

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

I. INTRODUCCIÓN

La protección de la competencia económica en el comercio electrónico va dirigida a defender a los diversos mercados e industrias que compiten en la plataforma de Internet. La salvaguarda de la competencia económica, como vimos anteriormente, tiene la finalidad de hacer que los mercados subsistan, y al mismo tiempo beneficia de forma directa a los consumidores y a la economía del país. ¿De qué o quién se debe proteger al proceso de competencia económica? En este último capítulo se exponen las prácticas anticompetitivas que ponen en riesgo el proceso de competencia, así como a los competidores y el mercado o industria de que se trate. Las prácticas que han sido expuestas se han desarrollado, por supuesto, en aquellas que son altamente susceptibles de surgir en el entorno digital.

II. LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

¿Qué son las prácticas anticompetitivas? En palabras de Franklin M. Fisher y Daniel L. Rubinfeld son:

...un acto depredador anticompetitivo es un acto que (I) no es rentable en el largo plazo sin la contabilidad de beneficios por encima de lo normal, que pueden ser adquiridos gracias a los efectos adversos de la competencia, (II) es rentable a largo plazo solo cuando se toma la cuenta de los beneficios supra normales obtenidos gracias a los efectos adversos de la competencia.¹⁷⁹

Las empresas toman decisiones que muchas veces son más restrictivas de lo necesario, lo cual pudiera llegar a no ser rentable, a menos que las uti-

¹⁷⁹ Fisher, Franklin M. y Rubinfeld, Daniel L., “United States v. Microsoft: An Economic Analysis”, UC Berkeley School of Law Public and Legal Theory, Working Paper, núm. 30, 2000, p. 16, trad. propia.

lidades o beneficios sean por encima de lo normal, gracias a dichos efectos anticompetitivos.

El proceso de competencia económica en los mercados que incursionan en el comercio electrónico es susceptible de sufrir alteraciones al igual que en el comercio físico. Aunque dichas conductas no han sido catalogadas en un documento normativo, el propio ritmo del comercio electrónico ha determinado la existencia y categorización de dichas prácticas. Continuando con la experiencia de Estados Unidos en el tema, autoridades e investigadores han aportado datos importantes para crear un catálogo de dichas conductas. David A. Balto, de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, y por su parte la OCDE coinciden en que las cuestiones anticompetitivas son similares tanto en el comercio físico como en el comercio electrónico.¹⁸⁰

Dada la similitud, atendiendo al factor tecnológico que define a ambas formas de comercio, la diferencia esencial radica en los criterios que se aclaran con la determinación del mercado relevante tanto de productos digitales como de productos físicos ofrecidos en el comercio electrónico y sus efectos.

No obstante que las prácticas anticompetitivas que se presentan en los mercados físicos también son susceptibles de dañar el proceso competitivo en el comercio electrónico, se realiza una exposición y análisis de ellas, a modo de tener una base teórica tanto de su existencia como de sus consecuencias, y por tanto de la necesidad de actuar en defensa. Las prácticas anticompetitivas que se exponen son: 1) prácticas monopólicas, 2) restricciones verticales, 3) restricciones horizontales, y 4) concentraciones.

Es importante decir que en México todas estas prácticas son perseguidas y sancionadas, tal como lo establece el artículo segundo de la LFCE, que a la letra dice:

Artículo 2o. Esta Ley tiene por objeto... 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 competencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

¹⁸⁰ Balto, David A., “Emerging Antitrust Issues in Electronic Commerce, Bureau of competition”, Ohio, Federal Trade Commission, 1999, trad. propia, en <http://www.ftc.gov/public-statements/1999/11/emerging-antitrust-issues-electronic-commerce>.

III. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS

El monopolio es una estructura de mercado que se encuentra prohibida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 28, que señala: “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la [sic *DOF*, 03-02-1983] prácticas monopólicas”.

El monopolio por sí mismo no produce consecuencias que lastiman la competencia, sino que el poder que se obtiene con el monopolio se ejerce para el control de los precios, la producción y la oferta en el mercado, e impide una competencia efectiva y daña en su caso la economía del consumidor, y el acceso a mejores servicios o productos. El problema surge debido a que las empresas producen y venden una cantidad de productos por debajo del nivel que maximiza el excedente total. La ineficiencia está conectada con el alto precio del monopolio; los consumidores compran menos unidades cuando la empresa eleva su precio por encima del costo marginal.¹⁸¹

El monopolio por su propia naturaleza siempre intentará implementar las estrategias *competitivas destructivas* para conservar su poder, convirtiéndose en lesivas del proceso competitivo e ilegales para el marco jurídico de defensa de la competencia económica.

La LFCE considera dos tipos de prácticas monopólicas: las absolutas y las relativas. En su artículo 53 define a las prácticas monopólicas absolutas como:

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

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

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

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

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

¹⁸¹ Mankiw, Gregory, *op. cit.*, p. 313.

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

Las prácticas monopólicas relativas las enumera como:

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

I. Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de la LFCE.

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

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

A continuación se exponen las prácticas monopólicas que la teoría económica y de defensa de la competencia han analizado, y que pueden surgir en los mercados que incursionan en el comercio electrónico.

1. *Precios depredatorios*

La depredación de precios se refiere a que un monopolista puede acabar con sus competidores más pequeños mediante la reducción considerable de sus precios para socavar los precios de los consumidores, apartando así a los clientes; una vez logrado esto, el monopolista aumenta sus precios y disfruta los beneficios de la condición de monopolio.¹⁸²

De acuerdo con Aaron Edlin, “los precios bajos o la amenaza de precios bajos produce resultados anticompetitivos que reducen la entrada, inducen a la salida y mantienen los precios altos”.¹⁸³

Desde la óptica del predador, en palabras de Shapiro y Hal R. Varian, la depredación de precios se estima de la siguiente forma:

Cuando se trata de estimar los beneficios de la reducción de precios, es importante darse cuenta de que usted está invirtiendo no sólo en la elimina-

¹⁸² Foer, Albert A., “E-commerce meets Antitrust: A primer”, *Journal of Public Policy & Marketing*, Washington, The American Antitrust Institute, Special Issue on Competition Policy & Antitrust, vol. 20 (1), 2001, p. 17, trad. propia.

¹⁸³ Edlin, Aaron, “Predatory Pricing”, UC Berkeley-National Bureau of Economic Research, 2012, p. 2, trad. propia.

ción de un competidor potencial, sino también en el establecimiento de una reputación como un formidable oponente. Esta inversión será ampliamente recompensado por el camino, al desalentar potenciales entrantes.¹⁸⁴

Una amenaza creíble de reducción de los precios después de la entrada puede ser suficiente para convencer a los posibles competidores que no van a ser capaces de recuperar sus costos irrecuperables y por lo tanto disuadirlos de entrar en el mercado en el primer lugar...¹⁸⁵

En ese sentido, la depredación de precios es una actividad que los monopolios y los oligopolios realizan para ganar poder de mercado y mantener su “estatus”. En los oligopolios, éste es esencialmente un problema de cartel, y la pregunta es si las empresas cuentan con un acuerdo de fijación de precios, ya sea tácito o explícito. Todo el esfuerzo de depredación también puede ser un aspecto de un acuerdo para cargar y mantener súper precios competitivos, y si esto se puede demostrar, entonces se tiene un acuerdo de fijación de precios.¹⁸⁶

Considerando a la defensa de la competencia económica para hacer los mercados más competitivos, los precios predatorios son una paradoja, ya que los precios bajos que las empresas imponen sobre los productos o servicios son benéficos para el consumidor; no obstante, es un acto que daña la competencia, pues su fin es la exclusión de competidores. Edlin *et al.* señalan al respecto que:

...el problema de la depredación es un alto precio durante un periodo de tiempo fuera de la competencia o con menos intensidad de competencia, la demanda de los precios predatorios son más que una paradoja un desafío, mismo que para las leyes y políticas de competencia significa distinguir los precios bajos o la reducción del precio en el surgimiento promedio o regular de los precios que sean más bajos.¹⁸⁷

A decir de Aaron Edlin, para que la depredación de precios sea exitosa requiere los siguientes elementos:

1. Bajos precios: los precios deben ser suficientemente bajos para los rivales temporales para promover su salida o por otro lado castigarlos.
2. Credibilidad: la amenaza de la depredación debe ser creíble que el predator mantendrá los precios bajos hasta que los rivales salgan.

¹⁸⁴ Shapiro, Carl y Varian, Hal R., *op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁵ *Idem.*

¹⁸⁶ Edlin, Aaron, *op. cit.*, p. 54.

¹⁸⁷ *Idem.*

3. No reingreso: el reingreso o nueva competencia debe ser suficientemente retardada para que el predador pueda recuperar lo que perdió con la depredación.¹⁸⁸

Podemos agregar además otro factor de éxito, que es el subjuego del equilibrio perfecto; en este caso el predador espera que la presa abandone el próximo periodo si la depredación continúa y si el predador quiere continuar con la depredación, correspondientemente, la presa espera que el predador continuará indefinidamente y abandona rápidamente.

Aunque, como ya vimos, no todas las industrias del comercio electrónico fijan un precio. Recordemos que el mercado relevante de productos físicos, principalmente, y en menor medida el mercado relevante de productos digitales, pueden ser condicionados por un precio, de tal forma que es necesario el análisis del tipo de mercado relevante, y entonces determinar la condición de precio predatorio en las acusaciones sobre empresas del entorno digital.

2. *Discriminación de precios*

La discriminación de precios es “La práctica de los negocios de vender un mismo bien a precios diferentes a diferentes consumidores”.¹⁸⁹ Para que una empresa realice discriminación de precios debe tener poder de mercado.

Un precio discriminatorio no es posible cuando un bien está en un mercado competitivo. En un mercado competitivo, muchas empresas están vendiendo el mismo bien al precio del mercado, y si alguna empresa cobra un precio mayor, el consumidor seguramente compraría a otra empresa que mantenga el precio competitivo.

Para Nicholas Economides, la implementación de la discriminación de precios es inviable debido a tres razones:

- i. El vendedor no conoce la disposición a pagar por cada unidad que cada comprador puede estar dispuesto a comprar,
- ii. La lista de precios para ser implementado es muy complejo, y
- iii. La reventa entre los usuarios hace inviable la discriminación de precios.¹⁹⁰

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ Mankiw, Gregory, *op. cit.*, p. 314.

¹⁹⁰ Economides, Nicholas, “Tying, Bundling, and Loyalty/Requirement Rebates”, New York, University New York, Law & Economics Research Paper Series, Working Paper, núm. 11-02, 2011, p. 8, trad. propia.

En las transacciones de comercio electrónico B2B, por ejemplo, la discriminación y dispersión de precios es bastante común.

Explica Douglas M. Kochelek que la discriminación de precios en el comercio electrónico puede ser posible con la práctica de la minería de datos, entendida como “el proceso de extracción de patrones de datos”¹⁹¹, para poder determinar las características que definen a los clientes, y así seleccionar sobre cuáles se practicará la discriminación.

3. *Exclusión de competidores*

La exclusión de competidores es definida por el Richard Posner como “un método mediante el cual una empresa que tiene una posición de monopolio invierte sus utilidades monopólicas en hacer que no sea rentable para otros vendedores competir con ella, perpetuando así su monopolio”.¹⁹²

Las empresas pueden realizar prácticas competitivas que pareciera que excluyen a sus competidores; por tanto, las autoridades de competencia deben analizar con detalle las acusaciones. Observando la experiencia de los Estados Unidos respecto al caso *Estados Unidos vs. Microsoft* (D.C. Cir. 2001), la Corte de Apelaciones en el Distrito de Columbia emitió cuatro principios para distinguir entre una conducta excluyente y una conducta competitiva; estos son:

I. Para que un acto de un monopolista sea condenado como excluyente, debe perjudicar el proceso competitivo y, por ende, afectar negativamente a los consumidores. En contraste, no es suficiente el daño a uno o más competidores.

II. El demandante debe demostrar que la conducta del monopolista, de hecho, tiene el efecto anticompetitivo requerido.

III. Si el demandante logra comprobar la existencia de actividades anticompetitivas, el demandado puede presentar una “justificación de conducta pro-competitiva”, con la cual justifica su actuación con miras a una mejor eficiencia que beneficia el consumidor. Dicha justificación regresa la carga de la prueba al demandante.

IV. De no refutarse la justificación pro-competitiva del demandado, la parte acusadora debe comprobar que la conducta anticompetitiva, tiene mayor peso que el beneficio, de la justificación alegada.¹⁹³

¹⁹¹ Shaw, Michael J. *et al.*, “Knowledge Management and Data Mining for Marketing”, *Decision support systems* 31 2001 127-137, 2001, p. 128, trad. propia.

¹⁹² Posner, Richard A., *Antitrust Law*, 2a. ed., University of Chicago Press, 2001, pp. 40 y 41, trad. propia.

¹⁹³ *United States v. Microsoft Corp.* (D. C. Cir. 2001).

4. *Barreras de entrada al mercado*

A decir de Michael E. Porter, las barreras de entrada son estrategias empresariales que tienen los actores establecidos en comparación con los nuevos entrantes. Algunas de estas estrategias en realidad pueden ser dañinas al proceso de competencia; éstas son.¹⁹⁴

1. *Economías de escala por el lado de la oferta.* Porter explica que estas economías aparecen cuando las empresas que producen a volúmenes más grandes disfrutan de costos más bajos por unidad, pues pueden distribuir los costos fijos entre más unidades, usar tecnología más eficaz o exigir mejores condiciones de los proveedores. Las economías de escala por el lado de la oferta desalientan la entrada al obligar al posible entrante a ingresar al sector en gran escala, lo que requiere desplazar a los competidores establecidos, o aceptar una desventaja de costos.
2. *Beneficios de escala por el lado de la demanda.* Estos beneficios, también conocidos como efectos de red, aparecen en sectores donde la disposición de un comprador para pagar por el producto de una empresa aumenta con el número de otros compradores que también usan la empresa.
3. *Costos para los clientes por cambiar de proveedor.* Cuando los compradores cambian de proveedor, deben asumir ciertos costos fijos.
4. *Requisitos de capital.* La necesidad de invertir grandes sumas de recursos financieros para poder competir puede impedir la entrada de nuevos competidores.
5. *Ventajas de los actores establecidos independientemente del tamaño.* Los actores establecidos tendrán ventajas de costos o de calidad que no están al alcance de sus potenciales rivales. Estas ventajas se deben a varios factores, tales como tecnología propietaria, acceso preferencial a las mejores fuentes de materias primas, haber ocupado las ubicaciones geográficas más favorables, las identidades de marcas establecidas, o la experiencia acumulada, que significa que los actores establecidos han aprendido cómo producir más eficazmente.
6. *Acceso desigual a los canales de distribución.* El nuevo entrante debe, por cierto, asegurar la distribución de su producto o servicio.
7. *Políticas gubernamentales restrictivas.* Las políticas gubernamentales pueden obstaculizar o promover en forma directa la entrada de nuevos competidores a un sector.

¹⁹⁴ Porter, Michael E., *op. cit.*, p. 4.

Las barreras de entrada tienen tres principales fuentes, de acuerdo con Mankiw Gregory:¹⁹⁵

- Recursos del monopolio: un recurso clave requerido para la producción es la propiedad de una sola empresa.
- Regulación gubernamental: el gobierno da a una sola empresa el derecho exclusivo para producir un bien o servicio.
- Precios predatorios: una sola empresa puede producir una salida a un costo más bajo que un mayor número de productores.

El beneficio de la empresa monopólica en relación con la restricción de nuevos competidores al mercado se debe a que el “esfuerzo” de las empresas por mantener su poder monopólico va encaminado a tener efectos durables; es decir, una empresa pretende mantener su poder de mercado por el mayor tiempo posible, con la intención de recibir mayores utilidades, por lo que la entrada de competidores con bienes sustitutos podría frustrar las intenciones de la empresa monopólica y hasta eliminar su poder en dicho mercado.

Las Disposiciones Regulatorias de la LFCE, en su artículo 7o., establecen elementos que la Cofece debe considerar como barreras a la entrada:

Artículo 7o. Para efectos de la fracción II del artículo 59 de la Ley, pueden considerarse como barreras a la entrada, entre otras, las siguientes:

I. Los costos financieros, los costos de desarrollo de canales alternativos y el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes;

II. El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo;

III. La necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial;

IV. La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres establecidos;

V. Las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales;

VI. Las restricciones constituidas por prácticas realizadas por los Agentes Económicos ya establecidos en el mercado relevante; y

VII. Los actos o disposiciones jurídicas emitidos por cualquier Autoridad Pública que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apo-

¹⁹⁵ Mankiw, Gregory, *op. cit.*, p. 301.

yo a ciertos productores, comercializadores, distribuidores o prestadores de servicios.

En el caso del comercio electrónico, los proveedores de Internet juegan un papel crucial, pues depende del acceso a dicha plataforma que tanto oferentes como demandantes puedan entrar al mercado digital. David A. Balto explica que “una serie de problemas de competencia pueden ser planteados por la cuestión del acceso a Internet, incluyendo sí o no ciertos tipos de acceso pueden ser considerados como una «facilidad esencial»”.¹⁹⁶

Una de las características de las industrias del comercio electrónico que tienen repercusiones en la entrada a los mercados es la llamada ubicuidad *lock-in* (encierro de proveedor); se refiere a una técnica utilizada por los proveedores de productos y servicios para hacer dependientes a sus clientes, lo que significa que una vez que un consumidor o negocio se adjuntan a la red, los costos para cambiar a otra red es tan grande, que a efectos prácticos cualquier nuevo competidor bloquea el acceso a este cliente. Desde una perspectiva de defensa de la competencia, el *lock-in* hace que sea menos probable que un nuevo competidor entre en el mercado, incluso si ofrece un producto o servicio de calidad superior.¹⁹⁷ Por ejemplo, una vez que un consumidor ha adoptado la tecnología de Apple, resulta muy difícil que el consumidor deje de utilizar esta marca para emigrar a otra que tal vez le ofrezca mayor calidad, pues todos los componentes de ésta están íntimamente ligados.

El costo real de entrar en esos mercados está determinado por los gastos de publicidad. Una vez que se establece una tienda en Internet, es necesario que los clientes potenciales conozcan el negocio. El reto radica en convertirse en una conocida entidad en la red para todos los consumidores posibles. Existen lugares en la red para las pequeñas empresas que se dirigen a nichos específicos de mercado, por lo que no es necesario gastar enormes cantidades de dinero tratando de llegar a todos los consumidores potenciales, empresas intermediarias, con un nombre establecido en la red; también puede ayudar a desarrollar nuevas empresas sin costos elevados.

Para Nicholas Economides, en el comercio electrónico la libre entrada a los mercados no conduce a la competencia perfecta; señala que aunque la eliminación de las barreras de entrada puedan motivar la competencia, el resultado de la competencia puede no afectar significativamente la estructura del mercado; esto implica que en los mercados con fuertes efectos de red, como el comercio electrónico, las autoridades de defensa de la competencia

¹⁹⁶ Balto, David A., *op. cit.*, en <http://www.ftc.gov/speeches/other/ecommerce.shtm>.

¹⁹⁷ Forer, Albert A., *op. cit.*, p. 17.

no pueden permitir significativamente un efecto en la estructura del mercado eliminando las barreras de entrada. Agrega, además, que en estas industrias la libertad de entrada trae una gran cantidad de empresas, pero en realidad poco o nada se consigue sobre las cuotas del mercado, los precios y los beneficios; además, agrega que en el equilibrio de estos mercados no existe ningún comportamiento contrario a la competencia, pues la extrema desigualdad es una característica natural de este tipo de mercados.¹⁹⁸

5. *Negativas a comerciar*

El monopolista puede incurrir en una práctica anticompetitiva negándose a comerciar con otro competidor, lo cual se puede prever como razonable en función del respeto a la propiedad privada y la libertad para contratar. El problema radica aquí cuando la empresa que tiene una posición dominante en el mercado se niega a comerciar con la finalidad de mantener su posición.

Las condiciones para que la negación a comerciar se considere perjudicial a la competencia son:

1. Que la negativa provenga de una empresa con poder de mercado.
2. Que no exista una razón suficiente que justifique la negativa.
3. La afectación negativa y comprobable a la competencia.
4. Que la práctica genere un beneficio para la empresa que se niega a comerciar.

IV. RESTRICCIONES HORIZONTALES

Las restricciones horizontales son “actos concertados que restringen la competencia entre empresas con un mismo nivel de producción o de distribución”.¹⁹⁹

En el comercio electrónico, principalmente de la categoría B2B, estas restricciones se pueden presentar en las siguientes formas: cárteles, fijación de precios, asignación de mercado, controles de producción y boicots. Analicemos cada caso.

La estructura de mercado oligopolístico en su aspecto cooperativo abre las posibilidades a la existencia de restricciones horizontales a la competen-

¹⁹⁸ Economides, Nicholas, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 15.

cia en los mercados, y son tres sus principales formas: el cártel, la concentración y las empresas conjuntas (*joint ventures*).²⁰⁰

1. *Colusión o cártel*

Un cártel es un acuerdo horizontal de mercado, que surge en la estructura de mercado oligopolístico en la cual las empresas realizan acuerdos para restringir la competencia.

Para Mankiw, la colusión es el acuerdo entre las empresas sobre la producción y el precio.²⁰¹ Por su parte, Marcelo Resico define a la colusión como “La existencia de pocos competidores en el oligopolio y su característico comportamiento estratégico puede dar lugar a la existencia de acuerdos de precios, que puede ser tácita o abierta”.²⁰²

Cuando la colusión es abierta se denomina cártel; éste es un grupo de empresas que actúan al unísono; un cártel debe estar de acuerdo no sólo sobre el nivel total de producción, sino también sobre la cantidad producida por cada miembro.²⁰³

Gellhorn *et al.* señalan que cuando las condiciones son muy conducentes a la competencia, las probabilidades de que subsista un cártel no son buenas, “porque en cada cártel se encuentran las semillas de su propia destrucción”.²⁰⁴

El estudio de los cárteles de manera científica en la era moderna tuvo un importante precursor; en 1964, George J. Stigler, en su artículo “La teoría del oligopolio”, identificó dos obstáculos para restringir el éxito del cártel:²⁰⁵

1. Los miembros del cártel deben acordar los términos de su colaboración, por ejemplo el acuerdo sobre lo que será producido y su forma, con la finalidad de que ninguno obtenga ventaja con un producto, por ejemplo, de mejor calidad.
2. Los miembros del cártel deben apegarse al plan común a pesar de los incentivos para cada uno de ellos de desertar de los términos de su

²⁰⁰ En la doctrina de Estados Unidos y de Europa el término de *joint ventures* amplía la visión en materia de competencia económica, que el concepto posiblemente equiparable del contrato de asociación en participación establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles en sus artículos 252 al 259.

²⁰¹ Mankiw, Gregory, *op. cit.*, p. 350.

²⁰² Resico, Marcelo E., *op. cit.*, p. 96.

²⁰³ Mankiw, Gregory, *op. cit.*, p. 350.

²⁰⁴ Gellhorn, Ernest *et al.*, *op. cit.*, p. 185.

²⁰⁵ Stigler, George, “A theory of Oligopoly”, *The Journal of Political Economy*, University of Chicago, vol. 72, Issue 1, febrero de 1964, p. 1, trad. propia.

entendimiento. Una vez que los miembros de una industria acuerdan en fijar el precio por encima del costo marginal, cada una de las empresas tendrá la tentación de hacer trampa.²⁰⁶

A decir de González de Cossío, para que un cártel subsista es necesario que:²⁰⁷

- a) El producto cartelizado debe definir un mercado relevante con barreras suficientes de entrada para que posibles nuevos competidores no puedan restar los efectos de las decisiones sobre precio del cártel;
- b) Los miembros del cártel deben producir una porción lo suficientemente grande del producto de tal forma que las decisiones sobre precios no sean menoscabadas por productores no miembros del cártel. Además, estos terceros, que no son miembros del cártel, deben estar impedidos o indispuestos para incrementar su abasto en forma rápida;
- c) Los miembros del cártel deben poder llegar a un acuerdo sobre el abasto que cada miembro contribuirá. En la mayoría de los casos la decisión más importante es sobre la variable abasto, no precio;
- d) El cártel debe poder detectar la existencia de incumplimientos (trampas) al cártel por parte de sus miembros;
- e) El cártel debe tener la posibilidad de castigar a los miembros en caso que detecte la existencia del incumplimiento a los compromisos que involucran al cártel, y
- f) El cártel debe poder hacer todo lo anterior sin ser detectado.

En el caso del comercio electrónico de la categoría B2B, considerando las externalidades de red, Economides y Skrzypacz señalan que “la adhesión de una empresa a la misma norma técnica o plataforma, con otras empresas permite a la empresa recibir los efectos de red beneficios de la producción total de todas las empresas en la misma plataforma”.²⁰⁸ Las conclusiones en el comercio electrónico benefician a todos los participantes por los efectos de red de la plataforma sobre la cual se hace el acuerdo del cártel.

Los autores citados explican que las coaliciones en el comercio electrónico B2B surgen en dos etapas:

²⁰⁶ Gellhorn *et al.* explican que “la trampa surge cuando cada uno de los miembros se da cuenta de que puede aumentar sus utilidades si baja el precio que ha sido fijado, obteniendo así ventas adicionales igual a (o quizá por arriba de) su costo marginal”.

²⁰⁷ González de Cossío, Francisco, “Oligopolio a la mexicana”, *Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A. C.*, México, 2010, p. 10.

²⁰⁸ Economides, Nicholas y Skrzypacz, Andrzej, *Standards, Coalitions Formation and Market Structure*, Stern School of Business, New York University, 2003, p. 2, trad. propia.

...se analiza la formación de coaliciones de normas técnicas en los mercados con los efectos de red. Nos parece que el alcance y el tamaño de las coaliciones en el equilibrio dependen fundamentalmente del grado de la intensidad de los efectos de red. Cuando los efectos de red son muy fuertes, una compatibilidad total prevalece. Cuando las externalidades son un poco más débiles, se forman dos coaliciones de normas, un producto único, y uno con todas las empresas restantes. 2. En el otro extremo, para los efectos de red muy débiles, “es una forma de organización híbrida entre *outsourcing*²⁰⁹ y concentración, se amalgaman los intereses de ambas partes”.²¹⁰ El equilibrio es total incompatibilidad, y para efectos de la red un poco más intensas, las coaliciones son de tamaño pequeño. Se caracterizan por una serie de otros equilibrios de fuerzas intermedias de las externalidades de red.²¹¹

Joint Ventures. Explica González de Cossío que a través de esta coordinación los participantes comparten información y acuerdan precios que ofrecerán al mercado, y otros acuerdos sobre ventas y distribución de sus bienes o servicios; asimismo, se pueden realizar acuerdos para excluir a competidores.

2. Fijación de precios

A decir de Albert Foer, la fijación de precios y otros acuerdos de compartir información en Internet ofrece la ventaja de la rapidez con la que se puede intercambiar información. Lo anterior puede permitir a los competidores conocer exactamente e inmediatamente todos los precios del mercado, lo que les permite hacer ajustes inmediatamente, y llevar a una empresa a una ventaja competitiva a costa de la desventaja en la información de otro competidor.

En el caso del comercio electrónico, la Comisión Federal de los Estados Unidos lo señala como un contrato ilegal entre competidores, que puede ser escrito, verbal o de conducta inferida, que sin justificación alguna busca el efecto de bajar, elevar o estabilizar los precios.²¹²

²⁰⁹ En español significa subcontratación; es un proceso económico del cual las empresas hacen uso para mover ciertos recursos a una empresa externa para que realice ciertas tareas mediante un contrato, con el objetivo de reducir costos y mejorar sus procesos de producción. Aunque los beneficios para las empresas son amplios, los problemas en materia de derechos laborales se han incrementado.

²¹⁰ González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, p. 9.

²¹¹ Economides, Nicholas y Skrzypacz, Andrzej, *op. cit.*, p. 25.

²¹² Balto, David A., *op. cit.*, en <http://www.ftc.gov/speeches/other/ecommerce.shtml>.

Ahora bien, la Comisión Federal de Comercio también explica que la fijación de precios se refiere no sólo a los precios en sí, pues existen otras condiciones que afectan a los precios para el consumidor, tales como:²¹³

- Precios presentes y futuros.
- Términos de condiciones de venta, incluido el crédito.
- Políticas de precios.
- Descuentos.
- Promociones.
- Identidad de los clientes.
- Ofertas.
- La asignación de clientes o áreas de ventas.
- Costos.
- La capacidad de cuotas de producción.

3. *División de mercado o asignación de clientes*

En definición de la Comisión Federal de Comercio, las empresas acuerdan un reparto ilegal del mercado, que puede implicar la asignación de un porcentaje específico de negocio que dispone cada productor, que divide los territorios de ventas en un área geográfica base o asigna ciertos clientes a cada vendedor.²¹⁴

Las empresas pueden acordar la división de los mercados de diversas maneras, de las que destacan: *a)* asignación de mercados de manera geográfica; por ejemplo, dos empresas pueden acordar una vender en el sur y otra en el norte del país; *b)* asignación de clientes por clase; es decir, uno puede vender a profesionistas y otro a aficionados. Una de las justificaciones más comunes en este tipo de acuerdo es la eficiencia tanto en la producción como en la comercialización.

Los acuerdos de asignación de mercados, a decir de Gellhorn,

...pueden afectar la competencia más gravemente que la fijación de precios. Al eliminar a los competidores, el único que quede en el mercado tiene un

²¹³ Federal Trade Commission, “An FTC Guide to Dealings with Competitors. Price Fixing”, 2010, p. 6, trad. propia, en <http://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/price-fixing>.

²¹⁴ Federal Trade Commission, “An FTC Guide to Dealings with Competitors. Markets Division or Customer Allocation”, 2010, p. 9, trad. propia, en <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/dealings-competitors/ftcdoguidelines.pdf>.

monopolio (en un área limitada) y está libre de competencia no únicamente con respecto a precios sino también con respecto a servicios, calidad, e innovación.²¹⁵

4. Grupos de boicot

Otra de las restricciones horizontales son los acuerdos de “grupos de boicot”. En estos acuerdos, algunos competidores pactan no negociar con una empresa competidora.²¹⁶

En la actividad diaria del comercio electrónico, principalmente de la categoría B2B, las empresas pueden negarse a la negociación con otras empresas; sin embargo, para la materia de defensa de la competencia, el asunto es ilegal cuando existe un acuerdo explícito de no negociar con otro competidor, pero que además las empresas coludidas tienen poder de mercado.²¹⁷

Ahora bien, los acuerdos de los grupos de boicot no son creados con el único fin de desplazar competidores y aumentar sus utilidades, sino también para lograr otros fines que pueden beneficiar a la misma competencia; por ejemplo: algunas empresas pueden unirse para vigilar el comportamiento anticompetitivo de otra empresa, a través, por ejemplo, de la fijación desleal de los precios. De lo contrario, cualquier acuerdo entre empresas puede ser ilegal a los ojos de las leyes de defensa de la competencia económica.

El análisis de las autoridades encargadas del proceso de investigación de los boicots no deberá juzgar como ilegal, *per se*, el acuerdo, por lo que se convierte en fundamental una investigación en la que se haga uso de todos los instrumentos económico-jurídicos necesarios (lo que en otras legislaciones, como en Estados Unidos, se conoce como la *regla de la razón*) para determinar la conducta ilegal.

Puede existir una amenaza de boicot de un oferente del mercado tradicional —señala David A. Balto—, que los minoristas tradicionales temen perder ventas por un competidor que de manera similar vende en Internet, lo que podría presionar a los fabricantes para denegar el producto de venta en Internet por el competidor, lo que hace surgir la amenaza de un boicot.

²¹⁵ Gellhorn, Ernest *et al.*, *op. cit.*, p. 217.

²¹⁶ Foer, Albert A., *op. cit.*, p. 11.

²¹⁷ Federal Trade Commission, “An FTC Guide to Dealings with Competitors. Group Boycotts”, 2014, en <http://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/group-boycotts>.

V. RESTRICCIONES VERTICALES

Las restricciones verticales son restricciones a la competencia que las empresas imponen a los consumidores.

La literatura económica ha definido a las restricciones verticales como acuerdos con dos elementos esenciales: *i*) el surgimiento entre empresas productoras que juegan un papel complementario en facilitar la venta de productos a clientes, *ii*) involucran términos que son más complejos que simples precios por unidad.²¹⁸

Explican Gellhorn *et al.* que “la integración vertical por lo general resulta de los esfuerzos de la empresa para lograr eficiencias, es decir, costos inferiores, a los que no tiene acceso con otros arreglos de mercado como lo serían los contratos”.²¹⁹

La OCDE ha señalado que los principales problemas que pueden surgir en materia de competencia en el comercio electrónico se encuentran en las restricciones verticales.²²⁰

A decir de la OCDE, las restricciones verticales se dividen en:²²¹

1. *Las restricciones de precios.* En este caso se incluyen todos los acuerdos por los que el minorista se compromete a cobrar un precio, que es: *a*) no más alto que el precio indicado por el fabricante, llamado “precio de mantenimiento” del precio de reventa (por sus siglas en inglés, *Resale Price Maintenance* o RPM), que es una restricción en la que el fabricante especifica un precio mínimo al cual su producto puede ser revendido a consumidores minoristas; *b*) igual al precio indicado, o *c*) no más bajo que el precio indicado, mínimo RPM.
2. *Las restricciones de no precio.* Se dividen en dos: en la primera cada distribuidor es asignado en un territorio específico o un grupo específico de clientes, que pueden activamente vender sus productos; en la segunda, el acuerdo que restringe el número autorizado de distribuidores basados en la selección de criterio cualitativo vinculado a la naturaleza de la producción y los servicios complementarios que necesitan proveer a los compradores.
3. *Marca simple.* Un acuerdo que impone al comprador una obligación que procura un producto de una categoría dada de un solo provee-

²¹⁸ Mathewson & Winter, 1984, y Tirole, 1988.

²¹⁹ Gellhorn, Ernest *et al.*, *op. cit.*, p. 302.

²²⁰ Organization for Economic Co-operation and Development, “Vertical Restraints for on-line Sales”, The OECD Competition Committee, 2013, p. 5, trad. propia.

²²¹ *Idem.*

dor; la misma situación puede surgir con una “cantidad forzada”, obligación por la cual el comprador es forzado o inducido a comprar un determinado mínimo volumen de producto, por lo que de hecho limita sus compras a un proveedor.

4. *Proveedor exclusivo*. Un acuerdo en el cual el proveedor tiene una obligación para vender el producto relevante a un solo comprador; como en el caso previo, el mismo efecto puede ser obtenido a través de algunas formas de forzar la cantidad.
5. *Atadura y agrupación*. Por la cual un fabricante condiciona la compra de un producto a la compra de un segundo producto (el producto atado); cuando los dos productos son vendidos en proporciones fijadas, esta práctica es normalmente llamada “amarre” (*tying*).

Benjamín Spencer explica que los efectos *lock-in* abundan en el comercio electrónico; éstos se dan cada vez que un consumidor llega a ser comisionado para un producto particular que no pueda cambiar por un producto competidor sin que incurra en costos significativos.²²²

1. Restricciones a la distribución

Las funciones de los acuerdos RPM, a decir de Gellhorn *et al.*, han generado los siguientes perjuicios para la competencia:

- a) Los minoristas pueden formar un cártel para fijar precios a los que venderían determinados productos; debido a la dificultad jurídica para hacer cumplir dicho acuerdo, presionan al fabricante para que lo haga cumplir por ellos.
- b) Existe la posibilidad de que el fabricante imponga el RPM a sus distribuidores para asegurar que se apeguen a la conspiración de fijación de precios con otros productores (colusión oligopolística tácita).

Continuando con las ideas de Gellhorn *et al.*, en favor de la competencia, este tipo de acuerdos plantea tres justificaciones:²²³

1. Puede convenir al fabricante que los minoristas ofrezcan un servicio eficaz a sus clientes o que el producto sea mejor promovido en toda un área a fin de atraer compradores. Aquí la competencia no es por

²²² Shapiro, Carl y Varian, Hal R., *op. cit.*, p. 104.

²²³ *Idem*.

el precio, los minoristas deberán basar la competencia en la calidad en el servicio y la promoción, para poder vender el producto.

2. La certificación de alta calidad el producto. Cuando los minoristas muestran excelencia en su servicio al cliente, así como una promoción que hace ver al producto o servicio con calidad, se presupone que el fabricante ofrece productos de calidad. En este caso existe la posibilidad de que los fabricantes ofrezcan un precio de RPM a los minoristas para motivarlos a dedicar tiempo, dinero y esfuerzo en la promoción y venta del producto bajo la misma mercadotecnia de calidad.
3. Los precios de RPM pueden favorecer la entrada de nuevos competidores y nuevos productos. Cuando una empresa entra al mercado con un nuevo producto, no es siempre fácil que las tiendas acepten vender dicho producto, y sacrifican espacio y dinero en un producto del que no se sabe si tendrá éxito. Un RPM generoso podría motivar a los minoristas a vender los productos del nuevo oferente, lo que le abre la posibilidad de mayores probabilidades de éxito.²²⁴

2. Las consignaciones y distribución a través de agentes

Continuando con el RPM, en este caso el fabricante cede sus productos a ventas a los minoristas en consignación.

La OCDE ha señalado:

Respecto a los argumentos clásicos sobre RPM como un mecanismo de colusión, no está claro que serían estos realmente en un entorno en línea. Ya hay mucho de transparencia de los precios en este ambiente y por lo tanto las restricciones verticales no pueden actuar como una manera de hacer que sea más fácil para hacer cumplir la salida de colusión de un cártel. Por lo tanto, debería haber menos motivos de preocupación de los RPM en un entorno en línea²²⁵ y agrega que también es posible que las restricciones verticales pueden ser favorables a la competencia, incluso en ausencia de las cuestiones relacionadas con el servicio y el *free-rider*. Un fabricante puede querer proporcionar a los minoristas un incentivo para promover su marca. En un mundo en línea, un minorista puede promocionar un producto, mostrando en la par-

²²⁴ Lafferty, Ronald N. *et al.*, “Introduction and Overview Impact Evaluations of Federal Trade Commission Vertical Restraints Cases”, Federal Trade Commission, 1, 30-34, 44-45, 1984, p. 23, trad. propia.

²²⁵ Organization for Economic Co-operation and Development, “Vertical Restraints...”, *op. cit.*, p. 5.

te superior de la pantalla de la página o en los resultados de búsqueda. En esa situación, el RPM puede ser una manera de asegurar un margen para un minorista y proporcionar un incentivo para promocionar una marca en lugar de degradarlo a la página... de los resultados de búsqueda en la Web de un minorista en línea.²²⁶

3. *Único punto de venta*

En este caso los fabricantes de un producto o servicio pueden seleccionar a sus clientes, y para este propósito otorgan una franquicia a determinados distribuidores, a los que únicamente les van a vender sus productos.²²⁷

Restricciones territoriales y relativas a clientes. Es una restricción vertical no relativa al precio, en la que se crea un convenio para lograr ventaja en la distribución, en la que se realiza una reventa. Aislamiento de los distribuidores que designan de la competencia de otros que venden su producto. Protección del distribuidor contra la competencia intramarca. Limitaciones a los clientes en los contratos de franquicia con los distribuidores.

Existe una diferencia clara en relación a los RPM y las restricciones territoriales: los acuerdos RPM involucran productos de conveniencia; las restricciones territoriales involucran artículos especializados más grandes.

Las restricciones de distribución son acuerdos entre empresas para eliminar una cierta competencia entre ellas; por ende, en cierto grado son análogas a los carteles de precio o territoriales.

4. *Límites al poder del proveedor: prácticas exclusionistas*

Las prácticas exclusionistas son intentos de excluir a los rivales a través de acuerdos entre compradores y vendedores en lugar de un vendedor que ofrece productos a precios más bajos; se han dividido en dos: arreglos de amarre y trato exclusivo.

1. *Arreglos de amarre*. Nicholas Economides explica que este acuerdo de exclusividad surge con la vinculación de dos productos o servicios cuando un vendedor vende un bien con la condición de que el comprador compre el otro bien de ese vendedor —se genera— un acuerdo por una parte para vender un producto, pero sólo con la condición de que el comprador sólo comprará un producto diferente o vinculado.²²⁸

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 1967.

²²⁸ *Ibidem*, p. 4.

En estos acuerdos el vendedor de un producto condiciona la venta de un producto al acuerdo del comprador de adquirir un segundo producto. Para considerarlo como una conducta ilegal es necesario que se cubran los siguientes requisitos: 1) existen dos productos distintos; 2) el vendedor requiere que el comprador compre el producto amarrado con el fin de obtener el producto de amarre; 3) el vendedor tiene “un poder económico considerable en el mercado de amarre”; 4) el arreglo de amarre afecta a una cantidad considerable del comercio en el mercado del producto amarrado.²²⁹

Nicholas Economides explica que respecto de las ataduras existe un debate generado en el siguiente sentido: el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha declarado que el acuerdo de atadura es ilegal *per se*, al contrario de lo dicho por Posner, Easterbrook y Bork, en el sentido de que el acuerdo de atadura debería por sí mismo ser legal y sólo en casos excepcionales podría tener responsabilidad legal en contra de la competencia económica. Para la Universidad de Chicago, la atadura sólo ocurre cuando es eficiente (al reducir costos), y por lo tanto la atadura debería ser permitida,²³⁰ por lo que en este caso el análisis exhaustivo del caso determinará si es eficiente o no.

A decir de Nicholas Economides, la clave para que un monopolio tenga el incentivo de imponer las prácticas de atadura o agrupación depende de la medida en la cual sea capaz de extraer el excedente de cada comprador y en la medida en que cada comprador se queda con algún excedente del consumidor después de que la atadura o la agrupación es impuesta. Si un monopolista es capaz de extraer todo los excedentes del consumidor desde cada comprador sin imponer atadura o agrupación, no hay ningún incentivo para atar o agrupación que no cree una cuota hipotecaria sustancial en el producto vinculado, salvo en presencia de los ahorros de costos de producción y distribución conjunta.²³¹

Las prácticas del monopolio con la práctica de la vinculación y la atadura tienen dos vías:²³²

1. El uso de la atadura y la agrupación para extraer el excedente del consumidor a través de la discriminación de precios intraproducto.
2. El uso de la atadura y la agrupación para extraer el excedente del consumidor a través de la discriminación de precios intraconsumidor.²³³

²²⁹ Gellhorn, Ernest *et al.*, *op. cit.*, pp. 334 y 335.

²³⁰ Economides, Nicholas, *op. cit.*, p. 6.

²³¹ *Idem.*

²³² *Idem.*

²³³ Se recomienda leer: William James Adams & Janet L. Yellen, “Commodity Bundling and the Burden of Monopoly”, 90 *Q. J. Econ.*, 475, 1976; R. Preston McAfee *et al.*, “Mul-

La implementación de dichos acuerdos tiene un efecto negativo directo en detrimento del consumidor. La discriminación de precios es utilizada en dichos acuerdos de exclusividad, siendo el núcleo del beneficio el segundo mercado que ha sido atado.

En presencia de poder de mercado sustancial en el mercado vinculante, cuando los consumidores compran dos productos y sus demandas no tienen muy fuerte correlación positiva, la introducción de empate o de precio incluido puede aumentar las ganancias y reducir el excedente del consumidor.

Es importante señalar que el uso de los acuerdos de exclusividad pone en desventaja a los rivales en el mercado vinculado y además excluye la entrada. Nicholas Economides explica que los acuerdos de exclusividad señalados, incluidos bajo los conocidos programas de lealtad, pueden ser usados por un monopolista para excluir rivales, reducir las operaciones, y así incrementar sus costos de unidad y reducir su competitividad.²³⁴

2. *Trato exclusivo*. Es un acuerdo de restricción vertical en el que el fabricante ofrece un contrato de venta condicionado al acuerdo del comprador de no tener tratos con los competidores en ese producto.

VI. CONCENTRACIONES

La LFCE define a las concentraciones como:

Artículo 61. Para los efectos de esta Ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos.

El citado artículo faculta a la Cofece para no autorizar o en su caso investigar y sancionar aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Los peligros de las concentraciones, a decir de Gellhorn *et al.*,

pueden producir un poder de mercado considerable para una sola empresa, al reducir el número de participantes en una industria concerta-

tiproduct Monopoly, Commodity Bundling, and Correlation of Values”, 104 *Q. J. Econ.* 371, 1989.

²³⁴ Economides, Nicholas, *op. cit.*, p. 17.

da, pueden incrementar las probabilidades de que las empresas restantes, expresa o tácitamente, coordinen las decisiones relativas a los precios y a la producción.²³⁵

Algunas concentraciones pueden causar graves daños al mercado y a sus consumidores.

Ante la amenaza anterior, la LFCE prohíbe determinadas concentraciones, las que ha considerado como ilícitas, a las cuales se refiere como: “Artículo 62. Se consideran ilícitas aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica”.

Señalan Edlin *et al.* que la investigación llevada a cabo por las autoridades de defensa de la competencia no es siempre idéntica para los casos de monopolio que para los casos de concentraciones; para los primeros, la pregunta sobre los acusados radica en si éstos tienen un poder de mercado, en tanto que para los casos de concentraciones la pregunta se enfoca a saber si la fusión (concentración) entre las dos empresas creará un nuevo poder de mercado o generará oportunidades, gracias a su coordinación, que no existían.²³⁶

La teoría económica tradicional clasifica las fusiones en tres principales categorías: fusión horizontal, fusión vertical y fusión de conglomerado.

Fusión horizontal. Una empresa adquiere a otra empresa que produce y vende un producto idéntico o similar en la misma área geográfica.

De acuerdo con Gellhorn *et al.*, existen tres problemas para la competencia; se plantean en esta forma de fusión:

1. La eliminación de la competencia entre las empresas que se fusionan; 2. La unificación de las operaciones de las empresas que se fusionan puede crear un poder de mercado considerable y podría permitir que la entidad fusionada suba los precios al reducir la producción unilateralmente; 3. Al incrementar la concentración en el mercado relevante, la transacción puede fortalecer la capacidad de los participantes restantes en el mercado para coordinar sus decisiones de precio y producción.²³⁷

La justificación para que las autoridades no consideren como ilegal una concentración radica en la eficiencia que pueda surgir de la fusión.

²³⁵ Gellhorn, Ernest *et al.*, *op. cit.*, p. 355.

²³⁶ Edlin, Aaron *et al.*, *Professor's Update to Antitrust Analysis, Problems, Text, and Cases*, Harvard University-University of California, Berkeley, 2011, p. 4, trad. propia.

²³⁷ Gellhorn, Ernest *et al.*, *op. cit.*, p. 362.

Fusión vertical. Este tipo de fusiones toman dos formas básicas:

1. La integración hacia adelante, en la cual una empresa compra a un cliente.
2. La integración hacia atrás, mediante la cual la empresa adquiere al proveedor.²³⁸

Las empresas buscan fusionarse con el objetivo de reducir sus costos de transacción y crear eficiencias; en primer lugar se internalizan los intercambios entre proveedores o distribuidores; por otro lado, se mejoran los procesos gerenciales de control del desempeño de la empresa.

Fusión de conglomerado. Esta forma de concentración puede adquirir diversas formas, consideradas como extensiones de línea de producto, extensiones del mercado geográfico o conglomerados puros.

Las ventajas de las fusiones pueden ser liquidez a los empresarios para abrir nuevas empresas, reducción de costos de capital y gastos generales, y eficiencias promocionales. Las desventajas son, por supuesto, la reducción de la competencia en el futuro, la posibilidad de que una empresa que ya era grande se convierta en dominante, reducir el número de empresas pequeñas, con lo que la empresa fusionada puede obtener mayor influencia a nivel político, atentando contra un mercado democrático.²³⁹

Estas fusiones involucran productos que trabajan juntos, más allá de que les sirve como sustitutos de otros. La teoría de los dos niveles de entrada, a decir de Carl Shapiro, debe influir en las fusiones verticales. Esta teoría implica que una fusión complementaria puede hacer la entrada más difícil por requerir productos entrantes desarrollados en dos mercados.²⁴⁰

La escena normal colectiva es una forma en la cual los competidores conquistan su rivalidad natural para fines cooperativos. Una forma es la empresa conjunta (*joint venture*); sin embargo, una forma más permanente y competitiva son las fusiones o adquisiciones. Para Albert Foer, desde una perspectiva de defensa de la competencia, las empresas conjuntas y otras formas de colaboración resultan favorecidas sobre las fusiones.²⁴¹

A decir de Aaron Edlin y Joseph Farrell, las concentraciones no pueden considerarse siempre como un acto anticompetitivo, señalan: “la perspectiva de la libertad el comercio, en contraste, estresa el proceso competitivo: la

²³⁸ *Idem.*

²³⁹ *Idem.*

²⁴⁰ Shapiro, Carl, “Competition Policy Analysis”, *Competition Policy in the Information Economy*, Routledge, 2000, p. 6, trad. propia.

²⁴¹ Foer, Albert A., *op. cit.*, p. 30.

libertad de compradores y vendedores para cambiar sus socios comerciales siempre que sea mutuamente beneficiosa”.²⁴²

Según Tedley, la llamada teoría del núcleo explica que “una coalición mejorada de compradores y vendedores es siempre posible mejorando el proceso competitivo”.²⁴³

Entonces, podríamos considerar que las concentraciones pueden ser eficientes, y por lo tanto no toda concentración o intento de concentración va en contra del proceso competitivo, situación que la LFCE contempla, por lo que ha ofrecido a las autoridades de competencia económica los elementos que son indiciarios para indicar una concentración ilícita. Veamos:

Artículo 64. La Comisión considerará como indicios de una concentración ilícita, que la concentración o tentativa de la misma:

I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

II. Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante, y

III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley...

La investigación para que la Cofece tenga conocimiento para determinar si una concentración es ilícita y por tanto debe ser sancionada, o, en su caso, si la fusión que ha sido sometida a su decisión es autorizada o no, debe evaluar la situación con base en los siguientes elementos, que establece la misma Cofece:

Artículo 63. Para determinar si la concentración no debe ser autorizada o debe ser sancionada en los términos de esta Ley, se considerarán los siguientes elementos:

I. El mercado relevante, en los términos prescritos en esta Ley;

II. La identificación de los principales agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, el análisis de su poder en el mercado relevante, de acuerdo con esta Ley, el grado de concentración en dicho mercado;

III. Los efectos de la concentración en el mercado relevante con respecto a los demás competidores y demandantes del bien o servicio, así como en otros mercados y agentes económicos relacionados;

²⁴² Edlin, Aaron y Farrell, Joseph, *op. cit.*, p. 4.

²⁴³ Telser, Lester G., *Economic Theory and the Core*, Chicago, University of Chicago Press, 1978, p. 16.

Como ya se ha señalado, si la concentración resulta eficiente, podría entonces considerarse como benéfica, y por lo tanto no atentar al proceso de competencia; no obstante, para determinar que una concentración no es dañina debe atender a los elementos que establece el artículo 14 de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE.

Artículo 14. Para efectos de la fracción V del artículo 63 de la Ley, se considera que una concentración logrará una mayor eficiencia e incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, cuando el Agente Económico demuestre que las ganancias en eficiencia del mercado que se derivarán específicamente de la concentración superarán de forma continuada sus posibles efectos anticompetitivos en dicho mercado y resultarán en una mejora al bienestar del consumidor.

Para efectos de lo anterior, se entenderán como ganancias en eficiencia, entre otras, las siguientes:

I. La obtención de ahorros en recursos que permitan producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo, sin disminuir la calidad del bien;

II. La reducción de costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente;

III. La transferencia o desarrollo de tecnología de producción;

V. La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución, y

VI. Las demás que demuestren que las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivadas de la concentración superan sus efectos anticompetitivos.

Las concentraciones, como podemos ver, son benéficas sólo en el caso de que existan beneficios contundentes para los consumidores; esto es una importante innovación en la materia, pues acerca más el sistema de protección jurídica mexicana del proceso de competencia económica al beneficio directo de los consumidores y no sólo de los mercados, lo que debería considerarse como aplicable al entorno del comercio electrónico.