

La defensa de la competencia económica en los mercados de comercio electrónico en México *

Doris Karina Oropeza Mendoza **

RESUMEN: La defensa de la competencia económica es indispensable para generar condiciones de certeza jurídica que promuevan la eficiencia en los mercados, y a su vez condiciones de desarrollo social y económico en un país. México cuenta con un sistema jurídico encargado de vigilar el proceso de competencia, que hasta el momento solo ha sido extendido su potestad a los mercados tradicionales. El presente documento tiene el objetivo de dar a conocer si el sistema jurídico vigente en México para proteger el proceso de competencia en los mercados físicos, es aplicable para proteger el proceso de competencia que surge en los mercados de comercio electrónico y limitar las acciones anticompetitivas de los agentes económicos que convergen en dichos mercados.

Palabras clave: derecho de competencia económica, mercados de comercio electrónico, eficiencia económica, nueva economía.

ABSTRACT: The Antitrust is essential to generate conditions of legal certainty that promote efficient markets, and conditions of social and economic development in a country. Mexico has a legal system to monitor the process of competition, which so far only has been expanded its power to traditional markets. This paper aims to make known whether the current legal system in Mexico to protect the competitive process in the physical markets, is applicable to protect the competitive process that arise in the e-commerce markets and limit the anticompetitive actions of the economics agents that in this markets converge.

Key Words: Antitrust, e-commerce markets, economic efficiency, new economy.

* Artículo recibido el 14 de noviembre de 2014 y aceptado para su publicación el 3 de febrero de 2015.

** Doctora en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

SUMARIO: Introducción. 1. Sobre el comercio electrónico. 2. Entendiendo la competencia económica en los mercados de comercio electrónico. 3. Análisis jurídico de la defensa de la competencia en los mercados de comercio electrónico. Conclusión. Referencias.

Introducción

Señala Francisco González de Cossío, que el objetivo de las leyes de la defensa de la competencia en los mercados es la eficiencia económica.¹ La existencia de mercados eficientes en condiciones de competencia son una palanca para el desarrollo económico y social de cualquier nación, cuando no existen condiciones de competencia en los mercados, a decir de Henry George, se produce “un desbalance socio-económico 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”.²

El proceso de globalización, como un paradigma de unificación que supera fronteras y la intensificación del uso de las tecnologías de la información y comunicación³ han propiciado la existencia de una nueva corriente económica, denominada nueva economía,⁴ encargada del estudio de las actividades comerciales que se han visto impactadas y transformadas por los usos y aplicaciones de las TICs, como es el caso del comercio electrónico.

Los mercados de comercio electrónico, en adelante MCE, al igual que los mercados físicos, tiene su punto de desarrollo en el proceso de competencia económica, mismo que debe ser tutelado jurídicamente, para evitar que se limite su crecimiento y se desaprovechen sus bondades, tomando en consideración que puede ser una vía para generar más recursos, mejorando las condiciones económicas de empresas, consumidores y gobierno.

México cuenta un sistema jurídico encargado de tutelar el proceso de competencia económica, no obstante, éste fue legislado para proteger los mercados físicos; si consideramos que los MCE tienen características propias, debido a su naturaleza tecnológica, y que valga decir, le convierten en una forma paralela de comercio, surge la siguiente interrogante: ¿Por qué considerar aplicable el sistema jurídico vigente en México para la protección del proceso de

¹GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia Económica. Aspectos Jurídicos y Económicos*, México, Porrúa, 2005, p. 4.

²HENRY, George, *Progress and Poverty*, New York, trad. propia, Library of Economics and Liberty, 1912, p. 34.

³Herramientas tecnológicas de comunicación, y medios electrónicos en los que convergen la informática (hardware y software) y la telemática (fibra óptica, Internet, radiocomunicaciones y telefonía móvil) a través de los cuales se crean relaciones jurídicas entre los individuos que interactúan a través del procesamiento, obtención, creación, recopilación, comunicación y registro de datos e información.

⁴Conjunto de actividades de mercado en las que su existencia y funcionamiento se debe al uso de las TICs, principalmente Internet con sus diversas aplicaciones.

La defensa de la competencia económica en los mercados de comercio electrónico en México

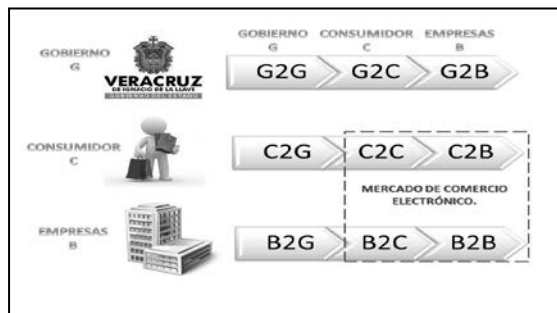
competencia en los mercados físicos, para proteger el proceso de competencia económica en los mercados de comercio electrónico?

Para responder a dicha interrogante, se realizó la presente investigación, misma que es de carácter interdisciplinario en el que la ciencia jurídica, se ha apoyado de los principios y teorías de otras áreas del conocimiento, como lo es la ciencia económica y la aplicación de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

La importancia de conocer la protección que tiene en México el proceso de competencia en los MCE, radica en que los MCE son una actividad económica que va en crecimiento en nuestro país, teniendo ya incluso presencia en el Producto Interno Bruto con un 0.5%.⁵ Es por ello indispensable que el estado, como institución social encargada de la seguridad de los gobernados, tenga los mecanismos legales para proteger el proceso de competencia en estos mercados, favoreciendo a la competencia misma y a los consumidores, como beneficiarios finales de dichos proceso, y por supuesto favoreciendo mediante la certeza jurídica, la equidad de los competidores.

1. Sobre el comercio electrónico

El comercio electrónico es, a decir de Barbara Fraumeni, "cualquier transacción realizada a través de una red o de una computadora que consiste en la transferencia de la propiedad o derechos de uso de bienes o servicios."⁶ Las transacciones en Internet se dividen en nueve categorías de acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos,⁷ no obstante de éstas, solo cuatro corresponden a actividades que implican una transacción comercial, veamos la siguiente figura:



FUENTE: creación propia con datos recopilados del documento *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), E-comercio: Impactos y Retos Políticos, OECD Economic, Outlook 67, 2000.*

⁵ BERCOVICH, Néstor, "Economía digital para el cambio estructural y la igualdad", coord. Mario Castillo, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe -Unión Europea, 2013, p. 14, consultado el 12 de mayo de 2014, disponible en: http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49395/Economia_digital_para_cambio_estryigualdad.pdf.

⁶ FRAUMENI, Barbara M, "Government statistics: e-commerce and the electronic economy", U.S.A., trad. propia, Bureau of Census U.S.A., 2000, disponible en: <http://www.census.gov/econ/www/govstats.pdf>.

²²⁷ MITCHELL, Andrew D., "Electronic Commerce", New Jersey, trad. propia, encyclopedia of the world economy, Ramkishen Rajan and Kenneth Reinert, eds., Princeton University Press, 2008, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1257856>

⁷ ORGANISATION for Economic Co-operation and Development, "e-commerce: impacts and policy challenges", *OECD Economic, Outlook 67, 2000, p. 4, disponible en: http://www.oecd.org/eco/outlook/2087433.pdf*

Las cuatro categorías que implican una transacción comercial son las categorías, C2C, C2B, B2C y B2B mismas que se muestran dentro del recuadro punteado, analicemos a continuación cada una:

1. C2B. Transacción de consumidor a empresas (*Consumer to Business C2B*). Esta categoría es una revolución en los negocios de Internet, puesto que la relación de oferta de un bien o servicio de una empresa a consumidor se ha invertido y ahora los consumidores están ofreciendo servicios o productos a las empresas. El ejemplo más común es *Google Adsense*, en el que los consumidores ofrecen un espacio de su página Web personal, por ejemplo un blog, para mostrar publicidad y Google paga a dichos individuos por la cantidad de clics que son realizados en ese espacio publicitario.⁸

2. C2C. Transacciones de consumidor a consumidor (*Consumer to Consumer C2C*), en esta categoría los protagonistas son los consumidores, y sus implicaciones pueden ser comerciales y no comerciales, incluyen, juegos, trabajo, servicios personales, comunicaciones basadas en la Web como las redes sociales, entre otras.⁹ En el caso de las transacciones comerciales, los individuos compran y venden bienes o servicios entre ellos, un ejemplo es la plataforma de *Amazon.com* o *Mercadolibre*.

3. B2C. Intercambios comerciales entre empresas y consumidores (*Business to Consumer B2C*), siendo uno de los intercambios más importantes para el desarrollo del MCE, en esta categoría las empresas ofrecen sus servicios o productos a través de una tienda virtual en la que los sitios Web de naturaleza comercial, es decir, aquellos en los que ha sido implementado el comercio electrónico, deben cubrir una serie de requisitos para lograr ser sitios que logren una efectiva comunicación con el cliente y que además faciliten el intercambio comercial.

4. B2B. Categoría de Negocio a Negocio (*Business to Business B2B*) se ha definido como la totalidad de las transacciones electrónicas que ocurren entre dos empresas, incluye compras, adquisiciones, proveedores, administración, administración de inventarios, administración de canales, actividades de ventas, administración de pagos, servicios y ayuda.¹⁰

Como podemos advertir cada una de estas formas de comercio implican transacciones de diversa índole de acuerdo a los agentes económicos que participan en la transacción. No obstante todas estas categorías comparten características similares, propias del comercio electrónico, mismas que le hacen también una forma paralela de comercio.

Dichas características son en principio, los tipos de empresas del entorno digital, de las cuáles existen dos tipos: aquellas totalmente digitales llamadas *pure play* y las empresas consideradas como híbridos, conocidas como *brick and*

⁸ -----, "The C2B Revolution consumer empowerment", s.l.i., trad. propia, consultado el 12 de agosto 2013, disponible en: http://c2b.typepad.com/c2b/2005/08/the_c2b_revolut.html

⁹ JAWORSKI, Bernard J. y Rayport, Jeffrey, *e-Commerce*, trad. propia, McGraw-Hill/Irwin, MarketSpace, 2001, p 4.

¹⁰ Ídem.

click. Las primeras son aquellas que su actividad se encuentra totalmente en línea y las segundas son las empresas cuyas actividades se realizan en el espacio físico y en el entorno virtual.

Por su parte expertos en la materia, como Bernard Jaworski y Jeffrey Rayport, señalan otras características:¹¹

a) Las tiendas virtuales tienen una característica muy particular que marca una clara diferencia con las tiendas físicas: están abiertas los 7 días de la semana, las 24 horas del día y los 365 días del año; con lo que tanto empresas como consumidores han sido beneficiados.

b) Una interfaz del cliente basada en la tecnología. En los negocios físicos las transacciones se conducen de persona a persona (*face to face*), no obstante en una transacción electrónica el trato se realiza de pantalla a persona (*screen to face*), las interfaces tecnológicas¹² utilizadas en las transacciones virtuales tienen una gran responsabilidad en la empresa para capturar y representar las preferencias del cliente, una interfaz funcional traerá beneficios importantes para la empresa, entre ellos la reducción de costos.

c) En una interacción *screen to face* al ser de auto-servicio el cliente tiene el control de los procesos de búsqueda, el tiempo dedicado a visitar en varios sitios Web, el grado de comparación precio/producto, la gente con la cual ponerse en contacto y la decisión de comprar. La interactividad se ha definido como la habilidad de los usuarios para conducir una comunicación bi-direccional, incluye la comunicación usuario-empresa y usuario a usuario.

d) Conocimiento del comportamiento del cliente. En tanto el cliente controla la interacción, las empresas están analizando el comportamiento comercial del consumidor; las empresas pueden a un bajo costo rastrear los sitios Web visitados, el detalle de las estancias en un sitio, número de visitas al mismo, contenido de listas de gustos y carritos de compra, compras, cantidad de dinero gastado, repetición de comportamiento de compra; esta práctica llevada a cabo por las empresas es muy común con la finalidad de posicionar de mejor forma sus productos y captar un mayor número de clientes e incrementar las ventas, mientras que para las empresas físicas estos estudios implican altos costos.

Dichas características definen las estrategias y funcionalidad del comercio electrónico, donde la tecnología es la columna vertebral de su funcionamiento, estableciendo al mismo tiempo criterios de diferenciación con respecto al comercio tradicional.

¹¹ *Ibidem*, p. 5.

¹² Interfaz: Dispositivo capaz de transformar las señales generadas por un aparato en señales comprensibles por otro.

2. Entendiendo la competencia económica en los mercados de comercio electrónico

La competencia económica es el proceso de mercado en el que los diversos agentes económicos en uso de sus capacidades y destrezas buscan la maximización de utilidades a través de la oferta de bienes y servicios, en condiciones de equilibrio.

Marcelo Resico señala que la competencia económica es uno de los factores, que al igual que la propiedad privada, la moneda y la regulación; dan sustento a los mercados comerciales.¹³ El mercado como institución depende en gran medida del comportamiento de las empresas que compiten en la batalla diaria de la oferta y la demanda.

Las empresas tienen como objetivo común la maximización de sus utilidades.¹⁴ Dicho objetivo impulsa a las empresas a la toma de decisiones que repercuten directamente en el precio, costos, y demás herramientas del mercado; influyendo directamente en la estabilidad económica general con un impacto a nivel microeconómico, que a largo plazo tenderá a afectar a una escala macroeconómica influyendo en el bienestar de la sociedad en general y el país en conjunto.

La competencia económica debidamente entendida y ejecutada, según la teoría económica, puede garantizar la estabilidad para oferentes y demandantes, y a su vez generar condiciones económicas favorables al consumidor y la economía del país en general, favoreciendo al desarrollo económico, que en un sentido jurídico equivale a condiciones de libertad, democracia económica y justicia económica.

Los elementos que confluyen en la competencia en los mercados físicos, se trasladan a los MCE, estos son: agentes económicos por el lado de la oferta así como de la demanda, un precio y un bien que es ofertado o demandado; sin embargo, por la naturaleza de ésta forma paralela de comercio, existen factores propios de la plataforma tecnológica, que han sido analizados a la luz de la teoría de la nueva economía, los cuales determinan la competencia en este tipo de mercados y a los que las autoridades en materia de defensa de la competencia económica, deben poner especial atención al realizar una investigación por denuncias de prácticas monopólicas o anticompetitivas, estos son:

1.- Vendedores y Compradores: El mercado global de los mercados de comercio electrónico hacen que el número de potenciales consumidores se incremente, en contraste con el limitado número de clientes que una empresa de los mercados de comercio físico pueden tener al estar reducido a un espacio territorial determinado.

¹³ RESICO, Marcelo F., *Introducción a la Economía Social de Mercado*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 57.

¹⁴ PARKIN, Michael, *Economics*, 8 ed., México, trad. propia, Pearson/Addison Wesley, 2010, p. 193.

La defensa de la competencia económica en los mercados de comercio electrónico en México

2.- Información: La Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, señala que desde la vista del consumidor el aspecto más importante de los mercados de comercio electrónico es el aumento de las opciones y en especial la información sobre los productos y servicios que desea.¹⁵ La información no es sólo una oportunidad para los consumidores, sino un derecho mismo para conocer con profundidad el bien que están por adquirir y del cual deberán desprenderse de otro bien, que puede ser dinero o hasta información personal para tenerlo; así pues la información en ningún momento deberá ser engañosa y fraudulenta para favorecer al vendedor.

3.- Los motores de búsqueda disminuyen los costos de búsqueda de información. En comparación con los mercados físicos, el número de los vendedores es más grande y da lugar a más diversificadas opciones de consumo, la reducción de costos de búsqueda, ha facilitado la experiencia de compra del consumidor. Motores de búsqueda como *Google, Yahoo, Bing*, entre los principales, ayudan al consumidor para conocer el funcionamiento, características y experiencias de otros usuarios de diversos productos o servicios. Los consumidores evitan gastos de transporte, llamadas telefónicas, entre otros, por lo que el consumidor puede allegarse de todos los elementos suficientes de información y comparar los precios ofrecidos en los mercados físicos con los precios mostrados en línea, hacer un balance entre las diversas opciones, para tomar una decisión de su compra.

5.- Los efectos o externalidades de red son condiciones existentes en los mercados físicos, no obstante en los mercados de comercio electrónico es un aspecto determinante en lo que respecta a las investigaciones en materia de defensa de la competencia económica. La determinación de los efectos de red, en los mercados de comercio electrónico permite entender las acciones tanto de competencia, como las acciones anticompetitivas. David Evans, Richard Schmalensee, Franklin M. Fisher, Daniel L. Rubinfeld, Michael L. Katz y Carl Shapiro coinciden en que un mercado con efectos de red tiene lugar “cuando los consumidores valoran un producto cuanto más es usado por otros consumidores”.¹⁶

6. El precio. En los MCE, la competencia económica de los mercados de bienes o servicios, puede basarse en torno al precio, o tomar otros aspectos ajenos a él; Carl Shapiro y Hal Varian explican al respecto que “con respecto a la producción de bienes de información, luego, los costos basados en el precio es

¹⁵ BALTO, David A., “Emerging Antitrust Issues in Electronic Commerce, Bureau of competition”, Ohio, trad. propia, Federal Trade Commission, 1999, consultado el 19 de abril de 2014, disponible en: <http://www.ftc.gov/public-statements/1999/11/emerging-antitrust-issues-electronic-commerce>

¹⁶ KATZ, Michael L. y Shapiro, Carl, “Network Externalities, Competition, and Compatibility”, U.S.A., trad. propia, *The American Economic Review*, vol. 75, No. 3., Jun., 1985, p. 1.
EVANS, David, S. y Schmalensee, Richard, “A guide to the Antitrust Economics of Networks, Antitrust”, U.S.A., trad. propia, 1996, p.2.
FISHER, Franklin M. y Rubinfeld, Daniel L., “United States v. Microsoft: An Economic Analysis”, U.S.A., trad. propia, UC Berkeley School of Law Public and Legal Theory, Working Paper no. 30, 2000, p. 3.

inapropiado; porque el costo marginal por unidad se aproxima a cero, el precio no puede ser basado en un margen de porcentaje desde el costo marginal como métodos prescritos para los precios tradicionales”.¹⁷

Muchos de los productos que son ofertados en los mercados de comercio electrónico, tienen un precio cero, es decir, que se pueden obtener sin hacer un pago en dinero, no obstante como señala David Evans, esto no significa que un precio cero es lo mismo que obtener algo de forma gratuita.¹⁸ En los mercados de comercio electrónico, el dinero no es el único bien que puede tener valor para el intercambio de bienes o servicios, ejemplifica: “cuando entramos a una página web podemos acceder al contenido de dicho sitio y no pagar un peso por disfrutar de él, sin embargo, el sitio web puede insertar cookies en la máquina del consumidor con lo que puede elevar el precio de su publicidad, o en su caso, obtener información para después venderla.”¹⁹ Es decir, en los mercados de comercio electrónico, la información es un bien de sumo valor.

Por otra parte, es importante señalar la existencia de actividades anticompetitivas que dañan el proceso de competencia en los mercados de comercio electrónico, mismas que son combatidas en los mercados físicos, el derecho de la competencia económica las conoce como: prácticas monopólicas, restricciones horizontales, restricciones verticales y concentraciones.

3. Análisis jurídico de la defensa de la competencia en los mercados de comercio electrónico

La certeza jurídica²⁰ es garante de un Estado de Derecho y como en todas las áreas de la convivencia social, en la interacción de los mercados es indispensable como un mecanismo de efectivo acceso a la justicia.

El derecho de la competencia económica, es el conjunto de normas que tienen como finalidad proteger el proceso de competencia en los mercados, para que existan condiciones de equidad entre los competidores y un orden y equilibrio para todos los agentes económicos que intervienen en dicho proceso.

La legislación en materia de competencia económica enmarca los principios económicos que fundamentan el éxito del mercado, uno de dichos principios es la maximización de la eficiencia. La eficiencia es fundamental para la subsistencia de los mercados; a decir de Fernando Sánchez Ugarte, la eficiencia

¹⁷ SHAPIRO, Carl y Varian, Hal R., “Information Rules, A Strategic Guide to the Network Economy”, U.S.A., trad. propia, Cambridge, Harvard Business School Press, 1999, p. 3.

¹⁸ EVANS, David, “The Antitrust Economics of free”, U.S.A., University of Chicago, 2011, p. 2.

¹⁹ *Ibidem*, p. 2.

²⁰ La certeza jurídica es uno de los elementos indispensables en todo sistema jurídico, por el cual, la esfera jurídica de un individuo es protegida, las características indispensables de todo sistema legal, están sugeridas por el principio de predictibilidad como principio de la certeza legal, dichas características son: 1. Reticencia para la elaboración de leyes retrospectivas, 2. El afán de tener leyes claras y determinantes y 3. La disposición de elaborar leyes fiables a partir de un punto de vista dinámico. Atangan Tangea, Joseph, *et al.*, “The Principle of Legal Certainty as a Principle of Economic Efficiency”, London, trad. propia, University of Westminster School of Law Research Paper No. 13-13, 2013, p. 4.

La defensa de la competencia económica en los mercados de comercio electrónico en México

económica deseada se alcanza sólo “si existe una adecuada y eficaz interacción entre la legislación y las diversas normas e instituciones que otorgan y protegen los derechos individuales, de propiedad, y administran la justicia.”²¹ La verdadera protección de los derechos de competencia en los mercados requiere de un marco jurídico-institucional garante y fuerte para la seguridad de los agentes económicos y el proceso de competencia mismo.

En México el sistema jurídico encargado de proteger el proceso de competencia está determinado en las normas siguientes, cabe señalar que en México, la regulación en materia de competencia económica es de orden federal:

1. Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Párrafo primero: “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la prácticas monopólicas...” los monopolios son estructuras de mercado que dañan severamente el proceso competitivo, afectando no solo a los competidores de la industria, sino a toda la cadena de producción hasta llegar al consumidor final. Las prácticas usadas por los monopolistas para conservar su estatus (monopólico) llevan a cabo prácticas que vulneran el proceso competitivo y ponen en riesgo la sana competencia, vital para cualquier industria.

2. Ley Federal de Competencia Económica: publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, abrogando la promulgada en 1992; 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 monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

Su observancia es en toda la república mexicana y de acuerdo con el artículo cuarto están sujetos todos los agentes económicos, en los que están el sector, público, privado y social, en lo que su participación en los mercados corresponde.

3. Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica. El primer reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, fue publicado en el año 1998, el cual fue abrogado en el año 2007 con la publicación de un nuevo reglamento. En 2014, con la publicación de la nueva LFCE, se publican el 10 de noviembre de 2014, las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica ante la Comisión Federal de Competencia Económica, en adelante COFECE.

Cómo podemos constatar, México tiene un sistema que defiende y protege el proceso de competencia económica²², la Constitución Mexicana vigente desde

²¹ SÁNCHEZ Ugarte, Fernando, *Análisis económico de la legislación federal de competencia económica*, México, Comisión Federal de Competencia, 2004, p. 3.

²² Desde la Constitución Mexicana de 1857 se consagró la prohibición de monopolios, siendo la primera legislación mundial en incluir en su articulado la protección de la competencia en los mercados, posteriormente surge en 1890 en Estados Unidos la Ley Sherman, que es la ley

1917²³ prohíbe los monopolios, no obstante que fue un área muy poco atendida por los órganos de gobierno, hasta que como resultado de la liberalización económica que vive México en la década de los ochentas, el 24 de diciembre de 1992 se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Competencia, que se suma a los requisitos que el país debía cumplir para la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y Canadá en el año 1994.

Después de varias décadas y con una mayor exigencia para el país en mejorar su sistema jurídico en materia de competencia, que se mostrara a la altura de los sistemas jurídicos en la materia de sus socios comerciales, y que además “verdaderamente” garantizara mercados competitivos en México que se tradujeran en beneficios palpables sobre todo para los consumidores, en el 6 de junio del año 2013 se publica el Decreto que reforma, entre otros, el artículo 28 de la Carta Magna, a manera de resumen los aspectos fundamentales de la reforma son: 1. La creación del Instituto Federal de Telecomunicaciones encargado de vigilar la competencia en el mercado de las Telecomunicaciones, 2. Se crea la Comisión Federal de Competencia Económica²⁴ que se le dota de autonomía y personalidad jurídica y patrimonio propios, 3. Se establecen las atribuciones de cada uno de los dos nuevos órganos de gobierno y se señalan las reglas de su organización y funcionamiento.²⁵

La reforma señalada anteriormente, trajo consigo la abrogación de la Ley Federal de Competencia de 1992 y se publica el 23 de mayo del año 2014 la Ley Federal de Competencia Económica, que reglamenta el texto constitucional y establece nuevas figuras en la ley con la finalidad de extender la protección de la competencia en los mercados y además busca mejorar los procesos llevados ante la COFECE.²⁶

vigente más antigua en el mundo, que prohíbe los monopolios y establece las reglas del juego competitivo en los mercados.

²³ Si se desea consultar el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917, se sugiere el siguiente link: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>

²⁴ Antes de la reforma el órgano encargado de tutelar el proceso competitivo en los mercados es la extinta Comisión Federal de Competencia.

²⁵ Las acusaciones por deficiente competencia en el mercado de las telecomunicaciones señaladas a México por organismos internacionales como la OCDE, obligaron al gobierno federal a tomar acciones que mejorarán las condiciones de competencia, sobre todo para beneficiar a los consumidores, es por ello que se justificó la reforma a la legislación entonces existente y la creación del Instituto Federal de Comunicaciones, que en materia de competencia económica es la entidad encargada de investigar y en su caso sancionar a aquellos agentes económicos que sean acusados de realizar prácticas consideradas como violatorias de las leyes de competencia; el resto de los mercados (todos aquellos que no pertenecen al mercado de las telecomunicaciones) son, después de la reforma, vigilados, investigados y sancionados por la Comisión Federal de Competencia Económica.

²⁶ Entre los aspectos más notables de la Ley Federal de Competencia Económica es la creación de la autoridad investigadora, misma que lleva a cabo la investigación sobre las supuestas prácticas anticompetitivas denunciadas, y que de acuerdo a los resultados de la investigación decidirá si se inicia un procedimiento en forma de juicio contra el agente económico denunciado

La defensa de la competencia económica en los mercados de comercio electrónico en México

Si bien se hicieron importantes esfuerzos por fortalecer el sistema jurídico en materia de competencia económica, el gobierno federal perdió una gran oportunidad para extender su protección a los MCE y normar sus aspectos particulares, podría justificarse ésta omisión debido a una razón, no existe en México ningún antecedente sobre denuncias de prácticas anticompetitivas en el entorno de los mercados digitales.²⁷

Tomando en consideración el crecimiento anual de las diversas industrias que realizan sus actividades en los MCE, donde por ejemplo, datos revelados por la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI) en su ya tradicional Estudio de Comercio Electrónico en México publicado anualmente, en su versión 2013, señala que la actividad del comercio electrónico mexicana va en aumento, teniendo un incremento del 42% con respecto al año 2012, con ventas estimadas por 9.2 mil millones de dólares (\$121.6 mil millones de pesos) muy por arriba de 2011 que solo registró ventas por 4.1 mil millones de dólares (\$54.5 mil millones de pesos).²⁸ En términos numéricos podemos ver, además, que las actividades de comercio electrónico son una excelente fuente para generar riqueza, si el proceso de competencia es protegido, se tendrá una mayor garantía del desarrollo y éxito de esta forma paralela de hacer comercio.

Tenemos entonces la necesidad de que el proceso de competencia en los MCE sea protegido, y el sistema jurídico vigente en México en la materia ha sido creado en el contexto de los mercados físicos, entonces, si el uso intensificado de las tecnologías de la información y comunicación en actividades comerciales se incrementa y por ende el comercio electrónico se fortalece aún más en México, y algún agente económico considera que el proceso de competencia en alguna industria específica está siendo vulnerada, ¿Podría recurrir a las entidades de gobierno existentes en materia de competencia para presentar su denuncia? ¿Es la legislación vigente en la materia aplicable para defender el proceso de competencia en los MCE?, vamos a responder estas preguntas.

En primer lugar, como podemos ver en el artículo 28 de la Constitución Mexicana y la Ley Federal de Competencia Económica la COFECE y el Instituto Federal de Telecomunicaciones son los órganos de gobierno que están facultados para proteger el funcionamiento eficiente de los mercados, la legislación de forma general señala a los “mercados”, sin discriminar sobre la plataforma donde se lleven a cabo las actividades comerciales, es decir, si es en el plano físico o digital, por tanto la COFECE o el IFT son entidades

o se cierra el expediente en el caso de no encontrar elementos para llevar el caso a juicio (Artículo 78 de la Ley Federal de Competencia Económica)

²⁷ Puede consultarse la lista todas las resoluciones públicas de 2006 a la fecha y Resoluciones públicas de casos sancionados de 1993 a la fecha por la entonces Comisión Federal de Competencia y ahora por la Comisión Federal de Competencia Económica en la siguiente liga <http://www.cofece.mx/index.php/resoluciones-y-opiniones>

²⁸ ASOCIACIÓN MEXICANA DE INTERNET, “Estudio de Comercio electrónico México 2013”, VISA, México, 2013, pp. 8-9, consultado el 8 de mayo de 2014 disponible en: <http://www.amipci.org.mx/?P=editomultimediafile&Multimedia=434&Type=1>

competentes para atender las cuestiones relativas en los MCE, según sus atribuciones.

En segundo lugar, sobre la aplicabilidad de la legislación vigente en México en materia de competencia económica, para defender el proceso de competencia en los MCE, podemos afirmar que sí es aplicable debido a que si bien este tipo de mercados tienen características muy particulares que redefinen en algunos aspectos fundamentales de la competencia económica, en comparación con los mercados físicos, se sustenta la aplicabilidad de la ley en que ésta, ha sido creada en el marco de los principios y teorías de la economía clásica sobre la cual están sustentados los MCE, si bien aspectos como las externalidades de red se redefinen en el contexto digital, características básicas como oferta, demanda, precio y productos dan vida también a los mercados digitales, y más aún, las prácticas anticompetitivas que las leyes prohíben, tal como los monopolios²⁹, las prácticas monopólicas absolutas³⁰ o relativas³¹, también son susceptibles de surgir en los mercados digitales y dañar su eficiencia tal como en los mercados físicos.

Siendo aún más precisos para determinar la aplicabilidad de la Ley vigente en México en materia de competencia económica para los MCE, se plantea un estudio comparativo con la amplia experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica en la materia, para fortalecer la afirmación realizada. En primer lugar, como ya se mencionó anteriormente, este país cuenta con la Ley vigente más antigua en materia de defensa de la competencia económica o *antitrust*³², esta es la Ley Sherman (Sherman Act) de 1890, el sistema lo complementan la Ley Clayton (Clayton Act) de 1914 y la Ley de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission Act) también de 1914. Todas estas normas tienen una antigüedad de más de cien años, creadas cuando las Tecnologías de la Información y Comunicación que conocemos hoy en día no existían, y sin embargo, han sido aplicadas para la gran número de casos que han surgido en materia de *antitrust* en el entorno de los MCE en aquel país.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en su División *Antitrust* tiene registrada una larga lista de casos en los que han sido investigadas

²⁹ Se retoma el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y artículo 2 de la Ley Federal de Competencia Económica.

³⁰ Ver Ley Federal de Competencia Económica, artículo 53.

³¹ Ver Ley Federal de Competencia Económica artículo 54, 55 y 56.

³² En Estados Unidos, el termino defensa de la competencia económica no es aplicable, para ellos, las cuestiones antimonopólicas o prácticas anticompetitivas se definen con la palabra "Antitrust". Si usamos la traducción literal del término creeríamos que significa "contra la credibilidad", lo cual es incorrecto, como explica Albert A. Foer, la palabra deriva de la popular batalla del gobierno contra los trust, es decir, grandes empresas que ejercieron prácticas monopolísticas a finales del siglo XIX, tales como Standard Oil, las cuales sobrepasaron los límites de la competencia, con la finalidad de ganar mayor terreno en el mercado. Foer, Albert A., "E-commerce meets Antitrust: A primer", Washington D.C., The American Antitrust Institute, Special Issue on Competition Policy & Antitrust, Volume 20 (1), Journal of Public Policy & Marketing, 2001, p. 3.

La defensa de la competencia económica en los mercados de comercio electrónico en México

empresas digitales que realizan actividades en los MCE³³, de igual forma la Comisión Federal de Comercio,³⁴ procedimiento que han sido realizados bajo el ordenamiento de las leyes mencionadas anteriormente, sin tener una sola reforma que se adecue al entorno de los mercados tecnológicos, el texto basado en los principios de la economía clásica ha sido perfectamente aplicable para investigar y sancionar a las empresas digitales que han violentado las disposiciones *antitrust*. Dos de los casos más controvertidos por su importancia económica y social es el caso Estados Unidos de Norteamérica vs Microsoft, este caso surgió en la década de los noventa y se considera el primer caso materia de *antitrust* en los MCE y el caso Estados Unidos vs Google Inc., este caso es relevante debido a que dicha empresa es una de las más importantes a nivel mundial en la era de la sociedad de la información y el conocimiento, su influencia ha sido tal que ha cambiado diversos aspectos sociales y económicos.

El primer caso fue llevado ante la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia³⁵, inició en el año 1998, la empresa fue acusada de ser ejercer un poder monopólico, crear barreras de entrada al mercado de los sistemas operativos, y restricciones verticales. El 12 de noviembre del año 2002 Colleen Kollar-Kotelly, Juez de Distrito, emitió el fallo final, en el que se encontró a la empresa Microsoft culpable de realizar prácticas anticompetitivas ejercer un poder monopólico.³⁶

El segundo caso fue investigado ante la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, (*Federal Trade Commission*), el cual inició en 2010, por acusaciones contra Google Inc., por acusación de prácticas monopólicas en dos líneas de investigación diferentes: 1. abuso de su posición dominante en el mercado de búsquedas de Internet con su producto *Google Search*, para favorecer sus propios productos y servicios, o los de sus anunciantes en el servicio de publicidad, a expensas de sus rivales.³⁷ 2. *Google* y su predecesor en interés *Motorola Mobility LLC.*, son acusados de realizar actos injustos de competencia, o prácticas desleales al incumplir la licencia de sus patentes en términos justos, razonables y no discriminatorios (*on Fair, Reasonable, and Non-discriminatory "FRAND"*).³⁸ El 3 de enero de 2013, la Comisión dio a conocer el

³³ Si el lector desea conocer los casos registrados puede consultar el siguiente vinculo, <http://www.justice.gov/atr/cases/index.html#page=page-1>

³⁴ La Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, tiene registrados también todos sus procedimientos en el siguiente vinculo <http://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings>

³⁵ New York, Ohio, Illinois, Kentucky, Louisiana, Maryland, Michigan, Carolina del Norte y Wisconsin.

³⁶ Corte del Distrito de Columbia de los Estados Unidos de América, Fallo final *United States of America v. Microsoft Corporation*. Acción Civil no, 98-1232 (CKK), 12 de noviembre de 2002.

³⁷ LEIBOWITZ, John, "Google Press Conference", U.S.A., trad. propia, Federal Trade Comisión, January 2013, p. 3, consultado el 6 de mayo de 2014, disponible en: http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/opening-remarks-federal-trade-commission-chairman-jon-leibowitz-prepared-delivery/130103googleleibowitzremarks.pdf

³⁸ Los fabricantes aseguran la compatibilidad de los dispositivos electrónicos de consumo mediante el acuerdo en estándares basados en tecnologías compartidas que incorporan patentes. Estos estándares fomentan la adopción de una plataforma común entre productores rivales y

resultado de las investigaciones realizadas y señaló con respecto a las acusaciones de las patentes, Google Inc, fue encontrado culpable de restringir la competencia con el incumplimiento de sus compromisos FRAND. En relación a las acusaciones sobre el motor de búsquedas *Google Search*, la Comisión señaló que no se encontraron evidencias que demostraran que la empresa estaba manipulando los algoritmos de su buscador para ejercer un poder monopólico y restringir el proceso competitivo.

En términos generales, podemos advertir que en ambos casos las empresas fueron acusadas de violentar la legislación *antitrust*. Para poder sustentar entonces, la afirmación de la aplicabilidad de las leyes vigentes en México en materia de defensa de la competencia económica, vamos hacer un análisis hipotético en el que si ambos casos fueran resueltos bajo las leyes mexicanas, veamos la posible aplicabilidad.

Las dos empresas digitales fueron acusadas de ser monopólicas, el artículo 28 de la Constitución Mexicana prohíbe los monopolios, por otra parte la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) prohíbe las acciones por las cuales las empresas *Microsoft* y *Google* fueron acusadas, el artículo 52 prohíbe las prácticas monopólicas, los monopolios, las barreras a la entrada que dañen el proceso de competencia y resulta aplicable para ambos casos. Por su parte la fracción III, IV y VI del artículo 56 señala establece las conductas anticompetitivas por las cuales *Microsoft* fue acusada. En relación al caso *Google*, la fracción III del artículo 56 y XII del citado artículo, prohíben las conductas por las cuales la empresa fue investigada por la FTC. Por otra parte la LFCE en su artículo 58 establece 5 criterios que la COFECE debe llevar a cabo para determinar el mercado de que se trate y las cinco fracciones del artículo en cita, son aplicables para ambos casos, ninguna fracción es inoperante, lo importante aquí son los criterios de investigación de la autoridad, y el artículo 59 de la LFCE establece las reglas para determinar el poder sustancial en el mercado relevante de que se trate. Si analizamos cada una de las fracciones podemos advertir que cada una es aplicable para ambos casos, no obstante aquí resultarían indispensables los criterios técnicos que la COFECE pudiera aplicar para determinar el poder sustancial en ambos casos.

Conclusión.

Los mercados de comercio electrónico son un escenario comercial en el que las leyes en materia de defensa de la competencia requieren extender su potestad con la finalidad de promover la eficiencia en estos mercados y por ende que el desarrollo de los mismos logre explotar todos sus beneficios, pero además, que la certeza jurídica de mercados en condiciones de equilibrio, aseguren la libre

estimula la entrada de productos complementarios. Los titulares de los SEPs típicamente acuerdan licenciar sus patentes sobre términos FRAND después de que la tecnología llega a ser parte de la norma. Cuando los participantes incumplan sus compromisos mediante la participación en cautividad de las patentes y amenaza con mantener los productos fuera del mercado, es probable que se perjudique a los consumidores y el proceso competitivo sea dañado.

concurrencia y competencia en todas las industrias que han confiado en la plataforma de Internet, para llevar a cabo actividades comerciales.

La legislación mexicana en la materia, como se mencionó carece de un reconocimiento expreso de los mercados de comercio electrónico, y de sus características particulares, sin embargo, como pudimos reforzar con el estudio hipotético realizado de los dos casos antitrust analizados anteriormente, el artículo 28 de la Ley Suprema del país, y en su aspecto general la Ley Federal de Competencia Económica, son normas que bien pueden ser aplicables para proteger el proceso de competencia en los MCE en México, esto debido a que la ley enmarca los principios de la economía clásica en la competencia y la competencia en los mercados de la plataforma de Internet, se fundamentan en dichos principios.

Por otra parte la COFECE y el IFT son los organismos en México que bien pueden ser competentes para vigilar, proteger y defender el proceso de competencia en los MCE, ya que sus facultades no restringen su capacidad para el entorno de Internet, no obstante por su naturaleza tecnológica, misma que le imprime características particulares, requiere que las investigaciones consideren las características particulares de la competencia en este tipo de mercados, de tal forma que es necesario que las entidades de gobierno señaladas especialicen a su personal para tener los conocimientos pertinentes tanto en los aspectos tecnológicos, como en los aspectos teóricos de disciplinas como la nueva economía, sociedad de la información y el conocimiento, para llevar a cabo investigaciones eficientes que no dejen lugar a dudas sobre sus dictámenes y generen mayor certidumbre de la intervención del estado en la competencia en los MCE.

Fuentes de consulta

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley Federal de Competencia Económica.

Bibliografía

- EVANS, David, S. y Schmalensee, Richard, "A guide to the Antitrust Economics of Networks, Antitrust", U.S.A., trad. propia, 1996.
- EVANS, David, "The Antitrust Economics of free", U.S.A., University of Chicago, 2011.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia Económica. Aspectos Jurídicos y Económicos*, México, Porrúa, 2005.
- HENRY, George, *Progress and Poverty*, New York, trad. propia, Library of Economics and Liberty, 1912.
- JAWORSKI, Bernard J. y Rayport, Jeffrey, *e-Commerce*, trad. propia, McGraw-Hill/Irwin, Marketplace, 2001.

- PARKIN, Michael, *Economics*, 8 ed., México, trad. propia, Pearson/Addison Wesley, 2010.
- RESICO, Marcelo F., *Introducción a la Economía Social de Mercado*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- SÁNCHEZ Ugarte, Fernando, *Análisis económico de la legislación federal de competencia económica*, México, Comisión Federal de Competencia, 2004.

Artículos académicos

- ATANGAN Tangea, Joseph, *et al.*, "The Principle of Legal Certainty as a Principle of Economic Efficiency", London, trad. propia, University of Westminster School of Law Research Paper No. 13-13, 2013.
- EVANS, David, "The Antitrust Economics of free", U.S.A., trad. propia, University of Chicago, 2011.
- FISHER, Franklin M. y Rubinfeld, Daniel L, "United States v. Microsoft: An Economic Analysis", U.S.A., trad. propia, UC Berkeley School of Law Public and Legal Theory, Working Paper no. 30, 2000.
- KATZ, Michael L. y Shapiro, Carl, "Network Externalities, Competition, and Compatibility", U.S.A., trad. propia, *The American Economic Review*, vol. 75, No. 3.,Jun., 1985.
- MITCHELL, Andrew D., "Electronic Commerce", New Jersey, trad. propia, encyclopedia of the world economy, Ramkishen Rajan and Kenneth Reinert, eds., Princeton University Press, 2008, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1257856>
- SHAPIRO, Carl y Varian, Hal R., "Information Rules, A Strategic Guide to the Network Economy", U.S.A., trad. propia, Cambridge, Harvard Business School Press, 1999.

Fuentes de Internet

- ASOCIACIÓN MEXICANA DE INTERNET, "Estudio de Comercio electrónico México 2013", VISA, México, 2013, pp. 8-9, <http://www.amipci.org.mx/?P=editomultimediafile&Multimedia=434&Type=1>
- BALTO, David A., "Emerging Antitrust Issues in Electronic Commerce, Bureau of competition", Ohio, trad. propia, Federal Trade Commission, 1999, disponible en: <http://www.ftc.gov/public-statements/1999/11/emerging-antitrust-issues-electronic-commerce>
- BERCOVICH, Néstor, "Economía digital para el cambio estructural y la igualdad", coord. Mario Castillo, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe -Unión Europea, 2013, disponible en: http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49395/Economia_digital_para_cambio_estructural_y_la_igualdad.pdf.
- FRAUMENI, Barbara M, "Government statistics: e-commerce and the electronic economy", U.S.A., trad. propia, Bureau of Census U.S.A., 2000, disponible en: <http://www.census.gov/econ/www/govstats.pdf>.

**La defensa de la competencia económica en los mercados
de comercio electrónico en México**

LEIBOWITZ, John, "Google Press Conference", U.S.A., trad. propia, Federal Trade Comisión, enero 2013, disponible en: http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/opening-remarks-federal-trade-commission-chairman-jon-leibowitz-prepared-delivery/130103googleleibowitzremarks.pdf

ORGANISATION for Economic Co-operation and Development, "e-commerce: impacts and policy challenges", OECD Economic, Outlook 67, 2000, disponible en: <http://www.oecd.org/eco/outlook/2087433.pdf>