

# COMPETENCIA ECONÓMICA EN MERCADOS DIGITALES: LA EXPERIENCIA EN MÉXICO

## *ECONOMIC COMPETITION (ANTITRUST) IN DIGITAL MARKETS: THE EXPERIENCE IN MEXICO*

**Luis Gerardo García Santos Coy\***  
Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C

**Jorge Kargl Pavía\*\***  
Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C

**Regina Esparza Fregoso\*\*\***  
Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C

*Digital platforms are changing the world, from the way we communicate to the way we commercialize products and services. Antitrust regulators are facing new challenges as they review entirely new and unprecedented markets with particular rules and dynamics.*

*In Mexico, both antitrust authorities (the Federal Economic Competition Commission and the Federal Institute of Telecommunications) have suggested different interpretations regarding a jurisdictional assessment for digital markets, to the extent that it has been necessary to involve Federal Courts.*

*Particularities of multiple-sided markets, big data, indirect network effects, multi-homing and the different conception of market power in digital markets have required a new approximation by antitrust authorities, both regarding merger control and in the investigation and prosecution of anticompetitive behavior.*

**KEYWORDS:** *Digital Platforms; Digital Markets; Mexico; Cofece; IFT.*

*Las plataformas digitales están cambiando el mundo, desde la forma en que nos comunicamos hasta la manera de comercializar bienes y servicios. Los reguladores de competencia económica se enfrentan a nuevos retos al analizar mercados totalmente novedosos con reglas y dinámicas propias.*

*En México, las dos autoridades en materia de competencia económica en México (Comisión Federal de Competencia Económica e Instituto Federal de Telecomunicaciones) han sostenido distintas interpretaciones en relación con la jurisdicción para analizar asuntos relacionados con los mercados digitales, al grado en que se ha requerido la intervención del Poder Judicial de la Federación.*

*Las particularidades de los mercados de múltiples lados, el papel del big data, los efectos indirectos de red, el multi-homing y la distinta concepción del poder de mercado en los mercados digitales requieren una nueva aproximación por parte de las autoridades en materia de competencia, tanto para el control de concentraciones, como para la investigación y persecución de prácticas anticompetitivas.*

**PALABRAS CLAVE:** *Plataformas digitales; mercados digitales; México; Cofece; IFT.*

\* Abogado. Miembro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados y del International Bar Association. Socio Senior de la práctica de competencia económica de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C (Ciudad de México, México). Contacto: luis.garcia@creel.mx

\*\* Abogado. Master of Laws (LL.M) en Derecho Público por la Universidad Anahuac y Master of Laws (LL.M.) en Derecho de las Tecnologías de la Información por la INFOTEC. Ex asociado de Freshfields Bruckhaus Deringer. Miembro de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa (ANADE). Counsel de la práctica de competencia económica de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C. (Ciudad de México, México). Contacto: jorge.kargl@creel.mx

\*\*\* Abogada. Asociada de la práctica de competencia económica de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C. (Ciudad de México, México). Contacto: regina.esparza@creel.mx

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 2 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 19 de noviembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, todo gira en torno a lo digital: los medios de comunicación se están transformando en un servicio digital, los negocios intentan participar cada vez más en el comercio electrónico, a través de plataformas propias o de terceros, y los nuevos grandes negocios se crean como plataformas digitales.

Esta tendencia hacia lo digital se debe a que alrededor de las 7800 millones de personas en el mundo (Plecher, 2020), cerca de 3000 millones utilizan alguna red social (Clement, 2020) y más de 1800 millones compran productos a través de Internet (Statista Research Department, 2020).

Cada vez más, el mundo digital y las herramientas tecnológicas definen la manera en la que la sociedad se informa, compara y toma decisiones de compra de bienes y servicios. Esto genera nuevas formas de interacción entre oferentes y consumidores con reglas e interacciones muy distintas a las clásicas dinámicas de los mercados tradicionales. Asimismo, el cambio tecnológico también ha impactado en los procesos de producción, los cuales se integran y vuelven dependientes de las tecnologías y de las telecomunicaciones. Hoy, el cómputo en la nube, el *big data*, el Internet de las Cosas y la inteligencia artificial han transformado disruptivamente diversos sectores e industrias. Si bien su incorporación ha generado menores costos y muchos beneficios para los consumidores, también plantea nuevos retos para proteger y promover la innovación, el proceso de competencia y libre concurrencia, la protección y privacidad de los datos personales, al igual que la protección y fomento de la libertad de expresión y el acceso a la información.

Desde la perspectiva de la competencia económica, esta nueva realidad representada por los mercados digitales, aunque también abarca a los procesos productivos, conlleva nuevos fenómenos y retos. Estos, en muchos casos, escapan del alcance de la política de competencia tradicional, cuyas bases se sentaron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en Estados Unidos, principalmente, con el *Sherman Antitrust Act* de 1890,

el *Clayton Act* de 1914, el *Robinson-Patman Act* de 1936 y el *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976.

En efecto, los mercados digitales son muy dinámicos, con cambios abruptos y una convergencia entre modelos tradicionales y modelos innovadores poco o nada regulados, que ponen en entredicho conceptos y herramientas tradicionales, desde la técnica para definir un mercado relevante, hasta la aplicación del test del monopolista hipotético o *SSNIP Test*<sup>1</sup>. Ello ocurre particularmente en los casos de las plataformas o mercados multi-lado.

En México, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (en adelante, IFT) es el órgano constitucional autónomo encargado de la velar por la competencia económica en los sectores de las telecomunicaciones y radiodifusión, además de ser el regulador sectorial. Sobre las plataformas digitales, este ha señalado que:

La disyuntiva para el regulador en el entorno digital consiste en encontrar un adecuado balance entre las cargas administrativas necesarias para reducir los riesgos asociados a las nuevas actividades digitales (v.gr. crímenes cibernéticos, conductas anticompetitivas, entre otros) y la creación de incentivos para la entrada de nuevos competidores, el fomento a la innovación y la promoción de la inversión (2018, p. 30).

Estas características representan una variedad de retos que, a los ojos de los órganos reguladores, generan riesgos en materia de competencia.

El presente artículo pretende abordar algunos de los retos a los que se han enfrentado las autoridades en materia de competencia económica en México, particularmente, la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, Cofece) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones. En adelante, nos referiremos a ambos en conjunto como las Autoridades de Competencia de México. Asimismo, se explorará el criterio sostenido por los Tribunales del Poder Judicial de la Federación de México en casos de competencia en mercados digitales.

<sup>1</sup> *Small but Significant Non-Transitory Increase in Price* o test del monopolista hipotético. El *SSNIP Test* es un análisis que se utiliza para definir cuántos productos diferenciados forman parte del mismo mercado relevante. Este examen se basa en la premisa de que para que dos productos formen parte del mismo mercado, si uno sufre un pequeño aumento no transitorio en el precio (generalmente, entre 5% y 10%), resultaría rentable para el monopolista hipotético abastecer ambos productos. Dicho de otra forma, si ante el aumento de 5% a 10% en el precio de un producto A, una parte de los consumidores reemplaza el producto A por un producto B, entonces tanto el producto A como el producto B forman parte del mismo mercado relevante. Cabe señalar que, para que el *SSNIP Test* se aplique correctamente, el precio del producto a compararse (por ejemplo, producto A) debe estar en niveles competitivos, ya que, de lo contrario, se puede incurrir en lo que se denomina la paradoja del celofán.

Por ello, y con el objetivo de presentar estos temas de forma clara, el presente trabajo tiene la siguiente estructura:

- En el primer apartado, se analiza el concepto de mercado digital en materia de competencia económica, así como las distintas definiciones propuestas por las Autoridades de Competencia de México.
- El segundo apartado aborda cuestiones de competencia entre las Autoridades de Competencia de México, y que también resultan relevantes en aquellas jurisdicciones en las que existe un regulador en materia de competencia económica y un regulador sectorial en materia de tecnologías de la información y comunicación.
- El tercer apartado se refiere a los elementos a tener en cuenta al momento de definir un mercado relevante en el entorno digital, partiendo de la experiencia en México.
- El cuarto apartado proporciona y analiza algunos ejemplos de concentraciones en mercados digitales analizadas por las Autoridades de Competencia de México.
- El quinto apartado aborda los elementos que deben ser analizados en materia de investigación de prácticas monopólicas o anticompetitivas y refiere algunas de las prácticas que han sido o están siendo investigadas por las Autoridades de Competencia de México. Al respecto, el presente artículo se centrará en investigaciones por acuerdos entre competidores (prácticas monopólicas absolutas) y abuso de una posición dominante (prácticas monopólicas relativas).
- Por último, el sexto apartado aborda un análisis de las preocupaciones que han externado las Autoridades de Competencia de México en relación con los mercados digitales.

## II. ¿QUÉ ES UN MERCADO DIGITAL? ¿QUÉ SE ENTIENDE EN MÉXICO COMO UNA PLATAFORMA DIGITAL?

Las plataformas digitales son tecnologías que crean espacios para agregar contenidos y servicios, conectando a los usuarios —en este caso, a los consumidores y los productores/prestadores— con

el fin de comunicarse, realizar transacciones (por ejemplo, la compraventa de bienes o servicios) y/o compartir información.

El IFT ha considerado que las plataformas digitales “proveen a sus usuarios el acceso a una plataforma digital para que los distintos grupos de usuarios se comuniquen, conecten y enlacen para distintos fines” (Resolución del C.C.A. 4/2019, 2020, p. 78).

Dichas plataformas pueden clasificarse en dos tipos: (i) aquellas que tienen como objetivo principal realizar transacciones u operaciones comerciales entre los usuarios (las plataformas transaccionales); y, (ii) aquellas que tienen como objetivo principal permitir la comunicación o interacción de los usuarios (las plataformas no transaccionales). Dado que, hasta el momento, las Autoridades de Competencia en México únicamente han analizado plataformas transaccionales, el presente artículo solamente analizará dicho tipo.

Al respecto, la Comisión Europea ha definido a estas últimas, como empresas “[...] operating in two (or multi) sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups” (European Commission, 2015, p. 5)<sup>2</sup>.

En este sentido, según el estudio “Plataformas digitales y competencia en México” preparado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE),

[...] el Parlamento Europeo (2015) identificó los principales tres modelos de negocio de las plataformas digitales:

- Modelo por suscripción: los usuarios finales pagan por la prestación de un servicio. Por ejemplo, los usuarios de Netflix o de Spotify pagan una cuota para acceder a películas o música.
- Modelo con publicidad: los usuarios finales acceden al servicio en forma gratuita, ya que la plataforma se mantiene de los ingresos que genera la publicidad. YouTube y Facebook podrían ser un ejemplo, los usuarios pueden consultar los contenidos en forma gratuita y están expuestos a la publicidad.
- Modelo con acceso: los creadores de contenido o de aplicaciones les pagan a las plata-

<sup>2</sup> “[O]perando en dos (o varios) mercados, usando el Internet para permitir transacciones entre dos o más grupos distintos pero interdependientes de usuarios para generar valor para al menos alguno de estos grupos” (European Commission, 2015, p. 5) [traducción libre].

formas para llegar a los usuarios finales. Por ejemplo, App store es una tienda digital donde los creadores pueden colocar sus aplicaciones para llegar a los usuarios de iOS.

Además, se afirma que:

Según la clasificación de Evans (2007), las plataformas son empresas que dan servicio (a) a dos o más grupos de clientes; (b) que se necesitan uno al otro de alguna manera; (c) pero que no pueden captar por sí mismos el valor de su atracción mutua; y (d) dependen del catalizador de la plataforma para facilitar interacciones entre ellos que generen valor (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2018, p. 7).

De conformidad con lo anterior, una de las principales características de las plataformas, es el hecho de que operan en dos (o más) mercados interdependientes entre sí. Es decir, la demanda de uno depende de la demanda del otro, lo que deriva en un fenómeno que se conoce como efectos de red. Los efectos de red ocurren cuando el valor de un producto o servicio cambia de manera positiva a medida en que más personas lo utilizan. Ello significa que, si los usuarios de uno de los lados de la plataforma incrementan, los usuarios en el otro lado de la plataforma le darán más valor a la misma.

En el caso de México, el estudio de la OCDE antes mencionado hace la distinción entre tres diferentes tipos de plataformas disponibles en la actualidad:

- a) Plataformas de comercio electrónico, las cuales son el principal objeto del presente análisis<sup>3</sup>, en las que, en varios lados, se lleva a cabo la compraventa de diferentes bienes o servicios;
- b) Empresas de tecnología financiera, comúnmente denominadas como Fintech, que son “empresas que ofrecen productos y servicios financieros, haciendo uso de tecnologías de la información y comunicación, como páginas de Internet, redes sociales y aplicaciones para celulares” (Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, 2017, p. 33); y,
- c) Aplicaciones para transporte comercial en México, las cuales “prestan servicios basados en una plataforma de aplicaciones informáticas que apoyan a un mercado bilateral

al conectar a conductores y pasajeros en forma comercial” (International Transport Forum, 2016, p. 13).

Sin embargo, a pesar de las múltiples aproximaciones que se han expuesto de lo que es considerado un mercado y/o una plataforma digital, no existe un consenso sobre una definición única. Ello se debe a que estas plataformas adoptan diversas formas y están en constante evolución. No obstante, consideramos que, en virtud del gran dinamismo de los mercados digitales, no es necesario llegar a definiciones definitivas para estos efectos.

Dados los distintos criterios y enfoques en torno al concepto de plataforma, uno de los retos más grandes de las Autoridades de Competencia de México (y del mundo), es llegar a una definición con el fin de realizar una operación o investigación en particular. Esto porque de la mano de su definición, vienen aparejadas las bases para el análisis en materia de competencia, incluyendo la definición del producto relevante y su ámbito geográfico. Además, en el caso específico de México, la definición influye en determinar cuál de las Autoridades de Competencia de México es la competente para conocerla.

### III. AUTORIDADES COMPETENTES DE MÉXICO: ¿QUIÉN ES LA AUTORIDAD COMPETENTE EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA?

A diferencia de otras jurisdicciones, la materia de competencia económica en México tiene una peculiaridad: existen dos distintas autoridades de competencia con igual jerarquía, divididas sectorialmente, responsables de la aplicación de una misma ley federal. Estas son la Cofece y el IFT.

De conformidad con el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, la Constitución o CPEUM), la Cofece es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados (1917). De igual forma, de conformidad con dicho artículo, el IFT también es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, pero exclusivamente en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 28).

<sup>3</sup> Es importante distinguir que no todo sitio web de comercio electrónico es considerado una plataforma.

En virtud de lo anterior, el IFT es la autoridad en materia de competencia económica con facultades exclusivas en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, mientras que la Cofece es la autoridad de competencia económica con facultades exclusivas en el resto de los sectores. Aunque esta distinción parece, en principio, sencilla, la misma ha generado dudas y conflictos competenciales entre ambas autoridades en diversas ocasiones, una de ellas muy publicitada, tratándose de mercados y plataformas digitales.

Sin embargo, cabe señalar que la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante, LFCE) prevé en su artículo 5, un procedimiento en caso de que haya un conflicto competencial entre las Autoridades de Competencia de México; es decir, en caso de que ambas (o ninguna de ellas) acepten la competencia sobre un determinado asunto. Dicho artículo establece lo siguiente:

Artículo 5. [...]

En el momento en que alguno de los órganos mencionados en el párrafo anterior [IFT o Cofece] tenga información de que el otro conoce de un asunto que a aquél le corresponda, le solicitará le remita el expediente respectivo. Si el órgano solicitado estima no ser competente deberá remitir el expediente, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud. Si considera que lo es, en igual plazo hará saber su resolución al órgano solicitante, en cuyo caso suspenderá el procedimiento y remitirá el expediente al Tribunal Colegiado de Circuito especializado en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, quien fijará la competencia en un plazo de diez días.

En el caso de que alguno de los órganos mencionados en el primer párrafo de este artículo que conozca de un asunto estime carecer de competencia para conocerlo, enviará dentro de los cinco días siguientes el expediente respectivo al otro órgano. Si éste acepta la competencia, se avocará al conocimiento; en caso contrario, **dentro de los cinco días siguientes comunicará su resolución al órgano que declinó la competencia y remitirá los autos al Tribunal Colegiado de Circuito especializado en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones para que dentro del plazo de diez días fije la competencia** [...] (Ley Federal de Competencia Económica [LFCE], 2017) [el énfasis es nuestro].

Si bien la aplicación de este procedimiento jurisdiccional es poco frecuente, el hecho de que sus-

penda el análisis por parte de las Autoridades de Competencia de México, unido a la falta de control práctico sobre el cómputo de los plazos aplicables<sup>4</sup>, produce retrasos considerables, lo que es particularmente alarmante en el caso del análisis de concentraciones.

A la fecha, han existido únicamente tres conflictos competenciales entre las Autoridades de Competencia de México resueltas por los Tribunales. Si bien estos precedentes no se limitan exclusivamente a los mercados digitales, el precedente más reciente es particularmente relevante para efectos del contenido de este artículo.

En el Conflicto Competencial C.C.A. 4/2019, resuelto en sesión del 21 de mayo de 2020, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones (en adelante, el Primer Tribunal Especializado), después de un largo análisis, determinó cuál de las Autoridades de Competencia de México tenía autoridad para analizar y resolver sobre la concentración de Uber y Cornershop (en adelante, la Concentración Uber-Cornershop). Uber es una aplicación de transporte, mientras que Cornershop es una aplicación de compra y entrega de productos de supermercados y tiendas minoristas locales a domicilio. Dada la relevancia de este caso, a continuación, se exponen los puntos más importantes de dicho conflicto de competencia.

En la Concentración Uber-Cornershop, las partes presentaron la notificación de concentración inicialmente ante la Cofece a mediados de octubre de 2019, por considerar que dicha autoridad era la competente para conocer y resolver el caso, en virtud de que los efectos de la operación no guardaban relación con el sector de las telecomunicaciones. Ello porque, aun cuando el modelo de negocio de ambas empresas se basa en aplicaciones móviles, el análisis competitivo únicamente es relevante en relación con el transporte privado y la compra de productos en supermercados y tiendas minoristas locales. Asimismo, cabe mencionar que previamente la Cofece analizó durante siete meses y finalmente objetó una concentración entre Cornershop y Walmart, periodo durante el cual el IFT no reclamó jurisdicción a pesar de ser un asunto muy difundido en medios de comunicación.

El 12 de noviembre de 2019, el IFT notificó, de conformidad con el artículo 5 de la LFCE, un oficio mediante el cual el titular de la Unidad de Com-

<sup>4</sup> Dado que los particulares no son parte en el procedimiento jurisdiccional, son pocas (e inciertas) las opciones legales con que cuentan para exigir el cumplimiento de los plazos legales aplicables.

petencia Económica del IFT solicitó a la Cofece que remitiese el expediente de la Concentración Uber-Cornershop al considerarse competente para conocerlo por las siguientes (entre otras) razones:

Las Plataformas Digitales también se denominan Plataformas OTT (OTT, del inglés Over The Top, un término equivalente a over the Internet, sobre el Internet) a las que los usuarios pueden acceder a través de aplicaciones sobre Internet incluyendo sitios web. Éstas proveen servicios que permiten comunicar, conectar y enlazar para medios electrónicos sobre Internet (o nube de Internet) a distintos grupos de usuarios, dando lugar a mercados de dos o más lados (en adelante, Plataformas Digitales).

[...]

Las Plataformas Digitales que operan Uber y Cornershop pertenecen a la cadena de valor del sector de telecomunicaciones.

La cadena de valor que corresponde a las Plataformas Digitales incluye diferentes eslabones en los que participan proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones; del servicio de acceso a Internet; de los servicios de cómputo en la nube, y centros de datos y servicios administrados, entre otros.

Por ende, el estudio y análisis de los mercados involucrados en las Plataformas Digitales no puede disociarse del sector de telecomunicaciones. La evaluación de los efectos de una conducta o acto que involucre Plataformas Digitales, requiere del conocimiento y la identificación de los recursos tecnológicos empleados en la provisión de sus servicios, así como las interrelaciones con los medios de comunicaciones electrónicas y de telecomunicaciones, así como de insumos inherentes a ambas (Resolución C.C.A 4/2019, 2020, pp. 13-14).

En resumen, el IFT consideró que la Concentración Uber-Cornershop, al encontrarse inmersa en plataformas digitales, pertenecía al sector de telecomunicaciones y; por ende, era una operación de concentración del ámbito competencial del IFT y no de la Cofece.

En contraste, la Cofece consideró que la Concentración Uber-Cornershop no era competencia del IFT, ya que las plataformas no forman parte del sector de telecomunicaciones ni de radiodifusión. La Cofece sostuvo lo anterior dado que, entre otras razones:

- a) Uber presta en México servicios de intermediación entre (i) conductores que prestan el servicio de transporte de personas de punto a punto y usuarios a través de su plataforma; (ii) entre los repartidores para la distribución de alimentos preparados y vendidos por restaurantes y los clientes a través de Uber Eats; y, (iii) entre los usuarios de bicicletas y bicicletas eléctricas de Jump<sup>5</sup>.
- b) Cornershop presta el servicio logístico de exhibición, compra y entrega inmediata de productos ofrecidos en supermercados, tiendas de autoservicio, y otros comercios (farmacias, papelerías, entre otros) a través de Internet y de su aplicación a usuarios finales.
- c) De acuerdo con los puntos a y b anteriores, Uber y Cornershop prestan servicios de intermediación en mercados de múltiples lados, es decir, mercados en donde un agente actúa como la plataforma y ofrece productos o servicios a dos diferentes grupos de consumidores, de tal manera que la demanda de uno de los grupos de consumidores depende de la demanda del otro grupo.

En esta misma línea, la Cofece estimó que los servicios de Uber y Cornershop se resumen en servicios de intermediación y logística, por lo que no forman parte del sector de telecomunicaciones y radiodifusión. Este organismo consideró que si bien Cornershop y Uber utilizan el Internet para prestar sus servicios, la actividad económica de los agentes (es decir, la intermediación) es independiente de este.

En vista de que ambas Autoridades de Competencia de México se consideraban competentes para conocer el asunto, la Cofece remitió al Primer Tribunal Especializado (al que le tocó conocer por razón de turno) las constancias del expediente para que este resolviese qué autoridad tenía competencia para conocer del asunto.

De acuerdo con los argumentos expuestos por las dos Autoridades de Competencia de México, el Primer Tribunal Especializado finalmente, y después de un largo proceso que excedió los plazos legales aplicables, resolvió que la Cofece era el organismo competente para conocer y resolver la Concentración Uber-Cornershop por, entre otras, las siguientes razones:

- i) los notificantes **no son concesionarios de telecomunicaciones, sino que recurren a estos para la prestación de sus servicios a través de**

<sup>5</sup> A la fecha de este artículo, Uber ya no presta el servicio de intermediación de bicicletas.

**una plataforma digital;** ii) los servicios prestados no son de telecomunicaciones, sino de logística e intermediación entre usuarios, conductores y repartidores; y 3) **los notificantes utilizan el Internet como un insumo**, lo cual no constituye el servicio de las plataformas ni representa la fuente de sus ingresos (Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece], 2020a) [el énfasis es nuestro].

En resumen, el Primer Tribunal Especializado consideró que las plataformas de Uber y Cornershop,

[s]on un canal adicional a los otros canales mediante los cuales se realizan transacciones económicas, como son el canal «tradicional» mediante locales/tiendas físicas, mediante llamadas telefónicas o a través de páginas de Internet o terminales de pago. De esta forma, **la actividad económica subyacente sigue siendo la misma, independientemente del canal que se utilice para la comercialización del bien o servicio de que se trate** (Resolución C.C.A 4/2019, 2020, p. 87) [el énfasis es nuestro].

La decisión del Primer Tribunal Especializado ha sentado un gran precedente en materia de plataformas y mercados digitales ya que antes no había claridad respecto de qué autoridad era la competente para conocer asuntos que involucraran plataformas o medios digitales. Si bien este caso tiene sus particularidades y podría diferir de futuras operaciones, la extrapolación de principios generales realizada por el Tribunal sirve como guía y precedente para futuras operaciones que, por sus características, tendrán que ser del conocimiento de las Autoridades de Competencia de México. Más aún, esta decisión será fundamental con relación a futuras investigaciones por acuerdos entre competidores o por abuso de una posición dominante, especialmente en los casos en que las conductas ocurren en un mercado digital.

Sobre la base de lo anterior, es posible afirmar que si bien la creación del IFT como regulador sectorial y como autoridad en materia de competencia económica para los sectores de las telecomunicaciones y radiodifusión ha favorecido un alto grado de especialización técnica, también ha generado incertidumbre respecto a aquellos casos que pudiesen considerarse competencia (en todo o en parte) de ambas Autoridades de Competencia de México. Esto produce retrasos en el análisis de asuntos que, particularmente en el caso de concentraciones, tienen graves repercusiones para los agentes económicos involucrados.

Una posible solución (que no requiere de una reforma legal o constitucional) es promover una mayor comunicación entre ambas autoridades de competencia. Ello se podría lograr mediante la elaboración de una guía conjunta o bien, a través de la celebración de un convenio de colaboración que establezca ciertos criterios y procedimientos para esclarecer, *ex ante*, posibles conflictos competenciales sin necesidad de acudir a los tribunales.

Asimismo, en caso de presentarse un conflicto competencial que requiera de la intervención de un tribunal, es importante establecer un mecanismo que permita a las Autoridades de Competencia mexicanas continuar con su análisis —particularmente en los casos de concentraciones— limitando, en la medida de lo posible, el retraso ocasionado por el conflicto competencial.

#### IV. DEFINICIÓN DE MERCADO

De conformidad con distintos criterios del Poder Judicial de la Federación en México, “el mercado relevante es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: de productos o servicios y geográfica o territorial” (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, 2008, p. 2225). La definición del mercado relevante, tanto en su ámbito de producto como geográfico, es fundamental en cualquier procedimiento en materia de competencia económica.

Tomando en consideración lo expuesto a lo largo de este artículo, en el caso de las plataformas en las que se involucran dos o más lados de un mercado, en las cuales existen diferentes productos y/o servicios, surgen varias dudas respecto del mercado relevante. ¿Cómo se define el mercado? ¿Acaso cada lado de la plataforma puede constituir un mercado por sí mismo o están tan intrínsecamente relacionados que uno no puede ser analizado sin el otro?

En efecto, es importante tener en cuenta que,

[t]wo sided markets involve two distinct groups of agents, each of which obtains value from interacting with agents of the opposite type. In these markets, platform deal with both types of agents in a way that allows them to influence the extent to which cross-group externalities are enjoyed (Armstrong & Wright, 2007, p. 1)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> [L]os mercados de múltiples lados implican dos grupos distintos de agentes, cada uno de los cuales obtiene valor de la interacción con agentes del otro grupo. En estos mercados, las plataformas tratan con los dos grupos de una manera que les permite influir en la medida en que se disfrutan las externalidades de los grupos cruzados (Armstrong & Wright, 2007, p. 1) [traducción libre].

Dado que los mercados de múltiples lados implican grupos de usuarios distintos, existen —en principio— dos enfoques distintos: la definición de mercados separados para cada grupo de usuarios o la definición de un mercado único que abarque todos los grupos de usuarios que interactúan en la plataforma.

Por el lado de la definición de mercados separados, esta puede llevarse a cabo analizando el panorama competitivo de cada uno de los lados. Por ejemplo, se puede evaluar la posibilidad de sustituir un bien por otro, los costos u otros factores. Este enfoque, de definir múltiples mercados o más de un mercado, es un instrumento más flexible y menos propenso a errores que el enfoque de un solo mercado, el cual define un mercado único para ambos lados de una plataforma. Sin embargo, en el caso de plataformas digitales, sobre todo las plataformas transaccionales, la definición de distintos mercados para cada grupo de usuarios puede ser inconveniente. Además, esta enfrenta importantes limitaciones dado que, en la mayoría de los casos, los distintos grupos están inseparablemente unidos por la interacción en la plataforma.

A modo de ejemplo, se puede tomar el modelo de muchas plataformas transaccionales, el cual se basa en proveer un servicio gratuito a uno de los lados de la plataforma (por ejemplo, los compradores), y cobrar una contraprestación al otro lado (por ejemplo, los vendedores). Analizar cada uno de estos lados como un mercado independiente no permitiría un análisis de los efectos en relación con el lado de los compradores, ya que, al no producirse un cobro, difícilmente resultarían aplicables las herramientas económicas tradicionales, incluyendo el análisis econométrico o el *SSNIP Test*. Incluso, se dificultaría el análisis del daño o del excedente del consumidor. Lo anterior, aun cuando una operación o una conducta en un entorno de plataforma digital puede tener efectos directos en los consumidores.

Las Autoridades de Competencia de México deberán definir el mercado dependiendo de las particularidades del caso y deberán optar por alguno de los enfoques mencionados anteriormente. Ambos enfoques presentan distintas ventajas y desventajas. Sin embargo, ninguno de los dos enfoques será correcto o incorrecto en términos absolutos, siempre que el análisis de las Autoridades de Competencia de México tome en consideración las interdependencias —como los efectos indirectos de la red— y todas las fuerzas competitivas de cada lado del mercado. En los precedentes correspondientes a las concentraciones Walmart-Cornershop y Uber-Cornershop (referidos en la siguiente sección), así como en la investigación conducida en el

mercado de servicios de plataformas de comercio electrónico en México (referida en la sección VI), la Cofece optó por un análisis separado.

## V. CONCENTRACIONES

En materia de concentraciones, recién a partir del 2019, las Autoridades de Competencia de México empezaron a analizar concentraciones relacionadas con mercados o plataformas digitales. Uno de los retos más grandes al que se enfrentan dichas entidades, es el adaptarse a la nueva manera de analizar concentraciones relacionadas con mercados digitales. Estas deberán aprender a analizar los posibles efectos indirectos de red, las economías de escala, el *multi-homing* y sus efectos en la dinámica competitiva en cuanto a la posibilidad o tendencia de los usuarios a utilizar múltiples plataformas de manera simultánea para analizar las mejores alternativas (OCDE, 2018, pp. 12-13), el *big data*, los múltiples lados de una plataforma, la posible insignificancia de las participaciones de mercado de los agentes (analizado más adelante), y las demás características particulares de estos mercados. Asimismo, deberán tener mucho cuidado para evitar que un largo análisis en materia de competencia económica desincentive, por un lado, a la innovación; y, por el otro, a la inversión de los fondos de capital privado en estos nuevos proyectos.

En adición, otro factor —cuya definición aún está pendiente por parte de las Autoridades de Competencia de México— es la posibilidad de que una plataforma digital enfrente competidores que no necesariamente son plataformas. Es decir, la posibilidad de que un medio tradicional compita con una plataforma en línea, lo cual consideramos es totalmente posible y probable en la mayoría de los casos. Al respecto, la resolución del Primer Tribunal Especializado puede ser de utilidad, porque señala que **“la actividad económica subyacente (es decir, el servicio o producto que se presta/ofrece) sigue siendo la misma independientemente del canal que se utilice para la comercialización del bien o servicio de que se trate”** (Resolución C.C.A 4/2019, 2020, p. 87) [el énfasis es nuestro].

Se debe resaltar que la Cofece no solo fue señalada recientemente como la competente para analizar la Concentración Uber-Cornershop (autorizada el 10 de diciembre de 2020), sino que también analizó la concentración que involucraba a Cornershop y Walmart. Esta entidad bloqueó dicha concentración al considerar que “podría generar incentivos para desplazar indebidamente o impedir el acceso de otros competidores a la plataforma de Cornershop y/o obstaculizar el desarrollo de nuevas plataformas” (Cofece, 2019a).

Esa concentración fue una de las primeras en las cuales la Cofece tuvo la oportunidad de analizar el mercado de plataformas digitales e independientemente de si la decisión de la Cofece fue correcta o no, a partir de la resolución de dicha concentración, se han producido grandes cambios que demuestran lo dinámico que es el mercado. Entre ellos se pueden mencionar el hecho de que ahora Uber es quien pretende comprar a Cornershop, la entrada de nuevos competidores al mercado (por ejemplo, la llegada y la reciente ampliación de Didi Food<sup>7</sup> en México), la salida de competidores como Mercadoni y la entrada de nuevos como Justo.

Cabe señalar que la resolución de la Cofece ha sido impugnada ante los Tribunales por parte de Walmart mediante Juicio de Amparo, el cual aún está pendiente de resolución.

En atención a lo anterior, las Autoridades de Competencia de México deben de tomar en cuenta el dinamismo de los mercados digitales en los que las condiciones pueden cambiar abruptamente. Asimismo, deben considerar, como ya se mencionó, que bloquear una operación puede también frenar la innovación y la inversión, lo que afecta negativamente el desarrollo de nuevos productos y servicios que resultan de la combinación de modelos de negocio, estrategias y tecnologías, los cuales en muchos casos incrementan la competencia y eficiencia de los mercados.

Bloquear este tipo de operaciones debe limitarse solo a aquellos casos en que, derivado de un análisis económico minucioso y adecuado, se demuestre que la operación en efecto disminuiría, de manera sustancial, la competencia en un futuro previsible y de largo plazo, y no en conjeturas resultantes de aplicar criterios tradicionales que no resultan adecuados para el análisis en un entorno digital.

## VI. INVESTIGACIONES

Una de las principales preocupaciones de las Autoridades de Competencia de México al iniciar investigaciones —en particular, cuando se trata de prácticas monopólicas relativas, que son analizadas bajo la regla de la razón— es el poder de mercado, o como formalmente se le conoce en México, el poder sustancial.

El poder sustancial suele ser definido como la habilidad o capacidad de un agente económico para incrementar precios y/o restringir la oferta de bienes o servicios sin que ningún otro agente económico pueda contrarrestarlo.

En el caso de las plataformas digitales, múltiples factores dificultan la creación de una posición dominante o de poder sustancial sostenible, incluso si la plataforma tiene una participación de mercado alta (lo cual suele ser un indicio de tener poder sustancial, particularmente, en mercados no digitales; entre otras cosas).

Por ejemplo, la capacidad de los clientes de utilizar múltiples productos o servicios (*multi-homing*) puede reducir las barreras de entrada. La sustitución por el lado de la demanda suele ser inusualmente fácil y sin costes de cambio relevantes. Ello hace que los agentes económicos influyentes y/o bien establecidos puedan ser desplazados rápidamente del mercado. Por lo anterior, una elevada participación de mercado en mercados de plataformas digitales puede no ser un indicio suficiente de la existencia de poder de mercado o, cuando menos, no tiene la misma relevancia que en el caso de mercados tradicionales.

El poder de mercado de una plataforma no solo depende de los efectos de red, sino también de elementos tales como el grado de economías de escala en la producción, la capacidad de diferenciarse de otras redes, de la existencia de alternativas, la posibilidad de portabilidad de los datos, entre otros.

El reciente artículo ‘Common Issues Relating to the Digital Economy and Competition’ preparado por la American Bar Association (en adelante, ABA), señaló que, al analizar el poder de mercado o el poder sustancial, debería de tomarse en consideración lo siguiente:

- a) *Degree of Scale Economies in Production.* Network externalities influence the character of competition within network industries. A larger network is, all else equal, more attractive to customers than a smaller network. In addition to the network efficiencies in consumption, a network often enjoys economies of scale or scope in production. In some cases, however, congestion costs limit network size. Internet advertisers, for

<sup>7</sup> Según reporta Forbes México:

DiDi Food, la plataforma digital de entrega de comida a domicilio, anunció este miércoles que llegará a Aguascalientes, Toluca, Chihuahua, Torreón y Saltillo para impactar a más negocios locales que han reportado una baja significativa en sus ventas por la pandemia del coronavirus en el país (2020).

example, may choose to advertise on platforms with smaller user bases where they face less competition for clicks or impressions. When the size of the network is limited by congestion costs, there is room for more than one network, which may reduce market power.

- b) *Differentiating Networks from Other Products or Networks*. In some cases, more than one network can survive if networks offer differentiated services. Ratings and review (R&R) platforms are an example of a differentiated network industry. These platforms differentiate their products by offering different features and customizations to suit particular customers.
- c) *Existence of Alternatives to the Network*. In network industries, entry by another network may reduce an existing network's market power, while in other cases the duplication of a network can be very costly.
- d) *Superior Technology / Intensity of Network Usage*. A firm with a large market share may have its market power limited or quickly eroded in the face of an entrant with superior technology that enables superior network usage<sup>8</sup>.

Estos elementos tendrán que ser tomados en consideración al analizar el poder sustancial para lograr acreditar la realización o no de una práctica monopólica relativa. Recientemente, la Cofece cerró el expediente correspondiente a la investigación de oficio número IO-002-2017, iniciada por la posible comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de servicios de plataformas de comercio electrónico en México y servicios re-

lacionados con los mismos (en adelante, Investigación IO-002-2017). Una vez finalizada la etapa de investigación, la Cofece concluyó que no existían elementos para imputar probable responsabilidad e iniciar el procedimiento seguido en forma de juicio<sup>9</sup>.

Como se señaló en el párrafo anterior, el mercado investigado en la Investigación IO-002-2017 fue definido como "servicios de plataformas de comercio electrónico en México y servicios relacionados con los mismos" (Resolución del Expediente IO-002-2017, 2020, p. 2). Esta definición fue suficientemente amplia para que la autoridad pudiese investigar cualquier particularidad dentro de ese mercado tan vasto. Sin embargo, la resolución no profundizó en las teorías que pudiesen haber servido para proponer una definición más estrecha.

No obstante, en su resolución, la Cofece determinó que las plataformas de comercio electrónico incorporan principalmente tres elementos: (i) un sistema de publicación (en el cual los clientes colocan avisos para la adquisición de productos o servicios por parte de los usuarios); (ii) una solución de pago mediante la cual es posible procesar el pago correspondiente, de acuerdo con los medios de pagos emitidos; y, (iii) un sistema logístico mediante el cual la plataforma gestiona el envío del producto (Resolución del Expediente IO-002-2017, 2020).

Esta es la primera resolución en materia de investigación en plataformas digitales por parte de la Cofece que, al igual que el IFT, está comenzando a analizar los mercados digitales y las dificultades y particularidades que presentan en comparación con mercados tradicionales.

<sup>8</sup> a) Grado de economías de escala en la producción. Las externalidades de red influyen en el carácter de la competencia dentro de las industrias de red. Una red más grande es, en igualdad de condiciones, más atractiva para clientes que una red más pequeña. Además de la eficiencia de la red en el consumo, una red a menudo goza de economías de escala o de alcance en la producción. Sin embargo, en algunos casos, los costos de congestión de la red limitan su tamaño. Los anunciantes en Internet, por ejemplo, pueden optar por anunciarse en plataformas con bases de usuarios más pequeñas donde se enfrentan a menos competencia por los clics. Cuando el tamaño de la red está limitado por los costos de la congestión, hay espacio para más de una red, lo que puede reducir el poder de mercado.

b) Diferenciar las redes de otros productos o redes. En algunos casos, más de una red puede sobrevivir si las redes ofrecen servicios diferenciados. Calificaciones y revisiones (en inglés, "ratings and review", R&R) de plataformas son un ejemplo de una industria de redes diferenciada. Estas plataformas diferencian sus productos ofreciendo diferentes características y personalizaciones para adaptarse a clientes particulares.

c) Existencia de alternativas a la plataforma. En las industrias de la red, la entrada de otra plataforma (red) puede reducir el poder de mercado de una plataforma existente, mientras que en otros casos la duplicación de una plataforma puede ser muy costoso.

d) Tecnología superior / Intensidad de uso de la red. Una empresa con una participación de mercado alta puede tener su poder de mercado limitado o rápidamente erosionado frente a un competidor con una tecnología superior que permita un mejor uso de la red [traducción libre].

<sup>9</sup> Los indicios en los que se basó la Autoridad Investigadora para iniciar la investigación fueron, entre otros, el considerar que MercadoLibre podría estar sujetando el uso de su plataforma en línea para la compraventa de productos a la adquisición y utilización de su servicio de pagos en línea MercadoPago.

En esta primera resolución, la Cofece omitió analizar puntos relevantes que ya han sido analizados por autoridades en otras jurisdicciones, como son (i) la determinación del poder sustancial en los mercados digitales y su relación con el modelo de empresas tradicionales con puntos de venta físicos (*brick and mortar*); (ii) los avances tecnológicos en los servicios financieros, en particular con los pagos (es decir, nube, monederos electrónicos, el dinero electrónico, entre otros); (iii) la entrada de nuevos agentes económicos; y, (iv) la identificación de cuestiones de competencia relacionada con los puntos anteriores.

En la medida en que más minoristas tradicionales (*brick and mortar*) implementen opciones omnicanal (tiendas físicas y en línea), es de esperarse que la Cofece se pronuncie, en uno u otro sentido, respecto a los puntos anteriores.

## VII. PREOCUPACIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA DE MÉXICO

Si bien ambas Autoridades de Competencia de México han expresado preocupaciones en relación con los mercados digitales y sus plataformas, la Cofece ha sido especialmente proactiva en señalar tales preocupaciones, tanto en foros internacionales como sus estudios realizados. En esta sección, se analizan las consideraciones de la Cofece en torno a este tema.

Alejandra Palacios, Comisionada Presidenta de la Cofece, durante la inauguración de los trabajos del Unilateral Conduct Workshop 2019, que organiza en conjunto con la Internacional Competition Network (ICN por sus siglas en inglés o Red Internacional de Competencia) declaró que

[...] Los mercados digitales se caracterizan por ser altamente dinámicos, lo que a menudo resulta en impactos positivos para los consumidores, pues les facilita el acceso a una mayor información con la que pueden comparar los precios y la calidad de bienes y servicios. Además, se están creando nuevos mercados y mecanismos para comprar. En muchos casos se reducen los costos de transacción, bajan los precios y se crea una economía colaborativa.

[...] Sin embargo, varios aspectos específicos de los mercados digitales representan desafíos para la comunidad de competencia. Por ejemplo, las plataformas digitales dominan cada vez más mercados clave, aprovechando las externalidades de red que generan y por el uso estratégico de datos del consumidor (Cofece, 2019b).

Asimismo, recientemente, la Cofece detalló en su estudio 'Estrategia Digital Cofece' las "preocupa-

ciones que despiertan los mercados digitales en materia de política de competencia" (2020b, p. 17):

«El ganador se lleva todo»: las plataformas digitales facilitan una dinámica en la que la competencia por el mercado se vuelve más importante que la competencia en el mercado. Es decir, el proceso de competencia no se da al interior del mercado, sino por ser el primero o los primeros en acapararlo. Esta dinámica se debe, en gran medida, a los efectos de red que caracterizan a las plataformas digitales, que provocan que la primera plataforma que alcance una masa crítica de usuarios reduzca la posibilidad de que otra plataforma le represente presión competitiva (Cofece, 2020b, p. 17).

Si bien es cierto que ser de los primeros agentes en un mercado puede ser una ventaja, esto no siempre es cierto ni tampoco es determinante para que ningún otro agente económico pueda entrar al mismo, particularmente al considerar que lo que hoy puede ser un mercado, mañana puede haber desaparecido o cambiado por el desarrollo tecnológico o por el rápido reemplazo por parte de los consumidores.

Por ejemplo, si bien Netflix fue una de las primeras plataformas de video de suscripción que llegó a México, fue cuestión de tiempo para que ClaroVideo, Amazon Prime, Disney+, HBO GO, Apple TV, Google Play y Blim, entre otras, lanzaran sus propias plataformas, con nuevas opciones para los consumidores.

Asimismo, la rápida adopción de nuevas redes sociales (pasando por Facebook, Twitter, Instagram y más recientemente, TikTok), demuestran el gran dinamismo de los mercados digitales.

Las Autoridades de Competencia de México (al igual que las de cualquier otra jurisdicción) deben de ser cuidadosas al considerar que si bien el agente económico establecido puede tener cierta ventaja y aprovecharla para desplazar a sus competidores, no siempre es el caso. Además, deben tener en cuenta que interferir innecesariamente en estos mercados puede frenar su dinamismo tan característico y traer resultados irreversibles, al desincentivar la innovación, el desarrollo tecnológico, y la creación de nuevos y mejores productos y servicios en beneficio de los consumidores.

«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. 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 cuando se trata de precios cero (Cofece, 2020b, p. 17).

La preocupación de **precios cero**, en donde, por ejemplo, los usuarios entregan información personal a la plataforma y esta la utiliza con fines de lucro, es un problema que escapa de la materia de la competencia económica. Es importante analizar si las herramientas con las que cuentan las Autoridades de Competencia de México son las más adecuadas para proteger a los consumidores o más bien, si se debe contar con una colaboración estrecha con las autoridades en materia de privacidad y protección de datos personales. Esta nueva realidad en la que existe una coyuntura de áreas jurídicas que habían permanecido independientes, obliga a las autoridades a colaborar estrechamente para poder ofrecer una protección integral tanto a los consumidores como a la innovación tecnológica.

**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 (Cofece, 2020b, p. 17).

El uso de algoritmos y *big data* plantea un reto interesante para las autoridades de competencia, ya que permiten cambios en precios de manera automática y en tiempo real que, en muchos casos, no dejan rastro, tornando su detección en algo extremadamente complicado. Por ello, es necesario que las autoridades cuenten con sistemas y herramientas con capacidades y un grado de sofisticación al menos similar o comparable a las de los agentes económicos.

**Adquisición de competidores potenciales:** las empresas consolidadas tienen incentivos para adquirir competidores nacientes o potenciales para impedir competencia futura. 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 (Cofece, 2020b, p. 18).

Las Autoridades de Competencia de México deben de ser extremadamente cuidadosas en este punto, ya que muchas de las plataformas digitales son empresas de reciente creación, es decir, son *start ups* y muchas veces su único objeto es ser adquiridas a futuro. Además, la compra de estas empresas no necesariamente implica que se haga con el objeto o efecto de impedir una competencia futura (conocidas como *killer acquisitions*). Esto se debe a que, por lo general, las empresas adquiridas tienen mucho *know-how* o innovación que aportar, así como sinergias y negocios complementarios que pueden ser trasladados al consumidor final e inclusive mejorar la competencia en los mercados. En estos casos, nuevamente el riesgo de una intervención excesiva por las autoridades de competencia sería el desincentivar la innovación, particularmente en aquellos casos en que una potencial transacción requiere ser autorizada al actualizar alguno de los umbrales previstos en la LFCE.

- **Poder de mercado a través de conductas unilaterales:** en el entorno digital, las plataformas digitales que tengan una posición dominante podrían ejercer poder de mercado 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 *status 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 (Cofece, 2020b, p. 18).

Estos últimos tres puntos (o preocupaciones) pueden ser analizados conjuntamente. Al igual que en cualquier otro mercado (tradicional o digital) el poder de mercado puede dar lugar a conductas anticompetitivas como lo es la discriminación. Sin embargo, esto no es una característica implícita o un hecho latente en los mercados digitales. Ser una empresa grande en un mercado no implica que necesariamente se vayan a llevar a cabo conductas anticompetitivas.

Asimismo, tal como se ha mencionado a lo largo del presente artículo, y como lo señaló la ABA en su artículo 'Common Issues Relating to the Digital Economy and Competition', al analizar la participación de mercado de un agente económico (que es uno de los factores que pueden ser indicativos de poder sustancial), las autoridades de competencia deben tomar en cuenta fuentes de competencia offline:

Examining only competition from other online distribution may be insufficient in some circumstances to determine whether an online platform is dominant. For example, e-commerce platforms often compete with brick-and-mortar stores. Likewise, an online ride-hailing platform might compete with traditional offline taxicab services. Enforcers should therefore carefully define relevant markets to consider whether offline competition may be substitutable for the product provided by the online platform [...] (ABA, 2020, p. 34)<sup>10</sup>.

Es importante destacar que inclusive con una posición dominante, una práctica monopólica relativa podría tener efectos procompetitivos que beneficien a los consumidores si ayuda a garantizar una sólida competencia entre agentes (por ejemplo, entre plataformas) y precios más bajos para los consumidores. Por ello, deben ser analizadas bajo la regla de la razón.

Por otro lado, como se mencionó, el contar con un volumen importante de datos o el *big data*, no representa un riesgo por sí mismo. Las autoridades de competencia deben analizar cuál es el uso que la plataforma digital está haciendo con los datos (independientemente de las violaciones de privacidad) para analizar si está llevando a cabo una conducta anticompetitiva o no:

Possession of large data bases theoretically could create market power for some applications, since it could be very costly to replicate. However, there should be no presumption that «big data» leads to market power. Data are generally replicable, and one firm's collection of data may not preclude another's collection of identical or substitutable data (ABA, 2020, p. 12)<sup>11</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

1. Las plataformas digitales son tecnologías que crean espacios para agregar contenidos y servicios, conectando a los usuarios con el fin de comunicarse, realizar transacciones y/o compartir información. Las plataformas se distinguen por estar compuestas de dos (o más) mercados interdependientes entre sí; lo que deriva en efectos de red.
2. La decisión del Primer Tribunal Especializado sentó un gran precedente en materia de plataformas y mercados digitales en materia de competencia económica. De dicha decisión se desprende que ambas Autoridades de Competencia de México podrían llegar a analizar las plataformas digitales; sin embargo, su competencia se determinará **atendiendo al servicio o producto que se preste/ofrece a través de estas**. El uso del internet no es determinante para considerar que su análisis es competencia del IFT.
3. Las Autoridades de Competencia de México deben considerar la posibilidad de que una plataforma digital enfrente competidores de un medio tradicional. Como se estableció en la decisión del Primer Tribunal Especializado **"la actividad económica subyacente sigue siendo la misma, inde-**

<sup>10</sup> [A]nalizar únicamente la competencia de otras plataformas en línea puede ser insuficiente en algunas circunstancias para determinar si una plataforma online tiene poder sustancial. Por ejemplo, las plataformas de comercio electrónico suelen competir con tiendas físicas [*brick and mortar*]. De la misma manera, una plataforma online de transporte podría competir con los servicios tradicionales de taxi offline. Como consecuencia, los reguladores deben definir cuidadosamente los mercados relevantes y analizar si la competencia offline puede ser sustituible para un producto que se ofrece por una plataforma online [...] [traducción libre].

<sup>11</sup> [P]oseer grandes bases de datos teóricamente podría crear poder de mercado para algunas aplicaciones, ya que podría ser muy costoso replicarlas. Sin embargo, no debería haber ninguna presunción de que los «grandes datos» llevan al poder de mercado. Los datos son generalmente reproducibles, y la recopilación de datos de una empresa puede no impedir que la de otra recopilación de datos idénticos o sustituibles [traducción libre].

**pendientemente del canal que se utilice para la comercialización del bien o servicio de que se trate”** (Resolución C.C.A 4/2019, 2020, p. 87) [el énfasis es nuestro].

4. En materia de concentraciones, las Autoridades de Competencia de México tienen pendiente analizar a profundidad los posibles efectos indirectos de red, las economías de escala, el *multi-homing* y sus efectos, el *big data*, los múltiples lados de una plataforma, la relevancia de las participaciones de mercado de los agentes y el dinamismo del mercado, entre otras.
5. En el caso de investigaciones por prácticas anticompetitivas, las Autoridades de Competencia de México deben analizar la determinación del poder sustancial en los mercados digitales y su relación con el modelo de empresas tradicionales con puntos de venta físicos (*brick and mortar*).
6. Las Autoridades de Competencia de México deben de ser extremadamente cuidadosas en la aplicación de modelos y herramientas tradicionales sin considerar las particularidades del entorno digital. 🏠

## REFERENCIAS

American Bar Association [ABA] (2020). *Common Issues Relating to the Digital Economy and Competition: Report of the International Developments and Comments Task Force on Positions Expressed by the ABA Antitrust Law Section between 2017 and 2019*. <https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2020/04/aba-antitrust-law-section-releases-report-on-issues-related-to-d/>

Armstrong, M., & Wright, J. (2007). Two-Sided Markets, Competitive Bottleneck and Exclusive Contracts. *Economic Theory*, (32), 353–380. <https://doi.org/10.1007/s00199-006-0114-6>.

Clement, J. (15 de julio de 2020). Number of global social network users 2010-2023. *Statista*. <https://bit.ly/2AtTIVj>

Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece] (2019a, 5 de junio). Comunicado COFECE-032-2019: Cofece resolvió no autorizar la concentración entre Walmart y Cornershop. <https://www.cofece.mx/cofeca-resolvi-no-autorizar-la-concentracion-entre-walmart-y-cornershop/>

(2019b, 14 de noviembre). Comunicado COFECE-045-2019: Análisis de los mercados digitales, un

reto para las autoridades de competencia en el mundo. <https://www.cofece.mx/analisis-de-los-mercados-digitales-un-reto-para-las-autoridades-de-competencia-en-el-mundo/>

(2020a, 21 de mayo). Comunicado COFECE-020-2020. El PJF resuelve que Cofece es competente para resolver la concentración entre Uber y Cornershop. <https://www.cofece.mx/el-pjf-resuelve-que-cofeca-es-competente-para-resolver-la-concentracion-entre-uber-y-cornershop/>

(2020b) *Estrategia Digital Cofece*. [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/03/EstrategiaDigital\\_V10.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/03/EstrategiaDigital_V10.pdf)

Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (2017) *¿Qué son las Fintech? Proteja su dinero*, (203), 32-35. <https://revista.condusef.gob.mx/download-category/2017/>

European Commission (2015). *Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and>

Forbes México (22 de abril de 2020). DiDi Food llega a 5 ciudades en México y crece su oferta de entregas. *Forbes México*. <https://www.forbes.com.mx/negocios-didi-food-llega-a-5-ciudades-en-mexico-y-crece-su-oferta-de-entregas/#:~:text=DiDi%20Food%2C%20la%20plataforma%20digital,del%20coronavirus%20en%20el%20pa%C3%ADs>

Instituto Federal de Telecomunicaciones (2018). *Visión regulatoria de las telecomunicaciones y la radiodifusión, 2019-2023*. <https://bit.ly/303rwDi>.

International Transport Forum (2016). *App-Based Ride and Taxi Services - Principles for Regulation*. <https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/app-ride-taxi-regulation.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2018). *Plataformas digitales y competencia en México*. <https://www.oecd.org/daf/competition/esp-plataformas-digitales-y-competencia-en-mexico.pdf>

Plecher, H. (22 de septiembre de 2020). Development of the world population from 1950 to 2050. *Statista*. <https://cutt.ly/ri73Hh2>.

Statista Research Department (26 de octubre de 2020). E-commerce worldwide - statistics & facts. *Statista*. <https://www.statista.com/topics/871/online-shopping>

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917, reformada mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, 11 de junio de 2013 (Méx.).

Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece], 14 de mayo de 2020, Resolución de la Investigación de Oficio recaída en el Expediente IO-002-2017 (Méx.).

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (2008). Mercado Relevante: Su concepto en materia de competencia económica. En *Tribunales Colegiados de*

*Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta* (Tomo XXVIII, p. 2225, Tesis I.4o.A. J/75). <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=168609&Semana=0>

Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act 1976 (U.S.).

Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2017 (Méx.).

Ley Clayton Antitrust, 15 U.S.C. §§ 12-27 (EE.UU.).

Ley Robinson-Patman, 15 USC § 13 (EE.UU.).

Ley Sherman Antitrust, 15 U.S.C. §§ 1-7 (EE.UU.).

Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, 21 de mayo de 2020, Resolución del Conflicto Competencial C.C.A. 4/2019 (Méx.).