

³¹ Wilson Sonsini Goodrich & Rosati. United States: Digital Platforms. (2019).

³² Press Release, ‘FTC’s Bureau of Competition Launches Task Force to Monitor Technology Markets

acceden a los motores de búsqueda y, por lo tanto, a internet, al exigir que Google se establezca como el motor de búsqueda general predeterminado preestablecido en miles de millones de dispositivos móviles y computadoras en todo el mundo y, en muchos, se prohíbe la preinstalación de un competidor.

En particular la demanda alega que Google ha mantenido ilícitamente monopolios en búsquedas y publicidad basada en búsquedas mediante:

- Celebración de acuerdos de exclusividad que prohíben la preinstalación de cualquier servicio de búsqueda de la competencia.
- Entrar en acuerdo de vinculación y otros que obligan a la preinstalación de sus aplicaciones de búsqueda en ubicaciones privilegiadas en dispositivos móviles y las hacen indeleble, independientemente de las preferencias del consumidor.
- Entrar en acuerdos a largo plazo con Apple que requieren que Google sea el motor de búsqueda general predeterminado, y de facto exclusivo, en el popular navegador Safari de Apple y otras herramientas de búsqueda de Apple.
- Usar las ganancias del monopolio para comprar un trato preferencial para su motor de búsqueda en dispositivos, navegadores web y otros puntos de acceso de búsqueda, creando un ciclo continuo y autorreforzado de monopolización.

Estas y otras prácticas anticompetitivas perjudican a la competencia y a los consumidores, lo que reduce la capacidad de nuevas empresas innovadoras para desarrollar, competir y disciplinar el comportamiento de Google.³³

B. UNIÓN EUROPEA.

³³ Justice News. **Justice Department Sues Monopolist Google for Violating Antitrust Laws.** Estados Unidos de Norte América, Octubre 2020. Información en línea; <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>

En este inciso se desarrollará sobre las decisiones tomadas por la Unión Europea, los documentos que ha emitido, las propuestas y objetivos, así como estrategias que ha publicado con el fin de regular los mercados digitales.

Recientemente la Comisión Europea emitió dos propuestas de ley denominadas *Digital Services Act* (“DSA”) y *Digital Markets Act* (“DMA”), en conjunto sus objetivos primordiales son; crear un espacio digital en donde los derechos fundamentales de todos los usuarios de servicios digitales sean protegidos, y establecer las condiciones apropiadas que fomenten la innovación, el crecimiento y la libre competencia, tanto en el mercado europeo como en el global.³⁴

Las reglas que la “DSA” busca fomentar, yacen de principios y valores europeos, posicionado a los ciudadanos en el cima, en grado de relevancia, las reglas van desde la búsqueda del mejoramiento en la protección del consumidor y sus derechos fundamentales en línea, pasando por el establecimiento de una transparencia poderosa y un margen claro de rendición de cuentas para las plataformas digitales hasta una cultura de fomento de innovación y libre competencia.

Como se mencionó, en la cima de la pirámide figurativa de prioridades para la autoridad, se encuentran los ciudadanos también denominados último consumidor, para los cuales se busca proveer mayores opciones y mejores precios, lo cual se puede traducir en innovación y crecimiento, se busca además menos exposición a contenido ilegal y nuevamente la protección de derechos fundamentales.

Para los proveedores de servicios digitales, se busca implementar certeza jurídica y armonización de reglas, así como un mayor facilidad para iniciar un “start-up” y un crecimiento más sencillo, nuevamente esto se puede traducir a la reglas tradicionales de competencia económica que vimos en el primer capítulo, aquellos elementos inflexibles de la ecuación que nunca dejan de ser necesarios en los mercados.

³⁴ European Commission. An Official EU website. **The digital Services Act package**. July2020/April 2021. Información disponible en línea; <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>.
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>

En cuanto a los negocios usuarios de servicios digitales, y derivado del conocimiento empírico hasta el momento, se busca proveer, mayor elección, menores precios, acceso a mercados en toda la Unión Europea a través de plataformas digitales,

Para la sociedad a lo larga se busca mayor control democrático y vigilancia de plataformas sistemáticas, y la mitigación de riesgos sistemáticos tales como la manipulación la desinformación.

La “DSA” incluye reglas para servicios intermediarios en línea, que son usados por millones de europeos todos los días, las obligaciones difieren entre los entes participantes dependiendo de su rol, tamaño e impacto en el ecosistema en línea.³⁵

Por otro lado la “DMA” apuesta por complementar la intervención antimonopolio en los mercados digitales con una regulación *ex ante*, es decir, que regula conducta futuras, dicha acta planea lograr su cometido mediante la imposición de obligaciones a las plataformas denominadas como *gatekeepers*.

Para los propósitos de la regulación, la denominación *gatekeeper* será tipificada bajo estándares cualitativos así como cuantitativos, a continuación se describe cada uno de ellos a fin de entender cabalmente los requerimientos para ser *gatekeeper*.

un *gatekeeper* es un proveedor de servicios de una plataforma central, “un servicio de plataforma central” puede significar; servicios de intermediación en línea, servicios de buscadores en línea, servicios de redes sociales en línea, plataformas para compartir videos en línea, servicios de comunicación interpersonal independientes, sistemas operativos, servicios de computación en la nube, servicios publicitarios, y cualquier otro servicios de intermediación publicitaria prestados por un proveedor de cualquier de los servicios de plataforma básicos mencionados anteriormente.³⁶

³⁵ European Comission. **Communication from the Comission to the European Parliament and the Council.** November 2020. Información disponible en línea; https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en

³⁶ **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair market in the digital sector (Digital Markets Act)** <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>

La definición de *gatekeepers* está delimitada por tres factores, que dicha firma debe tener; en primer lugar un impacto significativo en el mercado interno, en segundo lugar que opere como un servicio de plataforma central que sirve como una puerta de entrada importante para que los usuarios comerciales lleguen a los usuarios finales, y en tercer lugar debe disfrutar de una posición sólida y duradera en sus operaciones o previsible que lo hará a futuro.

Por otro lado también se determinó un criterio cuantitativo que debe satisfacer el ente para ser designado como *gatekeeper*³⁷:

- Volumen de negocios anual del Espacio Económico Europeo igual o superior a 65,000 mil millones de euros en los últimos tres ejercicios (tres años financieros) , o tenga una capitalización de mercado o valor justo de mercado equivalente a 65,000 millones de euros en el último año financiero.
- Proporciona servicios de su plataforma en al menos tres Estados miembros.
- Más de 45 millones de usuarios finales activos mensuales en la Unión, y más de 10,000 usuarios comerciales activos anuales durante el último año.

Los cálculos informales sugieren que estos criterios podrían ser alcanzados no sólo por los participantes evidentes, *Google, Amazon, Facebook, Apple, y Microsoft* (“GAFAM”) sino también por *Oracle Corporation* (una compañía estadounidense especializada en el desarrollo de soluciones de nube) y *SAP SE* (una empresa multinacional alemana, dedicada al diseño de productos informáticos de gestión empresarial, en términos de venta, SAP es la mayor compañía de software de Europa, y tercera más grande del mundo).³⁸

Hay dos tipos de obligaciones para los *gatekeepers* las primeras definidas en el artículo cinco del acta, son una pequeña lista de obligaciones que aplican sin calificativo, y las segundas definidas en el artículo seis, son una lista de obligaciones susceptibles de ser más especificadas a futuro.

³⁷ Promarket. **How will the digital Markets Act Regulate Big Tech?** - January 2021. Información disponible en línea; <https://promarket.org/2021/01/11/digital-markets-act-obligations-big-tech-uk-dmu/>

³⁸ SAP. **Global Company Information.** Información disponible en línea; <https://www.sap.com/corporate/en/company.html>

Dichas obligaciones están diseñadas de una manera que el participante debe identificarse a sí mismo en un arquetipo y apegarse a las reglas definidas para ese arquetipo, y habrá entidades que les será fácil distinguir sus obligaciones toda vez que estas pueden que hayan sido hechas especialmente para ellos, sin embargo habrá entidades que tendrán un poco más de dificultades encuadrándose a sí mismas en un arquetipo de obligaciones.

Dichas obligaciones pueden como se conocen usualmente en el ámbito que nos ocupa; obligaciones de hacer o de no hacer, por ejemplo; permitir que sus empresas usuarias promocionen sus ofertas y celebren contratos con sus clientes fuera de la plataforma del *gatekeeper*, permitir que sus empresas usuarias accedan a los datos que generan al utilizar la plataforma del *gatekeeper*, ofrecer a las empresas que publicitan las herramientas y la información necesaria para que anunciantes y editores lleven a cabo su propia verificación independiente de los anuncios alojados por el *gatekeeper*.

Ejemplos de obligaciones de no hacer; clasificar más favorablemente sus propios servicios y productos, que los ofrecidos por terceros a través de la plataforma del *gatekeeper*, impedir que los consumidores se pongan en contacto con las empresas fuera de la plataforma del *gatekeeper*, impedir que los usuarios desinstalen programas o aplicaciones si lo así lo desean.

El artículo décimo detalla sobre la facultad de la Comisión Europea para actualizar las obligaciones de los *gatekeepers* lo cual nos permite ver que trabajan “sobre la marcha” por así decirlo, están conscientes de que existe susceptibilidad al error o a la falta por lo que dejan un margen de corrección, que les permita actuar a futuro.

Las consecuencias en caso de incumplimiento podrían ir desde multas de hasta el 10% del volumen de negocios total anual mundial de la empresa, o multas coercitivas de hasta el 5% del volumen de negocios medio diario.

En caso de suscitarse un incumplimiento sistemático de las obligaciones contempladas en la Ley, y previa investigación de mercado, podrán imponerse a los guardianes de acceso

medidas correctoras adicionales, dichas medidas deberán ser proporcionables a la infracción cometida.³⁹

El régimen está diseñado para crear competencia, así como distribuir las rentas, la lista de obligaciones que impone deriva del análisis de anteriores y actuales casos de antimonopolios, involucrando las grandes plataformas tecnológicas.

Se rige por principios no tanto que buscan controlar el poder de un monopolio, sino más bien a prohibir o a desalentar conductas que tengan la intención o el efecto de prevenir la entrada de competidores.

Otro principio que sigue este nuevo régimen que buscan implementar, es el reforzamiento del *fairness* literalmente traducido de la justicia o equidad para competidores, esto mediante la prohibición de conductas que explotan o debilitan a los competidores dependientes de las plataformas *gatekeepers*.

El objetivo de la regulación es garantizar un sector digital competitivo y justo, con el fin de promover la innovación, la alta calidad de los productos y servicios digitales, así como una alta calidad y elección para los usuarios finales.

Sin embargo, un punto importante en el que la Unión Europea falló en hacer hincapié es en la necesidad de reconocer los modelos de negocio de las plataformas al momento de diseñar reglas.

C. REINO UNIDO.

Por el lado contrario, las propuestas de la autoridad en competencia económica del Reino Unido, Competition & Markets Authority (“CMA”) condicionan las reglas sobre los modelos de negocio, e incorporan el control de las concentraciones o fusiones al régimen digital.

³⁹ Regulation of the European Parliament and the Council on a Single Market For Digital Services (“DSA”) and amending Directive 2000/31/EC. Información en línea; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1608117147218&uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>.

Recientemente se publicó el documento denominado *The Furman's Review*, un informe encargado por el gobierno sobre la competencia en los mercados digitales.

Concluyó que el creciente dominio de algunas empresas está limitado a la competencia y la innovación y resulta en una menor elección de los consumidores. Dicho documento hace una serie de recomendaciones que tienen por objeto mejorar la competencia y, como subproducto, dar a los consumidores un mayor control sobre sus datos que están en manos de empresas digitales;

En resumen, las principales recomendaciones son:⁴⁰

- Creación de una Unidad de Mercados Digitales (“DMU”). La DMU existiría en función de la Autoridad de Competencia y Mercados (“CMA”) o de un organismo independiente que vincule a los dos. Sus objetivos incluirían el establecimiento de un código de conducta para proporcionar normas abiertas.
- Reevaluación de las Directrices de Evaluación de Fusiones de la CMA. Debería centrarse en más en los efectos a largo plazo de las fusiones y adquisiciones. Cualquier aumento anticompetitivo de la cuota de mercado debe bloquearse.
- Herramientas anti-concurso más eficaces. Rara vez se ha utilizado los instrumentos y marcos actuales, si bien se consideran apropiados (en particular en torno al abuso de dominio). El documento recomienda que la CMA realice una evaluación retrospectiva de determinados casos que se sospechen infracciones del Derecho de la competencia o se reciban denuncias, pero no se tomen medidas.
- Algoritmos. Ha habido debate sobre el uso de algoritmos para precios personalizados (donde los precios se fijan de acuerdo con la voluntad de pago de un consumidor). Aunque actualmente no es una cuestión generalizada, se recomienda al Gobierno que supervisa la evolución de la inteligencia artificial

⁴⁰ Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition. Expert Panel. March 2019.

para garantizar que los consumidores, en particular los vulnerables, no estén sujetos a actividades anticompetitivas.

- Estudio de mercado de la publicidad digital. Hay poca transparencia en torno a la red de organizaciones involucradas en la entrega de publicidad personalizada. Se recomienda que la CMA lleve a cabo un estudio del mercado de la publicidad digital para examinar si los consumidores están siendo adecuadamente protegidos.

Las propuestas estratégicas del *Furman Review* fueron formalmente aceptadas por el gobierno, de las cuales vale la pena hacer énfasis en; la creación de la Unidad de Mercados Digitales, que tendrá distintas funciones incluyendo el establecimiento del código de conducta de las plataformas digitales que tengan poder de mercado, o posiciones estratégicas en el mercado, entre otras características.

La línea de estrategias seguidas por el Reino Unido se puede conglomerar de la siguiente manera;

1. *Digital Markets Unit* (“DMU”) Unidad de Mercados Digitales.

La propuesta detalla la creación de una Unidad de Mercados Digitales con entre otros, recursos humanos con suma experticia en la materia que puedan entender los modelos de negocio de las empresas digitales, incluyendo el rol de la *data* y los incentivos que motivan el modo de operación, también sería primordial que entiendan el rol de los algoritmos y la inteligencia artificial.⁴¹

Se busca que sea un regulador proactivo, centrado en la prevención de daños y en dar forma a los mercados para ofrecer mayor competencia e innovación.

2. *Strategic Market Status* (“SMS”) regime, en español Régimen para firmas con Estatus Estratégico en el Mercado. (“EEM”).

⁴¹**Online Platforms and digital advertising** Market study final report. July 2020. Información disponible en línea; https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf

El propósito de éste régimen es enfrentarse a los daños causados por las firmas digitales con poder de mercado y posiciones estratégicas, para determinar a las firmas digitales que deban regirse bajo este régimen, debe analizarse si tales firmas tienen un estatus estratégico en el mercado.

Este debe ser un análisis económico basando en evidencias de evaluaciones sobre si una firma tiene un poder de mercado sustancial y arraigado en al menos una actividad digital, y que éste provea a la firma una posición de mercado estratégica, que podría significar que los efectos de su poder de mercado sean significativos, estas evaluaciones se centrarían en evaluar los propios factores que pueden dar lugar a daños y que motivan la necesidad de intervención regulatoria.

Aquellas firmas que se determine poseen una posición estratégica de mercado serán sujetas de los siguientes pilares del régimen en materia:

En primer lugar un código de conducta ejecutable que ilustre claramente la expectativa de comportamiento de una firma con EEM en relación a la actividad específica que motivo su designación como EEM. El fin es prevenir a los negocios y consumidores finales de ser explotados, así como la protección de los competidores de prácticas que podrían socavar la libre competencia.

En segundo lugar; Intervenciones pro competitivas, sobre la movilidad de los datos personales, la interoperabilidad y el acceso a datos, lo que en conjunto puede ser utilizado para encarar los factores que son la fuente de poder un firma con EEM en una actividad en particular.

El último pilar propuesto serían reglas de fusiones, éstas reglas tendrían como fin último el de habilitar más escrutinio en las transacciones que involucren firmas que tengan un estatus estratégico en el mercado, dado el riesgo particular y potencial que surge de éstas transacciones para el consumidor final.

Este régimen sería un régimen ex ante, centrado principalmente en ejercer una prevención proactiva contra el daño causado, fomentando una cultura de *compliance* entre las firmas con un EEM, sin embargo una parte crucial de la cultura de *compliance* es la

disuasión creíble, y en ese caso la Unidad de Mercados Digitales tendría que tomar cartas en el asunto, es decir esta Unidad deberá tener facultades suficientes para imponer penalidades substanciales en caso de que exista un daño, además de requerir a las firmas que modifiquen su comportamiento.⁴²

Concluido nuestro estudio comparativo de los tres distintos países, es momento de hacer nuestras conclusiones comparativas respecto de cada una de las propuestas encaminadas a regular los mercados digitales, y analizar detalladamente, no solo su motivo de selección sino también su razón de ser considerada como posible expectativa de implementación para nuestro país.

CAPÍTULO IV.

CONCLUSIONES COMPARATIVAS.

El presente inciso intentará visualizar y analizar todas las propuestas, estrategias, acciones, planes, etcétera previstos en el estudio y resumir los patrones que se observaron en el capítulo anterior, de los tres comparativos que se plantearon y desarrollaron, analizar en conjunto, ¿Qué similitudes se observan en todos? ¿Qué consideran todos como necesario? ¿Qué consideran todos como negativo?, etcétera y de dichos patrones decisivos intentar generar las propuestas.

⁴² **Digital Taskforce.** Reino Unido, 2020 Información disponible en línea; https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf.

A manera de conclusión del presente escrito se pretende formular propuestas para considerar en nuestra regulación mexicana en materia de competencia económica para los mercados digitales.

Dichas propuestas pretenden emular los aciertos de los entes sujetos a comparación a lo largo del presente estudio, así como las posibles fallas que presenten con el cierto fin de evitar cometer los mismos errores.

Para fines esquemáticos y de mejor comprensión se ofrece la siguiente tabla que resume lo que el presente inciso pretende indagar y que posteriormente se desglosará a manera de listado, en cada inciso se mencionará lo extraíble del mismo.

Posterior a la extracción refinada de dichos elementos y características se formulará la lista de propuestas.

Sujeto.	A. Estados Unidos de Norte América.	B. Unión Europea.	C. Reino Unido
1. Motivo de selección	A1.	B1.	C1.
2. Estrategia, Propuesta o modo de acción.	A2.	B2.	C2.
5. Punto débil.	A3.	B3.	

Sujeto “A”, Estados Unidos.

- A1: Cercanía geográfica. El presente sujeto fue seleccionado tomando en consideración la teoría del economista Ugo Pipitone respecto los efectos de la cercanía geográfica, y el aumento de contagio de “éxito” derivado de circunstancias de proximidad. Considera que los elementos mencionadas en el capítulo, son factores de serias posibilidades de contagio es éxito. Por lo que dicha teoría inspira el motivo de selección de este país, se espera que el éxito que ha tenido Estados Unidos respecto

a la regulación, aunado a lo anterior debe también considerarse la integración económica comercial que se comparte con el país.

- A2: Demandas con publicidad. Como se desarrolló a lo largo del capítulo comparativo, las agencias correspondientes, autoridades en materia, han presentado varias demandas antimonopolio, contra los gigantes de la industria, que y conforme el sistema jurídico anglosajón, crean precedentes para futuros casos, lo cual va creando consigo fundamentos para más aún más acciones futuras, e investigación al respecto, es un proceso de error y aprendizaje que fomenta el camino al desarrollo de regulación de mercados digitales.
- A3. Instituciones. Sin embargo, debe observarse que la falla dentro del sistema en Estados Unidos es según puntualizan algunos autores, el mismo sistema, la excesiva burocracia del sistema, la multiplicidad de agencias involucradas afecta el desarrollo de las demandas antimonopolio crean confusión de jurisdicción y competencia, la calidad institucional, afecta sustancialmente la políticas públicas. Diversos científicos de la política han hecho énfasis en la significancia del diseño institucional para la aplicación gubernamental de leyes. Existe un creciente reconocimiento de que la forma correcta de evaluar una agencia de competencia no es la producción o emisión de casos, sino su habilidad demostrada para resolver problemas de competencia. Esto yace en la raíz de la concepción del deber de las agencias y como su efectividad debe ser medida.

El presente es un punto débil reconocido por los profesionales en materia, por lo que se considera en el presente la solución que dichos proponen; la cual dispone en brindar a las agencias competentes suficientes herramientas de resolución de problemas, partiendo de la premisa de que una agencia bien equipada, puede aplicar un set de instrumentos flexibles de políticas.

Esto habilitaría que la agencia use la herramienta correcta, o la combinación correcta de instrumentos, para conseguir la mejor solución, en contraste a una agencia que

solo tiene competencia para presentar demandas antimonopolios que solo lidia con los síntomas del problema de competencia, en lugar de la raíz del mismo.⁴³

Sujeto “B”, Unión Europea.

- B1: Actualización de marco jurídico. La Comisión Europea ha centrado sus esfuerzos en renovar su marco regulatorio en materia de competencia económica respecto a las exigencias del creciente mercado digital. Derivado de investigaciones de casos se llegó a la conclusión que se presenta en los instrumentos propuesta de ley, a manera de intento de regulación para las grandes industrias tecnológicas que hasta el momento habían jugado en una cancha sin reglas.
- B2: Publicación de leyes. Respecto a la regulación de mercados digitales, la Comisión Europea emitió dos propuestas de ley, que se vieron extensivamente en el capítulo respectivo, la *Digital Services Act* y la *Digital Markets Act*.

Dichas actas están encaminadas a objetivos específicos para satisfacer las necesidades de los usuarios y consumidores, y finalmente proteger la libre competencia en el mercado digital tanto el europeo como el global.

La DSA busca el mejoramiento de la protección cabal del consumidor mediante la imposición de reglas para los proveedores de servicios intermediarios en línea, mientras que la DMA impone reglas para plataformas digitales con poder sustancial de mercado, (*Gatekeepers*).

- B3: Modelos de negocio. El presente inciso reconoce el punto débil de la estrategia adoptada por el sujeto respecto a la falta de delimitación de modelos de negocio. Si bien se fijaron las reglas en base a lo conocido, o lo que se cree conocer, respecto el mercado digital, la Comisión Europea omitió insistir en el entendimiento de los nacientes distintos modelos de negocio que son utilizados por las plataformas digitales, toda vez que palpablemente, estos son distintos a los modelos de negocio de las empresas gigantes corporativas industriales o farmacéuticas que llevaban años en el trono.

⁴³ William E. Kovacic & Andreas P. Reindl, An Interdisciplinary Approach to Improving Competition Policy and Intellectual Property Policy, 28 FORDHAM INT'L L.J. 1062, 1064-67 (2005)

La necesidad de entender el modelo de negocio yace en entender las reglas del juego, ¿qué se está apostando, vendiendo, comprando o jugando? ¿Qué se gana? ¿Qué se pierde?, es el esqueleto de la actividad, lo que se ofrece al mercado y cómo se ofrecerá. Es primordial entender este punto.

Sujeto “C”, Reino Unido.

- C1. Unidad Especializada. La estrategia desarrollada por el Reino Unido data sobre la creación e implementación de una unidad especializada en concreto en Mercados Digitales.
- C2: Unidad de Mercados Digitales. Código de conducta. Mayor escrutinio en las reglas de fusiones. Las propuestas específicas a seguir por el presente sujeto son la ya mencionada implementación de la unidad especializada que sería la competente para analizar los casos que surjan en materia y ofrecer soluciones ad hoc a cada uno, así también como el ofrecimiento e imposición de un Código de Conducta para las plataformas digitales que tengan un estatus estratégica en el mercado, dicho código delimita la expectativa de comportamiento de la plataforma respecto la actividad particular que la posiciona como estratégica en el mercado.

Respecto a las fusiones se buscó habilitar jurídicamente la competencia a la autoridad para permitir elaborar un escrutinio más elaborado respecto las fusiones o adquisiciones realizadas en materia, toda vez que se tiene que reconsiderar el posible riesgo a provocar, derivado de los nuevos elementos, como lo son la movilidad de los datos personales y el acceso a los datos, entre otros.

Se analizó de cada sujeto las propuestas y acciones emitidas para que ámbito jurídico alcance el ámbito social actual, se observaron de igual manera las deficiencias de los sujetos de estudio

Por lo que a manera de conclusión la propuesta generalizada a la que se ha llegado, para considerarse en nuestro país, puede concretizarse en tres puntos, con fundamento en el

estudio comparativo se extrae, en la medida de lo posible, un elemento positivo a imitar y uno negativo a evitar de cada sujeto.

I. Instituciones definidas.

Previamente se profundizó sobre la necesidad de delimitar las instituciones competentes de la materia, se ilustraron los riesgos que, según los expertos, conlleva no hacerlo, y consideramos hace bastante sentido, facultades insuficientes e instituciones confundidas sobre su competencia son la receta perfecta la ineficacia regulatoria.

En México, observamos el caso de la COFECE peleando competencia con el IFT, si bien, nos atrevemos a decir que es válido que a estas alturas exista cierta confusión respecto la competencia de las instituciones, creemos que es necesario se definan gruesamente las líneas que delimitaran la competencia y debido involucramiento de cada institución.

Consideramos que este es el primer paso, esta es una de las piedras grandes que debe ser acomodada primero, posteriormente las pequeñas se acomodaran solas, pero este paso es primordial para avanzar correctamente hacia la debida regulación de mercados digitales.

Es necesario que nuestras instituciones tengan cabalmente claro donde empiezan sus facultades y dónde termina, así como, cuándo son competentes para participar en el caso, y cuando no.

En el capítulo II se discutió la contienda de debida competencia entre dichas instituciones, en aquel punto, se discutió en específico la reclamación que hace el IFT para intervenir en la regulación de plataformas digitales en materia de competencia económica, se concretizó además en el caso de *Uber y Cornershop*.

El caso específico desahogo sus motivos de adjudicación de competencia hacia la COFECE y no el IFT, en tres razones específicas; 1) los notificantes recurren a las telecomunicaciones para la prestación de sus servicios a través de una plataforma digital, sin embargo no son concesionarios de telecomunicaciones, 2) los servicios prestados no son de telecomunicaciones, sino de logística e intermediación de

usuarios, 3) los notificantes utilizan el internet como insumo, lo cual no constituye el servicio de las plataformas, ergo no represente su fuente de ingresos.

Consideramos que esta clase de confusiones, no solo afectan la reputación de las instituciones sino que realmente afectan la efectividad del sistema, realmente afectan la eficiencia del proceso judicial que se debe llevar a cabo, lo cual se denota en pérdida de tiempo y de recursos, que los notificantes deben soportar sin responsabilidad o facultad de queja alguna.

Genera desconfianza en el sistema, permite ver la ausencia de certeza jurídica, lo cual como bien sabemos es un derecho constitucional.

II. Actualización de marco regulatorio.

Este punto se inspira en el sujeto “B”, la Unión Europea, quien a través de profundas investigaciones de observación de mercados digitales, ha desarrollado actas que pretenden enmendar las ausencias regulatorias nacientes del nuevo tipo de mercado al que se enfrenta la sociedad hoy en día.

Dichos documentos, que ha emitido como propuestas de leyes, y que posteriormente fueron aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, son un elemento, consideramos, digno de imitar, toda vez que estas reglas son suficientemente específicas para limitar a los agentes del mercado digital.

La cuestión es que queramos o no, estas plataformas digitales no tienen una jurisdicción limitada, son globales, *Facebook, Google, Amazon, Apple*, etcétera son plataformas que son utilizadas tanto en el continente europeo, como en el americano, por lo que nos concierne igualmente regular las mismas para proteger a nuestros consumidores, nos conviene de tal manera implementar reglas específicas y convergentes en desarrollo aplicables a nivel global.

Dado que resulta difícil concebir una reforma legislativa oportuna, se sugiere emitir estas disposiciones a manera de disposiciones regulatorias emitidas por la autoridad competente (“COFECE”) quien tiene suficiente facultad para emitir tal tipo de reglamentos. Al igual que la de la Unión Europea, esta normatividad debería exponer

las expectativas de comportamiento para las plataformas digitales con poder de mercado, y delimiten un Código de Conducta obligatorio.

Los principios fundamentales que deberían contener las disposiciones regulatorias en materia de plataformas digitales se pueden resumir en los siguientes:

1. Protección a los consumidores.
2. Privacidad y protección de datos.
3. Libre competencia entre agentes económicos.

Esta normatividad buscaría asegurar que los agentes económicos que controlan las plataformas digitales dependiendo del tipo de servicio que brindan se apeguen a las reglas definidas para tal, se busca que las conductas reflejen en todo momento la esencia de los tres principios previamente en listados, y que por ende en sus acciones manifiesten siempre los mismos.

Para ello la normatividad debería garantizar la efectiva libre competencia en el mercado de plataformas digitales, mediante constantes análisis y exámenes a la dinámicas desarrolladas por los agentes económicos, en caso de suscitarse un incumplimiento por parte de un agente económico hacia las obligaciones contempladas en dicho marco jurídico, podrán imponerse medidas correctoras, como multas coercitivas proporcionales a la infracción cometida.

Debe mantenerse en consideración el dinamismo de los mercados digitales que culmina en la exigencia de una regulación flexible y dinámica.

III. Unidad especializada.

Finalmente y en consideración de todo lo evaluado en el presente, el último elemento que se medita como necesario a implementar es una unidad especializada, un elemento filial de la COFECE, especializado en mercados digitales, con recursos expertos en lo relacionado a mercados digitales, con profunda comprensión de las implicaciones, necesidades y riesgos que los mercados digitales imponen.

Con además suficientes herramientas e instrumentos para aplicar eficientemente las leyes y reglamentos, y permitir de tal manera la libre competencia, evitando como se

mencionaba en el primer punto la limitación de *regresar y pedir permiso* que invariablemente concluye en pérdida de tiempo y recursos.

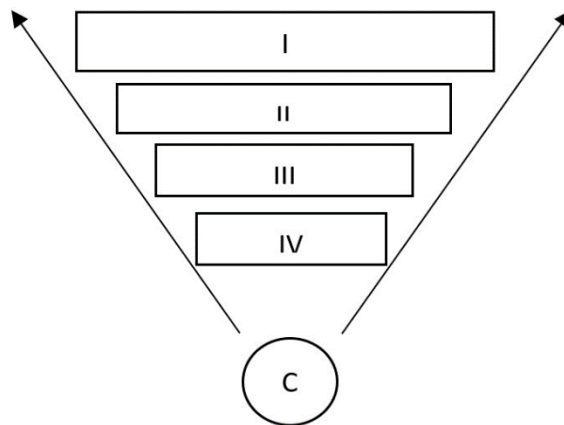
La unidad especializada estaría enfocada estrictamente en el ámbito de competencia económica cuando este incurre en un mercado digital, que es cuestión de tiempo para que sea el mercado predominante en todo el globo.

Estas son las tres recomendaciones concretas que se observaron de los “*hermanos mayores*” estos son los puntos de concordancia entre ellos, los errores que cometieron, y las soluciones que propusieron.

CONCLUSIONES.

“Look at the forest not at the individual trees”.

A manera de deliberaciones finales, es pertinente reflexionar sobre todo el camino recorrido en el presente escrito, pero esta vez desde una perspectiva que se fija en el fin de las cosas, una perspectiva que ya no busca entrar en detalle de los sucesos, que no busca saber cómo, dónde, cuándo o quién, como lo hizo el escrito, sino una perspectiva, que reflexiona el porqué del trabajo.



Primero se sentaron las bases, se profundizó en las nociones esenciales para entender la materia, en el desarrollo de dichos conceptos fundamentales, se delimitaron elementos indispensables para la comprensión del presente estudio.

Después se repasó sobre el contexto actual y propio en el que se cuenta, las normativas e instituciones competentes y aplicables en materia de competencia económica mexicana.

Posteriormente se desarrolló el capítulo comparativo, donde se observaron las distintas acciones, estrategias y puntos débiles de las tres jurisdicciones seleccionadas. Finalmente el último capítulo hizo una reseña de lo relevante propuesto o realizado por cada jurisdicción.

La presente conclusión tiene el objetivo de hacer una reflexión holística sobre todo lo estudiado en el presente, de tal manera que nos permita comprender la totalidad del mismo y sus motivos fundamentales.

El trabajo se enfocó de alguna manera en ver los detalles circunstanciales de cada sujeto, si se me permite extender la metáfora, el trabajo se enfocó en observar los árboles, y a manera de reflexión final, consideramos es pertinente ver el bosque completo que estamos por atravesar.

Para lo cual como todo buen razonamiento, debemos plantearnos los debidos cuestionamientos, las pregunta correctas, que nos permitan visualizar el entero, de raíz a rama, por lo que se propone un ejercicio de mayéutica socrática que nos permita como autor y lector llegar a la respuesta última del trabajo, llegar a la razón de ser.

¿Qué acabamos de hacer? desarrollamos un estudio comparativo sobre la ausencia y necesidad de regulación de mercados digitales en el mundo, para lo cual utilizamos los ejemplos de los países que se consideraron pertinentes en materia. *¿Qué esperábamos concluir?* Esperábamos encontrar una respuesta muy concreta un listado de obligaciones sumamente específicas para proponer como ley o reglamento.

¿Qué logramos concluir? Delimitamos tres piedras grandes, esenciales para empezar, como me enseñó mi papá *las piedras grandes van primero y las pequeñas se acomodarán solas*, considerando esa premisa se propusieron tres elementos esenciales a perfeccionar en primera instancia, ya que todo es un proceso que exige tiempo.

¿Cuáles son estas piedras grandes? La primera piedra exige la delimitación de instituciones, no podemos avanzar si no sabemos quién va a hacer qué, si hay confusión en competencia de autoridades. Las instituciones competentes deben estar bien definidas respecto sus facultades, responsabilidades y competencia.

La segunda piedra exige una actualización al marco jurídico en materia, la competencia económica es una materia aparentemente ambigua cuando no es leída correctamente, requiere atención a los detalles, requiere jalar los hilos correctos para lograr

su cometido, de lo contrario los agentes económicos regulados podrían fácilmente evadir la normatividad jurídica.

Y ese es el meollo del asunto, que estamos en una cancha distinta, que no estamos en mercados tradicionales como el mercado de alimentos o de productos farmacéuticos, estamos descubriendo un nuevo mercado, el mercado digital, cuyas características y elementos debemos observar cuidadosamente, para diseñar métodos de regulación apropiados. Es decir, tomar las reglas inflexibles que ya teníamos, aquellos parámetros que no cambian (*poder de mercado, barreras a la entrada, mercado relevante, prácticas monopolísticas, etcétera*) y tipificar en ellos estos nuevos elementos que tenemos en juego en mercados digitales (*explotación de los datos e información personal, sesgo en el comportamiento de los consumidores, precios cero, y la dinámica winner takes it all, etcétera*). Esto mediante la actualización del marco jurídico regulatorio, como lo propuso en su momento y derivado de observación e investigación, el **sujeto “B”**.

La tercera piedra, propone desarrollar e implementar una unidad especializada en mercados digitales, una rama de la autoridad competente, que sea la indicada por su especialización y experiencia en la materia, que su exclusiva responsabilidad, sea sobre los mercados digitales, que no tenga que alterar sus parámetros para lidiar con los distintos mercados, sino que su inimitable responsabilidad sea sobre los mercados digitales.

¿Por qué se consideran piedras grandes? Se consideran como tal porque son angulares en aspectos primordiales para empezar, para todo proceso debe haber un inicio y un final, y estos deben estar bien definidos, en este caso se considera que cada una de esas piedras constituye en su trayectoria puntos clave para el desarrollo correcto de regulación eficiente de mercados digitales.

¿Qué importancia tiene esta “regulación eficiente de mercados digitales”? Los elementos en juego ya no son sólo el bienestar económico del consumidor, el equilibrio del mercado, o la libre competencia, los elementos que están entrando en juego son sensibles, requieren más cuidado, los datos personales, la información sensible, los algoritmos creados

de información almacenada, son elementos cuyo alcance aún no podemos ponderar del todo, no sabemos las implicaciones que el manejo de estos podría tener.

Estamos hablando de almacenaje de información holística sobre una persona, esto no tiene un precio pecuniario real para el consumidor, el precio real es otro, que aún no percibimos. En el no muy poco probable hipotético de que esta sea la moneda de cambio del mercado, *-es decir esta información sensible de los usuarios que consienten material más no formalmente a prestarla-* es nuestra obligación como pensadores humanos y operadores del derecho hacer algo al respecto.

Más allá del impacto en los modelos de negocio, el autor considera que los planteamientos más importantes a realizar no son los económicos, sino los éticos, puesto que son estos los que prevalecerán y tendrán trascendencia, las circunstancias pueden cambiar, los factores y elementos involucrados podrán evolucionar, pero un planteamiento ético siempre nos llevará a una respuesta que traerá consigo el bien común.

Estamos ante modelos de negocio donde nosotros somos el producto, y nuestros datos están alimentando una maquinaria de anuncios, la comercialización de datos personales, por lo que es pertinente hablar de la ética de la tecnología, quien se dedica en primera instancia a fomentar los debates que plantean cuestionamientos aplicables, para tomar responsabilidad de las decisiones, y en última instancia se trata de poner a las personas en el centro del desarrollo tecnológica y poner a la tecnología al servicio de las personas y no viceversa.⁴⁴

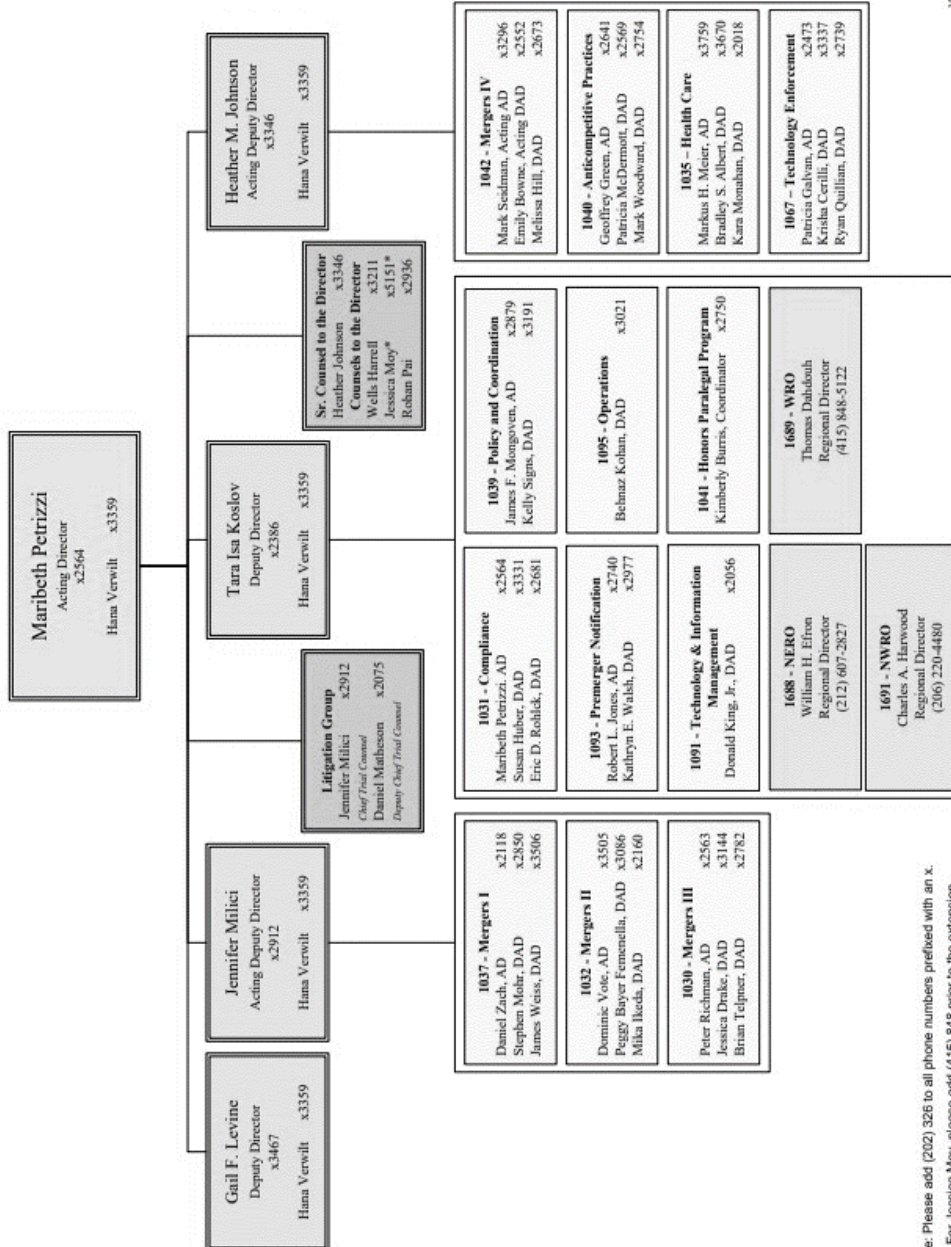
Las innovaciones tecnológicas deseables deben ser también deseables desde la perspectiva social ética, debemos domesticar *-limitar-* las capacidades tecnológicas. Cada decisión que tomemos el día de hoy debe ser pensada no solo bajo las perspectivas jurídicas, económicas y sociales, sino también bajo la perspectiva ética. Las acciones de las plataformas digitales deberán apegarse a una normativa jurídica cuyos principios rectores consideren; la privacidad, la competencia, democratización, equidad, certeza jurídica, objetividad, y transparencia.

⁴⁴ Qué es la ética de la tecnología y por qué debería importarte. **Gemma Galdón- Clavell**. TedxZaragoza. <https://www.youtube.com/watch?v=XJDBN2j9rr4>

ANEXOS.

Anexo “A”

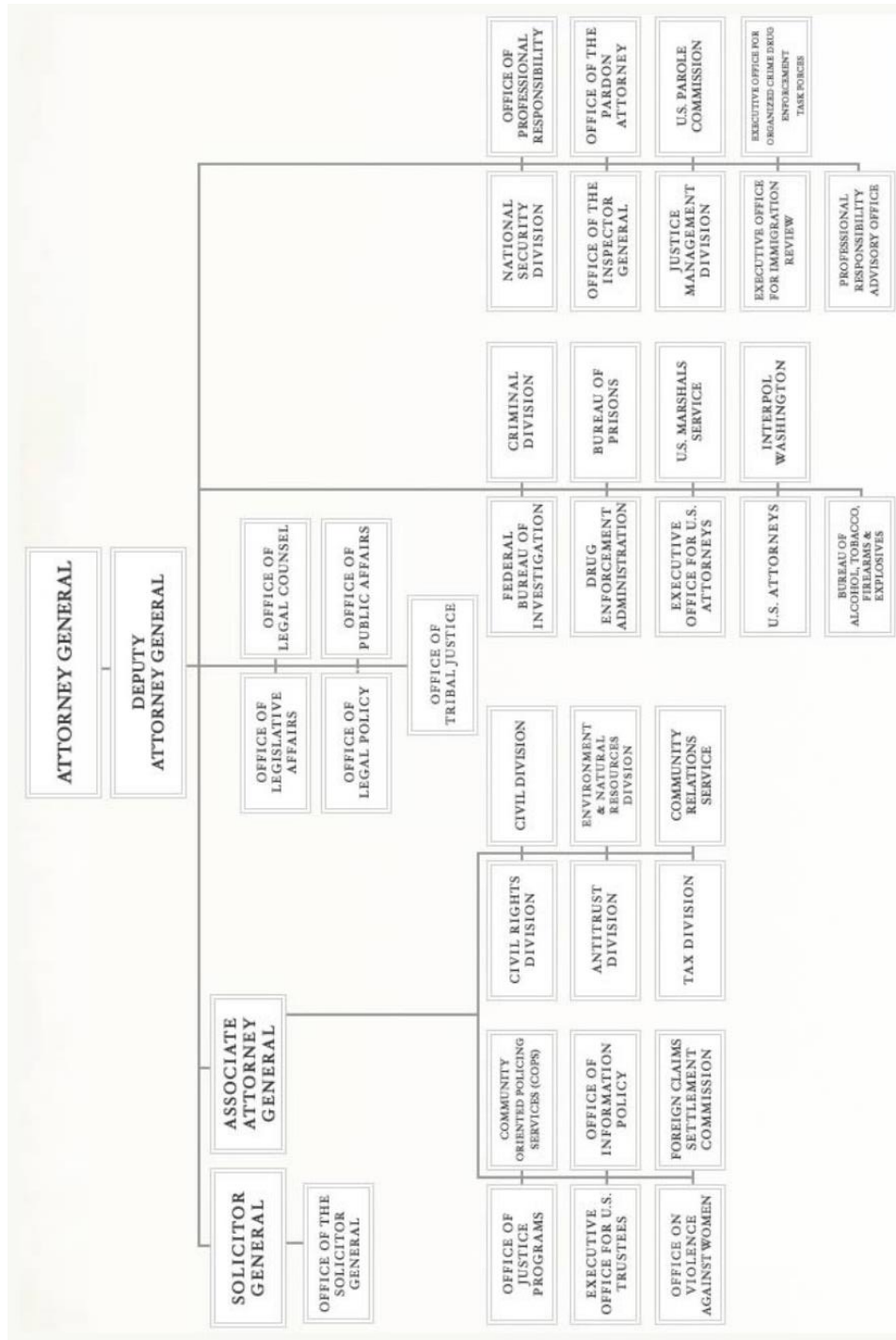
Federal Trade Commission Bureau of Competition



Note: Please add (202) 326 to all phone numbers prefixed with an x.
* For Jessica Moy, please add (415) 848 prior to the extension.

Version: 03/03/2021

Anexo “B”



Anexo “C”



BIBLIOGRAFÍA

A. DOCTRINA.

- A. Deloitte. **What it is Digital Economy? Unicorns, Transformation, and the Internet of Things.** Artículo disponible en línea: <https://www2.deloitte.com/mt/en/pages/technology/articles/mt-what-is-digital-economy.html>
- B. Comisión Federal de Competencia Económica. **Repensar la competencia en la Economía Digital.** México, Febrero 2018. (fecha de consulta: noviembre 2020), Disponible en línea: [cofece.mx](https://www.cofece.mx) en; https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/RepensarlaCompetenciaenlaEconomiaDigital_01022018.pdf
- C. García Wilfredo Fabián. **Plataformas Digitales su regulación fiscal.** Ed. Fiscal 2020.
- D. Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, 2016/2276(INI). Información disponible en línea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2020:028:FULL&from=PL>
- E. Michael L. Katz and Carl Shapiro. **Systems Competition and Network Effects. Journal of Economic Perspectives, Vol 8. 1994.** Información disponible en línea: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.8.2.93>
- F. Motta Massimo. **Política de Competencia Teoría y Práctica.** Ed. Fondo de Cultura Económica. 2018. México.
- G. Howard H. Chang, David S. Evans, y Richard Schmalensee. **Documentos de Referencia sobre Determinación de Poder Sustancial de Mercado.** Marzo 2011.
- H. Howard H. Chang, David S. Evans, Richard Schmalensee. **Documento de Referencia sobre Definición de Mercado Relevante.** Marzo 2011
- I. Amparo Warner Lambert. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Mayo del 2000. Amparo en revisión 2617/96.
- J. Brown Flor y Lilia Domínguez. **Organización Industrial, teoría y aplicaciones al caso mexicano.** UNAM,2012.
- K. Decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica. Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (Estado de México) 23 de mayo de 2014. (fecha de consulta: diciembre 2020)

- L. Comisión Federal de Competencia, **Prácticas Monopólicas Absolutas**. México. 2018. Disponible en línea. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/3practicmonorelativas.pdf>
- M. Patrick Rey, **Vertical Restraint and Producers competition**, European Economic Review. 1988
- N. Blair, Kaserman, and Case. **Discussion of economic incidence**. 1983
- O. Comisión Federal de Competencia Económica. **Herramientas de Competencia Económica. Agosto 2015**. Información disponible en línea; https://www.cofece.mx/cofece/images/Documentos_Micrositios/HerramientasCompetenciaEconomica_250815_vf1.pdf
- P. Artículo 2 de la LFCE. Véase también González de Cossío, Francisco. Competencia Económica. Aspectos jurídicos y económicos, México, Porrúa, 2005. P.4.
- Q. Henry George. **Progress and Poverty**, New York. Library of Economics and Liberty, p.34.
- R. COFECE publica el documento **Estrategia Digital COFECE**. 30 de marzo de 2020.
- S. Unlocking digital competition. “**Report of the Digital Competition Expert Panel**”. Reino Unido. Marzo 2019. P.8.
- T. John M. Newman, (2015), *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*. Página 198. “*In zero-price product markets—as in all markets—the overarching goal of antitrust law is to ensure that firms are incentivized to increase quality, lower costs, or innovate so that consumers ultimately reap welfare benefits. Here, though, the primary costs of products to consumers consist of attention and information costs. Antitrust law in zero-price markets should seek primarily to ensure that buyers receive the best possible products while minimizing the attention and information costs buyers must exchange for those products. Again, antitrust accomplishes these goals by protecting the competitive process.*” Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9504&context=penn_law_review#:~:text=%E2%80%9CZero%2Dprice%20markets%2C%E2%80%9D,exploded%20in%20quantity%20and%20variety.&text=Steeped%20in%20price%20theory%2C%20preeminent,and%20consequently%20no%20market%20power.
- U. Sobre el análisis de concentraciones con modelos de negocios innovadores. Operación no autorizada *Walmart- Cornershop*. Agosto 2019. México. Información en línea: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/08/AnCAs-CornerShop-12agsoto2019.pdf>

- V. Instituto Federal de Telecomunicaciones. **Estatuto Orgánico** del Instituto Federal de Telecomunicaciones. México. 2015. Información en línea: <http://www.ift.org.mx/facultades/facultades>
- W. COFECE. **EL PJF resuelve que COFECE es competente para resolver la concentración entre Uber y Cornershop**. México. Mayo 2020. Información en línea: <https://www.cofece.mx/el-pjf-resuelve-que-cofece-es-competente-para-resolver-la-concentracion-entre-uber-y-cornershop/>
- X. Pipitone Ugo, **Siete argumentos (sin una teoría) para salir del subdesarrollo**. Italia, 1999.
- Y. Federal Trade Commission. Fiscal Year 2018 Performance. Estados Unidos de Norte América. 2018. Información en línea; Snapshot. https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/2018-one-page-ftc-performance-snapshot/2018_performance_snapshot.pdf
- Z. Organization, Mission and Functions Manual Antitrust Division. Estados Unidos de Norte América. Actualizada en enero 2021. Información disponible en línea <https://www.justice.gov/jmd/organization-mission-and-functions-manual-antitrust-division>
- AA. William E. Kovacic, **Las instituciones de la ley antimonopolio: Cómo la estructura moldea la sustancia**, 110 MICH. L. REV. 1019 (2012).
- BB. Daniel A. Crane, **La estructura institucional de la aplicación de la ley antimonopolio**. (2011)
- CC. Complaint Federal Trade Commission v Surescripts, LLC, 1:19 CV-01080- JDB, Apr.17, 2019.
- DD. Complaint at 2.
- EE. Wilson Sonsini Goodrich & Rosati. United States: Digital Platforms. (2019).
- FF. Press Release, 'FTC's Bureau of Competition Launches Task Force to Monitor Technology Markets
- GG. Justice News. Justice Department Sues Monopolist Google for Violating Antitrust Laws. Estados Unidos de Norte América, Octubre 2020. Información en línea; <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>
- HH. European Commission. An Official EU website. **The digital Services Act package**. July2020/April 2021. Información disponible en línea; <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>.
- II. European Commission. **Communication from the Commission to the European Parliament and the Council**. November 2020. Información disponible en línea;

https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en

JJ. **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair market in the digital sector (Digital Markets Act)** <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1608116887159&uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>

KK. Promarket. **How will the digital Markets Act Regulate Big Tech?** - January 2021. Información disponible en línea; <https://promarket.org/2021/01/11/digital-markets-act-obligations-big-tech-uk-dmu/>

LL. SAP. **Global Company Information.** Información disponible en línea; <https://www.sap.com/corporate/en/company.html>

MM. Regulation of the European Parliament and the Council on a Single Market For Digital Services (“DSA”) and amending Directive 2000/31/EC. Información en línea; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1608117147218&uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>.

NN. **Unlocking digital competition.** Report of the Digital Competition. Expert Panel. March 2019.

OO. **Online Platforms and digital advertising** Market study final report. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf

PP. **Digital Taskforce.** Reino Unido, 2020 Información disponible en línea; https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf.

QQ. William E. Kovacic & Andreas P. Reindl, An Interdisciplinary Approach to Improving Competition Policy and Intellectual Property Policy, 28 FORDHAM INT'L L.J. 1062, 1064-67 (2005)

RR. Qué es la ética de la tecnología y por qué debería importarte. **Gemma Galdón- Clavell.** TedxZaragoza. <https://www.youtube.com/watch?v=XJDBN2j9rr4>

B. LEGISLACIÓN.

SS. **Ley Federal de Competencia Económica.** (Promulgación, May.24,2014 /Ene.27,2017)

TT. Decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica. Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (Estado de México) 23 de mayo de 2014. (fecha de consulta: diciembre 2020)

UU. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Promulgación, Feb.05,1917/Feb.19,2021).

VV. Ley Federal de Telecomunicaciones. (Promulgación, Jun.07,1995/Abr.17,2012).

C. JURISPRUDENCIA.

WW. PODER SUSTANCIAL EN UN MERCADO RELEVANTE. VARIABLES QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA DETERMINARLO. Amparo en revisión 90/2015. Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones y otros. 5 de noviembre de 2015.

XX. Amparo Warner Lambert. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Mayo del 2000. Amparo en revisión 2617/96. (pp. 323 - 324)