

CAPÍTULO TERCERO

ASPECTOS RELEVANTES DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se exponen las características principales de uno de los actores principales en el proceso de competencia económica en el comercio electrónico: las empresas digitales. Conocer los principios bajo los cuales operan sienta las bases para entender por qué y el para qué del proceso competitivo en los diversos mercados e industrias digitales.

En este apartado se detalla lo que es el proceso de competencia económica, bajo los principios de la teoría económica clásica, con la finalidad de una mejor comprensión del proceso de competencia en el comercio electrónico. Con ello es posible crear mejores criterios de ejecución para una apropiada defensa de la competencia económica en el comercio electrónico, con un mayor acercamiento a la justicia y salvaguarda del funcionamiento eficiente de los mercados digitales.

II. LAS EMPRESAS DIGITALES

Para comprender lo que es la competencia económica, y su importancia a nivel económico, primero es indispensable conocer las unidades económicas que permiten la existencia del proceso competitivo: las empresas. Dado el estudio que sustenta esta obra, se expone el análisis de las características económico-estructurales de las empresas digitales.

En general, las empresas son entidades privadas o personas morales constituidas para fines de comercio. El economista Michael Parkin las ha definido como “una unidad económica que contrata factores de producción y los organiza para producir y vender bienes y servicios”.²⁴⁴

El objetivo de las empresas es obtener el mayor número posible de utilidades; es decir, en términos económicos, toda empresa (pequeña o grande)

²⁴⁴ Parkin, Michael, *op. cit.*, p. 45.

trata de maximizar la cantidad en la que el ingreso excede al costo. La teoría económica de maximización de utilidades dice que la empresa tratará de organizar sus factores de producción eficientemente y dará a sus recursos el uso más valioso. Un mercado competitivo empuja a este resultado. Gellhorn *et al.*, basados en la regla de conducta de maximización de utilidades, señalan: “si la empresa encuentra una mayor producción aumentará sus utilidades, pero si una mayor producción reduce sus utilidades, reducirá la producción”.²⁴⁵

Las empresas digitales son aquellas que incursionan en el proceso del comercio electrónico, y establecen sus canales de venta a través de lo que identifica como una tienda virtual implementada a través de una página web, cuyo diseño puede variar entre ofrecer un simple catálogo de los productos y servicios que ofrece la empresa hasta la oferta al ciberconsumidor de realizar el proceso de compra en el mismo sitio. En líneas posteriores se expondrá con mayor detalle sobre dicho proceso.

La adopción de las TIC, principalmente Internet, influye en la maximización de las utilidades a través de la mejora de dos procesos indispensables para las empresas:

1. La mejora en la relación con los clientes a través de: *a)* publicidad y *marketing*, *b)* intercambio operacional de datos con clientes, *c)* servicio y soporte al cliente, *d)* ventas *online*, y
2. Reducción de costos a través de la integración de la cadena de suministro, por medio de: *a)* compras *online*, *b)* intercambio operacional de datos con proveedores, *c)* procesos de integración de negocios.²⁴⁶

Debido a los beneficios que las TIC han ofrecido en áreas tan importantes de la gestión de un empresa, la convergencia a la tecnología no se ha hecho esperar. Jonathan Whitaker *et al.* realizaron un estudio entre 450 empresas alrededor de 10 países de economías emergentes, como el caso de México, en el que se demuestran los elementos que apoyan el potencial que tiene la práctica de negocios en la Web, para aumentar su productividad; estos son principalmente tres:²⁴⁷

²⁴⁵ Gellhorn, Ernest *et al.*, *op. cit.*, pp. 72-74.

²⁴⁶ Whitaker, Jonathan *et al.*, “Internet Business Practices Across the Globe: Lessons from Emerging Economies”, Richmond, VA, University of Michigan Ross School of Business Working Paper, Working Paper, núm. 1113, August 2008, p. 9, trad. propia.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 1.

- I. En comparación con las empresas de desarrollo de economía, las empresas de economías emergentes dan prioridad relativamente mayor al uso de Internet para lograr relaciones sólidas con los clientes a través del servicio y el apoyo.
- II. Las empresas de economías emergentes dan prioridad relativamente mayor uso de la Internet para integrar los procesos con los proveedores, a diferencia de lo que hacen las empresas de economía desarrollada.
- III. Las empresas de economías emergentes son relativamente más impulsadas a adoptar prácticas de negocio en Internet para ampliar los mercados existentes e introducir nuevos mercados y, en consecuencia, reportan un impacto relativamente mayor al crecimiento de las ventas internacionales en comparación con las empresas de economía desarrollada.

A decir de Kadam Santosh y Suryawanshi Santosh,²⁴⁸ el comercio electrónico en las empresas se compone de los siguientes elementos:

Utiliza diferentes tecnologías y abraza una amplia gama de formas financieras como la banca electrónica, comercio electrónico, catalogación electrónica, videoconferencia y comunicaciones multimedia, intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico (*E mail*), facsímil (fax) y todas las formas de mensajería entre las empresas. Combina tecnologías (Internet, EDI, formularios electrónicos, efectivo electrónico, códigos de barras), estándares de tecnología de la información (como EDIFACT, EAN / UPC), las estrategias de gestión de inventario (*Just-in-time*, de respuesta eficiente al consumidor).

La adopción del comercio electrónico por las empresas como plataforma para realizar sus operaciones de comercio, o como segunda plataforma para distribuir sus productos, es indispensable en nuestro tiempo para poder incrementar el número de consumidores y, por ende, sus utilidades; aunque su implementación puede ser compleja en un inicio, sus beneficios son altísimos también a nivel competitivo.

1. *La cadena de suministro*

El uso estratégico del comercio electrónico permite a las empresas entrar, mantener o mejorar su posición en la cadena de valor sectorial, o tam-

²⁴⁸ Santosh, Kadam y Santosh, Suryawanshi, “Contemporary Issue Of E-Commerce and its Implications In Indian Economy”, *Golden Research Thoughts*, vol. 4, issue 8, 2015, p. 2.

bién llamada “cadena de suministro”. Esta actividad de la gestión empresarial es esencial en el funcionamiento de una empresa. Michael Porter le descubre como tal, y la define como

Una estrategia de planificación que permite determinar las actividades o competencias distintivas que permiten a las empresas generar una ventaja competitiva, el hecho de tener una ventaja de mercado es tener una rentabilidad relativa superior a los rivales en el sector industrial en el cual se compite, la cual tiene que ser sustentable en el tiempo. El conjunto de actividades de valor que decide realizar una unidad de negocio es a lo que se le llama estrategia competitiva o estrategia del negocio, diferente a las estrategias corporativas o a las estrategias de un área funcional.²⁴⁹

La cadena de valor se compone de dos tipos de actividades: las primarias o secuenciales, que corresponden a logística interna, logística externa, *marketing* y ventas, servicios de posventa o mantenimiento; el otro tipo corresponde a las actividades de apoyo de la categoría anterior, también denominadas “secundarias” y corresponde a abastecimiento, infraestructura de la empresa, dirección de recursos humanos, desarrollo de tecnología, e investigación.²⁵⁰

Los sistemas habilitados de Internet permiten a las empresas la explotación más rápida y a un menor costo de la información. Lucking-Reiley y Spulber señalan que a medida que los costos de transacción de mercado se sitúan en la maduración del comercio electrónico, la externalización y la desintegración vertical que ocurre en última instancia resulta en entidades más independientes a lo largo de la cadena de suministro.²⁵¹

2. *Historia de las empresas en línea*

A finales de la década de los noventa surgió un *boom* de las empresas digitales, conocido como la “burbuja digital”, que decreció de manera importante a principios del presente milenio, donde muchas empresas desaparecieron.

²⁴⁹ Porter, Michael E., “Las cinco fuerzas competitivas que le dan forma a la estrategia”, *Harvard Business Review América Latina*, 2008, p. 137, trad. propia, en http://www.academia.edu/4456952/Cap_1_Las_cinco_fuerzas_competitivas_que_le_dan_forma_a_la_estrategia.

²⁵⁰ Schneider, Gary, *Electronic Commerce*, 9a. ed., Cengage Learning, 2011, pp. 28-30, trad. propia.

²⁵¹ Lucking-Reiley, David y Spulber, Daniel F., “Business-to-Business Electronic Commerce,” *Journal of Economic Perspectives*, vol. 15, 2001, p. 58, trad. propia.

Si se hace un comparativo de Internet con otras tecnologías que en su momento causaron gran expectativa, como el telégrafo, el ferrocarril o el automóvil, vemos que todas tienen el mismo efecto: sobre impulso inicial, capital especulativo, competidores, lo que se traduce en una reestructuración de la industria, lo cual es común de las nuevas industrias surgidas de nuevas tecnologías.

En la revolución de Internet encontramos tres factores responsables de la desestimación de las empresas *punto.com* a inicios del presente milenio:²⁵²

1. La infraestructura tecnológica inicial no podía soportar las capacidades tecnológicas previstas.
2. Las expectativas del impacto inicial de Internet fue sobreestimado.
3. Como consecuencia de los otros dos factores, la valoración excesiva de las *punto.com* contribuyó a su colapso.

Se explica que una de las principales razones por las que se obstaculizó el desarrollo de Internet y las empresas en línea responde a que la infraestructura no permitió un Internet rápido; asimismo, el número de suscriptores de Internet había tomado tiempo en crecer; por ejemplo, en los ochenta los pioneros de los negocios en línea iniciaron su trabajo en un momento en el que el Internet apenas viajaba a una velocidad de 28.8 a 56 kbps (kilobytes por segundo), y más aún, la mitad de los estadounidenses ni siquiera estaban conectados a Internet; para 2000, sólo el 4.5% de los hogares tenía banda ancha, y sólo el 5% conocía la fibra óptica.²⁵³

Debido a una deficiente infraestructura para Internet, los usuarios no podían tener un acceso completo a todos los servicios Web. Los inversionistas y las empresas sobreestimaron la tasa inicial de cambio y su impacto a largo plazo; se pensó de forma errónea que Internet transformaría la economía tan rápido, que muchas empresas se arriesgaron para comercializar en Internet. Los resultados no fueron nada favorables, ya que muchas empresas que invirtieron millones de dólares se declararon en quiebra, un ejemplo de ello fue *Webvan.com*, que invirtieron 1.2 mil millones de dólares para vender comestibles en Internet, pero tan sólo en dos años ganaron un millón de dólares en efectivo, por lo que se declaró en bancarrota. Como señala Tekes: “En la errónea idea de conseguir un rápido crecimiento, muchas buenas oportunidades se vendieron a inversionistas y el público como magníficas oportunidades, en la medida que la burbuja explotó, la

²⁵² *Idem.*

²⁵³ *Idem.*

valoraciones se armonizaron a una escala realista de la típica empresa en línea”.²⁵⁴

3. *Tipos de empresas en el comercio electrónico*

En el entorno digital hay dos tipos de empresas: las que son totalmente digitales, llamadas *pure play*, y las empresas consideradas como híbridos, llamadas *brick and click*. Las empresas totalmente digitalizadas son aquellas cuya actividad se encuentra totalmente en línea. Los híbridos son las empresas cuya actividad se realiza en el espacio físico y en el entorno virtual.

A. *Empresas brick and clic*

Estas empresas tienen presencia en los mercados físicos a través de una tienda o establecimiento físico, en el cual ofrece su producto o servicio al consumidor, pero a su vez la empresa hace uso de las bondades que ofrece el comercio electrónico para incrementar sus posibilidades de negocio; en este caso, la empresa es propietaria de un dominio Web o utiliza una plataforma de promoción²⁵⁵ en la Web para ofrecer al consumidor un catálogo de los productos que ofrece, con la suficiente información para que el consumidor decida adquirir o no el bien, pero éste no necesariamente tiene que ser adquirido en línea, ya que el cliente tiene la posibilidad de trasladarse a la tienda física para finalizar la transacción, que inició con la investigación e información sobre el producto o servicio.

La otra opción de las empresas *brick and clic* en el comercio electrónico consistió, además de utilizar el sitio Web como un canal de información para el consumidor, en realizar toda la transacción de compra y venta en línea, desde el inicio con la búsqueda de la información del producto o servicio, la compra, hasta el pago, pero la entrega del producto continúa siendo por medios tradicionales.

B. *Empresas pure-play*

En el caso de dichas empresas, su actividad es totalmente en línea, aunque sus oficinas operativas estén en algún lugar con presencia física (incluso

²⁵⁴ Tekes, “Seizing the White Space: Innovative Service Concepts in the United States”, *Technology Review*, 205, 2007, pp. 72-74, trad. propia, en http://www.tekes.fi/en/document/43000/innovative_service_pdf.

²⁵⁵ Plataformas como Mercado libre, Amazon, Alibaba, De compras.com, eBay, entre otras.

desde el hogar); su actividad primordial de servicio al cliente se concentra en a través de Internet, desde el sitio Web o de la plataforma para venta.

Los bienes y servicios que son comercializados a través de estas empresas pueden ser físicos, y en su mayoría se trata de servicios o productos digitales, con descarga o disfrute directo del sitio Web.

Para entender las diferencias entre uno y otro tipo de empresa, veamos el siguiente cuadro comparativo:

CUADRO COMPARATIVO TIPOS DE EMPRESAS EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

<i>Brick and Clic</i> <i>Venta de productos físicos en línea</i>	<i>Pure Play</i> <i>Venta de productos físicos y digitales</i>
El precio siempre es una cantidad determinada de dinero.	El precio es una cantidad determinada de dinero. No todos los bienes tienen un precio determinado, la información del usuario o el acceso a su dispositivo puede ser el “precio” por el disfrute el bien.
El mercado geográfico se puede determinar en un territorio específico, con operaciones de venta dentro o fuera del país, con una dirección determinada. Al mismo tiempo pueden contar con un sitio Web para realizar operaciones de venta del producto o servicio, pero la distribución es por medios físicos.	Las empresas no tienen un espacio de venta físico. Todas las operaciones son a través de Internet. La presencia física es posible de determinar en el caso de conflicto, pues generalmente todas las empresas exponen sus políticas de privacidad y términos o condiciones en los que se especifica una dirección que corresponde al lugar donde se encuentran los tribunales a los que se debe sujetar el usuario en caso de conflicto.
La disponibilidad de las empresas físicas se reduce a un horario de atención con días y horarios específicos. Incluso si el sitio Web sólo es informativo la atención al cliente se concreta a esta condición. En el caso de venta en línea, la atención puede ser los 365 días del año, los siete días de la semana y las 24 horas del día, pero el cliente debe esperar por lo menos un día para recibir en el lugar que designó de envío, el bien que adquirió.	Ya que todo el proceso de transacción, desde la búsqueda de información hasta la entrega del producto es en línea, los sitios Web de estas empresas están disponibles los 365 días del año, los siete días de la semana y las 24 horas del día; por tanto, el disfrute es inmediato.

<i>Brick and Clic</i> <i>Venta de productos físicos en línea</i>	<i>Pure Play</i> <i>Venta de productos físicos y digitales</i>
En las tiendas físicas el trato al cliente es 100% personal, “cara a cara”. En los sitios Web de este tipo de empresas, el trato es “pantalla a persona” y en la misma transacción la atención al cliente puede ser “cara a cara” generalmente es hasta la entrega del producto.	En este tipo de empresas el trato es totalmente impersonal, siendo de “pantalla a persona”.
La distribución de los productos son los mismos que en los mercados tradicionales, ya sea por la finalización de la compra por la visita del cliente al lugar de atención o en su caso por la entrega del bien a través de un servicio de paquetería o por el servicio de entregas de la misma empresa.	La distribución del producto es totalmente en línea, no hay ningún intermediario o la necesidad del cliente de transportarse a un lugar físico para adquirir el producto, mucho menos es necesaria la entrega por medio de un intermediario. El disfrute es directo de un sitio web.

FUENTE: elaboración propia.

En el siguiente cuadro se exponen diez empresas con operaciones en el comercio electrónico en México. Algunas de ellas son un excelente ejemplo de la dualidad *pure play* y *brick and click*.

Top 10 SITIOS WEB DE COMPRA MÁS POPULARES EN MÉXICO

<i>Núm.</i>	<i>Sitio Web</i>	<i>Pure-Play</i>	<i>Brick-and-Click</i>
1	cinopolis.com	✓	✓
2	ticketmaster.com.mx	✓	
3	apple.com	✓	✓
4	coppel.com	✓	✓
5	linio.com.mx	✓	
6	walmart.com.mx	✓	✓
7	despegar.com.mx	✓	
8	amazon.com	✓	
9	netshoes.com.mx	✓	
10	aliexpress.com	✓	

FUENTE: *Economiahoy.mx*, “Los 10 sitios de *e-commerce* más visitados de México”, 2015, en <http://www.economiahoy.mx/empresas-eAm-mexico/noticias/7538530/05/16/Los-10-sitios-de-ecommerce-mas-visitados-de-Mexico.html>.

4. *Las micro, pequeñas y medianas empresas frente al comercio electrónico*

Las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyME) son las principales unidades económicas que pueden beneficiarse del uso de las TIC para sus actividades comerciales, esto, debido a que tienen mayor libertad para adoptar un modelo de negocio sin la presión de la reestructuración de las relaciones existentes, como en el caso de las empresas de alta escala.

La dificultad de las grandes empresas de adoptar el comercio electrónico conlleva una serie de desventajas, lo que disminuye la posibilidad de su implementación en todos los puntos de oportunidad, centrándose en la mayoría de ocasiones en la exhibición de un catálogo de los diferentes productos o servicios. En ese sentido, la OCDE señala que

...las aplicaciones de comercio electrónico obligan a las empresas a volver a examinar la estructura de costos de la cadena de valor, y sus estrategias de competencia mediante la redefinición de las funciones y competencias, lo que provoca que el ciclo completo de las operaciones comerciales puedan verse afectados, entre ellos la planificación de la producción y la logística e inventarios, y el cambio de los componentes de valor añadido.²⁵⁶

Ante lo anterior, la flexibilidad y la capacidad de innovar más fácilmente en el uso del comercio electrónico se encuentra en las micro, pequeñas y medianas empresas.

Diversos estudios han concluido que el modelo empresarial de las MIPyME tiende a ser más innovador con las bondades ofrecidas por el comercio electrónico, tales como el ahorro del tiempo, los costos y la mejora de la calidad de procesos y productos.

Se han establecido dos tipos de MIPyME en relación con el comercio electrónico:

1. Las que sustentan su existencia enteramente en Internet, y por lo tanto generan casi todas sus ventas y relaciones con los clientes por este medio.
2. Las que están usando este nuevo canal de distribución como complemento de su capacidad ya existente, y cuyas ventas por este medio son sólo un aporte del total general.

²⁵⁶ Organization for Economic Co-operation and Development, "Realizing the Potential...", *op. cit.*, p. 7.

Se considera que la mayoría de las MIPyME se manejan en la segunda línea, ya que el comercio electrónico les permite llegar a rincones que nunca antes habían alcanzado; esto les ofrece mejores horizontes.

Para el desarrollo del comercio electrónico y el fortalecimiento de la nueva economía en México, es prioritario introducir a las MIPyME en el uso del comercio electrónico; para lograrlo han puesto sus esfuerzos en hacer que este sector se familiarice con el uso de las TIC para mejorar el funcionamiento de la maquinaria empresarial. Los Estados deben canalizar presupuestos para apoyar la promoción, capacitación, control y desarrollo de este campo.

En México, de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), a través de la Encuesta Nacional sobre Productividad y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Enaproce) al 2015, sumaron 4,048,543 unidades empresariales, de las cuales 97.6% son microempresas, 2% son empresas pequeñas y el 0.4% representa a las medianas empresas.²⁵⁷

Del total de las MIPyME, la misma encuesta revela datos respecto al uso de las TIC, cuyos datos relevantes se señalan a continuación:

Respecto al uso de equipo de cómputo, del total del número de microempresas, el 74.5% no lo usa, cantidades que se reducen de forma considerable en las pequeñas empresas que con tan sólo el 6.6% dijo no usarlo, y las medianas empresas con sólo un 0.9%. La razón principal señalada para no usar equipo de cómputo en un 46.7% es no necesitarlo, siguiendo en un 15.6% el no contar con dicho equipo; otra razón en un 15.2% es la falta de recursos económicos; el 14.4% no sabe usarlo, y un 7.7% contrato *outsourcing*.²⁵⁸

El uso de Internet en las MYPyMES reveló que el 73.9% de las microempresas no usan Internet; posteriormente, sólo el 7.6% de las pequeñas empresas y el 1.6% de las medianas empresas tampoco lo usan. La principal razón es el no necesitarlo en un 47.3% de los encuestados, siguiendo el 17.9%, que señaló no contar con equipo para Internet; un 14.1% no cuenta con recursos económicos para su implementación, y el 11.8% no sabe usarla.²⁵⁹

Las cifras citadas requieren de una mirada de los encargados de los objetivos de la Estrategia Digital Nacional²⁶⁰ en materia de economía digital, para establecer estrategias eficientes que permitan a las MIPyME adoptar

²⁵⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía *et al.*, “Se difunden estadísticas detalladas sobre las micro, pequeñas y medianas empresas del país”, julio de 2016, p. 2, en http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2016/especiales/especiales2016_07_02.pdf.

²⁵⁸ *Idem.*

²⁵⁹ *Idem.*

²⁶⁰ Para conocer más se recomienda leer el documento que se encuentra en <http://cdn.mexicodigital.gob.mx/EstrategiaDigital.pdf>.

el comercio electrónico como un sistema para comerciar sus productos, implantando una vigilancia continua para que las estrategias sean reales, medibles, observables y convenientes para las MIPyME mexicanas, ya que después de cuatro años de la puesta en marcha de la Estrategia, los avances son mínimos, de acuerdo con lo que revelan las cifras aportadas por la Enaproce.

La OCDE explica que el potencial del comercio electrónico para las MIPyME es muy importante, y aporta toda una gama de oportunidades para expandir las posibilidades de éxito tanto en México como en el extranjero. Las PyME hacen uso del comercio electrónico en tres diferentes maneras, señala la OCDE: *a)* empresas de nueva creación inventando la forma de crear valor agregado; *b)* nuevos servicios; *c)* nuevos modelos de negocio; estos usos hacen de las pequeñas y medianas empresas detonante para el crecimiento del comercio electrónico, puesto que el uso de Internet en su forma comercial va dirigido a ampliar su eficiencia; además, trae consigo alianzas electrónicas con las grandes empresas que son sus clientes o proveedores, o con asociaciones de toda la industria. Esto funciona mejor cuando el comercio electrónico se utiliza de forma proactiva como parte de un conjunto de estrategias para aumentar la competitividad de las MIPyME en los mercados globales, declara la OCDE.²⁶¹

En el comercio electrónico, la competencia económica tiene una naturaleza cambiante, lo que plantea principalmente beneficios, por lo que advierte la OCDE que “el establecimiento de intercambios electrónicos abiertos, competitivos y mercados es clave para las PyMEs”.²⁶²

El hecho de invertir en tecnología no es la única herramienta para tener éxito en el comercio electrónico, sino el grado de conocimiento y especialización por parte del capital humano y la innovación de la empresa. Señala la que OCDE “las PyMEs pueden desarrollar herramientas de comercio electrónico eficaz y utilizarlos de forma proactiva como parte de su propia estrategia que aumente su competitividad en los mercados globales”.²⁶³

III. LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

El comercio electrónico está altamente impactado por las cuestiones de competencia económica. Las empresas que incursionan en cualquiera de las modalidades del comercio electrónico buscan la maximización de sus utilidades,

²⁶¹ Organization for Economic Co-operation and Development, “Realizing the Potential...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁶² *Idem.*

²⁶³ *Idem.*

presencia en el mercado y permanencia a largo plazo; también la oferta y la demanda juegan un papel importante, ya que marcan el paso que estos mercados deben seguir, sobre todo considerando que el desarrollo tecnológico y, por ende, la innovación, deben cubrir las necesidades de la demanda, que cambia constantemente con el interés por tener un producto o servicio novedoso y superado sólo por su versión anterior; lo que obliga a la oferta, es decir, de las empresas, a crear constantemente productos y servicios que sorprendan a sus consumidores, lanzando al mercado dispositivos más complejos, compactos y versátiles, aplicaciones y *software* que facilite muchas de las tareas cotidianas, como la comunicación, el trabajo, la salud, la educación, entre otros.

En los mercados que incursionan en el comercio electrónico, el análisis de competencia económica tiene características muy particulares. Los temas de protección jurídica a la competencia económica son relevantes y varían de acuerdo con la organización de los mercados. Diversos aspectos de análisis de la competencia económica difieren de los métodos tradicionales; por ejemplo: en la industria de *software* se pierde la referencia básica del análisis económico tradicional basado predominantemente en la teoría neoclásica de la firma y los mercados. La innovación también aparece a través de la inclusión de nuevas funciones que tienden a reemplazar a otros productos, e incluso actividades enteras. La integración horizontal y vertical de productos es un aspecto crítico y distintivo de la nueva economía. La consecuencia de estos cambios asociados a los productos es que la definición de mercado relevante se dificulta. El proceso competitivo no responde a los modelos típicos resaltados por la teoría de la organización industrial. Las industrias del comercio electrónico se caracterizan por tener empresas líderes con alta rentabilidad, y una alta tasa de rotación, indicando que son pocos los casos de éxito y muchos los fracasos.²⁶⁴

En los mercados que incursionan en el comercio electrónico, el proceso competitivo es dinámico y versátil, a diferencia de los mercados del comercio físico, que basan principalmente su competencia en el precio. En las industrias de la nueva economía, la competencia no gira, en su mayoría, en el precio, sino en la innovación, la cual surge gracias a la creación de productos o servicios que provienen de la mente humana, la economía del conocimiento.

En este enfoque basado no sólo en el precio, la competencia va más allá de querer preservar la competencia perfecta, sino en prever, establecer y mantener las condiciones que desafíen el poder de los competidores en el

²⁶⁴ Celani, Marcelo y Stanley, Leonardo E., *Una introducción a la política de competencia en la nueva economía*, Buenos Aires, Estudios y Perspectivas, Organización de las Naciones Unidas-CEPAL, 2005, p. 10.

mercado, tanto por la rivalidad entre los competidores ya fijos en el mercado como por aquellos rivales propensos a entrar a la competencia.

La clave respecto de la competencia en el comercio electrónico tiene una diferencia fundamental en relación con el análisis de protección a la competencia económica en el comercio tradicional. A decir de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), se trata “de la propia dinámica de crecimiento e innovación de la actividad”,²⁶⁵ en los mercados donde la innovación es pilar para su sostenimiento; es por ello que la competencia representa “una lucha «por» el mercado en sí mismo y no una contienda «en» el mercado”.²⁶⁶

El grado de difusión de los estándares de conocimiento resultan ser una variable elemental para juzgar el tipo de competencia, y por ende, afectan el tipo de política a desarrollar en la materia. Por esta razón, las autoridades de competencia suelen imponer reglas estrictas que obligan al líder a “compartir” su conocimiento de alguna manera, especialmente a través del licenciamiento de patentes.²⁶⁷

En la nueva economía, la competencia es básica para su desarrollo. Carl Shapiro expone seis principios de crecimiento para las empresas de la nueva economía:²⁶⁸

1. *La innovación es la clave.* El éxito de las empresas que incursionan en el comercio electrónico depende de la seriedad y la rapidez con la que consideran a la innovación. Los rendimientos de las empresas son manejados por la innovación, y no por el precio. La competencia —explica Shapiro— es típicamente schumpeteriana en carácter, con una feroz lucha por ser el siguiente monopolista temporal.
2. *La propiedad intelectual.* Los derechos de propiedad intelectual juegan un papel más profundo que en cualquier otra estrategia competitiva, ya que tanto los derechos de autor como las patentes son escudos muy importantes en el ecosistema de la Web, ante la mayor propensión al robo de creaciones intelectuales que son compartidas en la red.
3. *Libre acceso a contenidos.* Los productos de información exhiben muy fuertes economías de escala. Muchos de los costos son “costos de primera copia”, con el costo de incremento de copias adicionales y son menores. Este patrón es reforzado gracias a Internet, la replicación física no es necesaria y los costos de distribución son mínimos.

²⁶⁵ *Idem.*

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ *Idem.*

²⁶⁸ Shapiro, Carl, *op. cit.*, pp. 1-13.

4. *Socios complementarios y no sustitutos*. Muchos productos de la nueva economía, que son comercializados a través del comercio electrónico, están ítimamente ligados a través de interfases. Las computadoras son un buen ejemplo de ello, pues éstas están armadas con diversos complementos fabricados por diversas compañías. En estos casos las empresas invierten tiempo en negociaciones para formar alianzas, establecimiento de normas y trabajo para asegurar que sus productos participen juntos para comprometer un sistema total. Shapiro destaca que “el pensamiento *antitrust* sobre sustitutos (competidores) es mucho más avanzado que el pensamiento acerca de los complementos (socios). Lo cual debe cambiar. La cooperación entre complementadores es generalmente pro-competitivo”.²⁶⁹
5. *Estándares de red*. En la nueva economía, las redes han crecido en importancia, ya que los estándares compatibles y el control sobre las interfases han sido centrales para la rivalidad. Algunos de los más insistentes temas en políticas de competencia giran alrededor del control sobre cuellos de botella e interfases.
6. *El poder de monopolio prevalece*. Existen energías fuerzas en la economía de la información que favorecen los efectos de red. En el lado de la oferta, la creación de la información envuelve fuertes efectos de red, y el diseño de nuevos productos que involucra costos fijos sustanciales. Por el lado de la demanda, los efectos de red favorecen los productos populares y establecen las redes. Shapiro declara su rechazo a la simple posición de que el poder monopolístico no puede persistir en la nueva economía, pues muchas de las compañías líderes hoy deben continuar mejorando la calidad y reducir el precio para proteger sus posiciones presentes.

Para algunos autores, como Nicholas Economides, la competencia en el comercio electrónico no significa un mayor número de competidores, pues en estos mercados los “efectos de red” juegan un papel fundamental; explica que la imposición de una estructura de mercado “competitivo” es probable que sea contraproducente.

Los efectos de red son una característica que marca una importante diferencia con el proceso competitivo como es tratado tradicionalmente por las autoridades de defensa de la competencia económica, debido a que principalmente en los productos digitales la demanda va enfocada al disfrute de determinado producto digital por su uso masivo, y no por su precio, y como

²⁶⁹ *Idem.*

se analizó anteriormente a la mayoría de productos digitales les es asignado un precio cero, lo que puede sin duda alguna crear un monopolio. Un ejemplo de un producto cuyo poder de mercado es conseguido por los efectos de red son las redes sociales; la red de Whatsapp es un buen ejemplo, pues si bien existen otros competidores de mensajería instantánea, su uso es tan popular que en gran parte del mundo se ha elegido como el medio de comunicación que más suscriptores tiene a nivel mundial, con un total de un mil millones de descargas.²⁷⁰

Una consecuencia de los efectos de red es que las intervenciones de defensa de la competencia pueden ser inútiles, debido al éxito de la demanda obtenida. Como se explicaba anteriormente, la lucha entre las empresas digitales no es en el mercado, sino por el mercado. A decir de Economides, este es el equilibrio natural en estos mercados, el intento de superponer una estructura de mercado diferente (por ejemplo, aquella en la que todas las empresas tienen aproximadamente partes iguales de mercado) puede ser a la vez inútil y contraproducente, debido —dice McKenzie— a que la amenaza planteada por los competidores potenciales en un gran mercado concentrado puede ser más limitativa que la amenaza competitiva de los competidores reales en los mercados menos concentrados.²⁷¹

1. ¿Qué es la competencia económica?

Ahora bien, analicemos la teoría de la competencia económica, que será de gran utilidad para entender los aspectos relevantes de su protección por el sistema jurídico, y que nos permitirá sustentar la necesaria defensa en el ámbito del comercio electrónico.

El proceso que surge del establecimiento de diversos oferentes en un mercado determinado y la lucha por ganar un mayor número de demandantes se conoce como “competencia económica”; en el caso del comercio electrónico, las empresas digitales conforman el proceso.

La importancia de la competencia en los mercados (físicos o digitales) es vital para un comercio justo, una mejor oferta de bienes a los consumidores y un desarrollo para la economía en general.

La ciencia económica define a la competencia económica desde una perspectiva de eficiencia. En voz del economista Gregory Mankiw, la com-

²⁷⁰ Google Play, WhatsApp Messenger, WhatsApp Inc.

²⁷¹ McKenzie, Richard B., *Trust on Trial: How the Microsoft Case is Reframing the Rules of Competition*, Cambridge, Perseus, 2000, p. 2, trad. propia.

petencia económica es “un mecanismo de organización de la producción y de la determinación de precios con la finalidad de incrementar la participación en el mercado”,²⁷² a mayor participación en el mercado, mayores utilidades generadas, bajo la posibilidad, como lo explica Mankiw, de influir en la organización de qué, cómo y cuánto se produce y a qué precio. La influencia de la determinación, tanto de la producción como de los precios, impacta directamente en la economía de los consumidores, y a su vez en la economía nacional.

El comportamiento de los competidores tiende a analizarse desde diversos ángulos, como el precio, la producción y el consumo, elementos que deben confluir para crear condiciones efectivas de competencia.

Las teorías económicas del equilibrio²⁷³ consideran que la competencia es un mecanismo que crea condiciones de equilibrio entre los agentes económicos del mercado, de tal manera que la competencia es vista como un factor de crecimiento económico, pues se convierte en una palanca para el mejoramiento continuo y la excelencia para las empresas, siempre y cuando éstas no sobrepasen los límites que pongan en desventaja a sus competidores, mediante el control de la producción, el precio y el consumo. Señala Mankiw: “sólo tendrán éxito aquellos actores capaces de renovar permanentemente las condiciones favorables hacia los demás, evitándose la economía regida por privilegios o posiciones económicas dominantes”.²⁷⁴ La competencia económica debidamente entendida y ejecutada, según la teoría económica, puede garantizar la estabilidad y el bienestar para oferentes y demandantes, ya que genera condiciones económicas favorables para el progreso y desarrollo, que en un sentido jurídico equivale a condiciones de libertad, democracia económica y justicia económica.

En México no existe una definición legal de competencia económica; la abrogada Ley Federal de Competencia tenía esa laguna, y fue omitida también en la Ley Federal de Competencia Económica de 2014; no obstante, la

²⁷² Mankiw, Gregory, *op. cit.*, p. 66.

²⁷³ Teorías desarrolladas por Kenneth Arrow, Gerard Debreu y Lionel W. McKenzie en la década de los cincuenta. Para mayor información sobre las teorías económicas del equilibrio de los mercados se recomienda leer: Arrow, K. J. y Debreu, G., “The Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy”, *Econometrica, Journal of the Econometric Society*, Chicago Illinois, The University of Chicago, vol. XXII, 265-290, 1954, <http://cowles.econ.yale.edu/P/cp/p000b/p0087.pdf>; Debreu, G., *Theory of Value*, New York, Wiley, 1959; Grandmont, J. M., “Temporary General Equilibrium Theory”, *Econometrica*, 45(3) Apr., 1977, pp. 535-572; McKenzie, Lionel W., “The classical theorem on existence of competitive equilibrium”, *Econometrica*, 1981, y “Equilibrium, Trade and Capital Accumulation”, *Japanese Economic Review*, 1999.

²⁷⁴ Mankiw, Gregory, *op. cit.*, p. 66.

Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), órgano de gobierno mexicano encargado de proteger el proceso de competencia económica, ha emitido una definición al respecto: “la rivalidad que se genera entre las empresas para tener un negocio y competir en el mercado, en las mismas condiciones que las demás”.²⁷⁵

Aunque es una definición limitada, es importante la consideración de la Cofece de brindar protección a todos los agentes económicos por igual, sin que la autoridad deba someter a juicio particularidades que pongan en ventaja a algunos sobre otros por sus condiciones de poder financiero, influencia social o política.

Una vez conocidos los aspectos generales de la competencia económica, se exponen las siguientes características elementales:

2 Agentes económicos en competencia

La competencia económica es sostenida por los agentes económicos que interactúan en ella. De acuerdo con la fracción primera del artículo 3o. de la LFCE, se entiende por agentes económicos, a “Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica”.

También la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido su opinión sobre lo que debe entenderse como agente económico: “...aquellas personas que, por su actividad, se encuentran estrechamente vinculadas con la producción, la distribución, el intercambio y el consumo de artículos necesarios, que repercute y trasciende necesariamente en la economía de un Estado...”.²⁷⁶

De acuerdo con Donald R. Davis, los agentes económicos se dividen en tres partes: los individuos, las empresas y los gobiernos.²⁷⁷ Analicemos cada uno de ellos:

²⁷⁵ Comisión Federal de Competencia Económica, *¿Qué es la competencia y la libre concurrencia?*, México, consultado el 3 de octubre de 2013, en <http://www.cfc.gob.mx/index.php/transparencia/transparencia-focalizada/que-es-la-competencia-economica-y-libre-concurrencia>.

²⁷⁶ Tesis 1a. XXX/2002, “Agentes económicos, concepto de, para los efectos de la Ley Federal de Competencia Económica”, *S.J.F. y su Gaceta*; 9a. Época, 1a. Sala, t. XV, abril de 2002, p. 457.

²⁷⁷ Davis, Donald R., “Notes on Competitive Trade Theory”, Columbia University, 2001, p. 4, trad. propia, en <http://www.columbia.edu/~drd28/Text.pdf>.

- *Los individuos*. Éstos forman parte del sector privado de la economía. La teoría económica los considera como maximizadores de las utilidades, desde dos perspectivas: como consumidores de bienes finales, y como factores de producción gracias a su trabajo.
- *Las empresas*. Parte del sector privado de la economía. Están consideradas como maximizadoras de los beneficios. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido su interpretación de lo que debe entenderse como empresa, en materia de competencia económica: “La elucidación del concepto empresa en materia de competencia económica responde a un criterio funcional, y abarca a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica, por lo que si no cumple dicha condición, no es posible considerarla como empresa”.²⁷⁸

En resumen, se considera empresa a la entidad que como requisito debe ejercer una actividad económica, que por supuesto, vaya de acuerdo con las actividades que se consideran como comerciales por los artículos 75 y 76 del Código de Comercio, vigente en la República mexicana, no importando su naturaleza jurídica; es decir, no importando a qué especie de sociedad mercantil pertenezca, de acuerdo con el artículo 1o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles.²⁷⁹

A decir del premio nobel de economía, Oliver E. Williamson, las empresas “hacen más que sólo resolver problemas técnicos de producción, también sirven para reducir los costos de organizar y gestionar la actividad económica”.²⁸⁰

- *El gobierno*. Considerado como un maximizador del bienestar nacional, por lo que sus decisiones son amplias en el sentido de la calidad en las finanzas públicas y la repartición equitativa de la ri-

²⁷⁸ Tesis I.4o.A. J/64, “Empresa. su concepto en materia de competencia económica”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXVIII, octubre de 2008, p. 2176.

²⁷⁹ “Artículo 1o. Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

- I. Sociedad en nombre colectivo;
- II. Sociedad en comandita simple;
- III. Sociedad de responsabilidad limitada;
- IV. Sociedad anónima;
- V. Sociedad en comandita por acciones, y
- VI. Sociedad cooperativa”.

²⁸⁰ Williamson, Oliver E., “Transaction Cost Economics”, *Handbook of Industrial Organization Economics* 136, Schmalensee, Richard y Willing, Robert D. (eds.), 1989.

queza.²⁸¹ El sector público de la economía está en manos del gobierno en sus tres niveles, y a su cargo están las actividades estratégicas que consagra el artículo 28 constitucional, pero además tiene bajo su responsabilidad la organización y protección de los intereses económicos que contribuyan al desarrollo de la nación.

3. *Libre competencia y libre concurrencia*

La legislación mexicana, en su artículo 28 constitucional y su ley reglamentaria en materia de competencia económica en su artículo 1o., han considerado dos aspectos fundamentales para el buen desempeño de los mercados: la competencia y la libre concurrencia.

Para que estos dos principios de la defensa de la competencia económica puedan existir es necesaria la eliminación o disminución de barreras a la competencia y la libre concurrencia. La LFCE ha definido este factor en su artículo 3o., fracción IV, como

Cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los Agentes Económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados; que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno que indebidamente impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia.

A. *Libre concurrencia*

La libre concurrencia o la ausencia de barreras de entrada al mercado es un tema fundamental en materia de competencia económica, pues equivale a la garantía de igualdad para todos los agentes económicos que deseen participar en el mercado como oferentes de un bien o servicio; sin este requisito la competencia económica es limitada.

La libertad de concurrencia tiene su sustento legal en el artículo 5o. de la Constitución federal, que señala: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”.

²⁸¹ Riqueza, definida por Alvin y Heidi Toffler como “cualquier posesión, compartida o no, que tiene lo que los economistas denominan «utilidad», al proporcionarnos alguna forma de bienestar por sí misma o mediante el intercambio con alguna otra forma de riqueza que satisfaga dicho bienestar”. Toffler, Alvin y Toffler, Heidi, *La revolución de la riqueza*, Knopf, 2006, p. 14.

Jorge Witker define a la libre concurrencia como “La existencia de sectores económicos totalmente abiertos a la participación de los agentes económicos privados o públicos. Se trata de un acceso igualitario de todos los agentes interesados en producir bienes o prestar servicios sin limitación o restricción alguna”.²⁸²

B. *Libre competencia*

Ludwig von Mises explica que la competencia económica es un fenómeno de la acción social que se da en la economía de mercado, en la que se ha considerado que para tener pueblos más prósperos la competencia debería ser libre para todos. La libre competencia representa la libertad de decisión de los que participan en el mercado, en un contexto en el que las reglas de juego son claras para todos y se cumplen efectivamente.

4. *Beneficios de la competencia*

A decir de la Comisión Federal de Competencia Económica, en nuestro país, la competencia económica

Es una herramienta fundamental para mejorar el desempeño de la economía. En primer lugar, cuando existe competencia mejoran las condiciones de precio y calidad de los productos y servicios, por lo que el ingreso real de los consumidores es mayor y la distribución del ingreso es menos desigual. Segundo, la competencia impulsa la competitividad de la economía, fomenta la inversión y el empleo y genera mayor crecimiento económico. Finalmente, cuando existe competencia, los recursos públicos se utilizan de manera más eficiente... la competencia económica, promueve el bienestar de los consumidores, pues crea un ambiente que genera más opciones para que cada consumidor elija a aquellos proveedores que le suministran bienes y servicios en las condiciones más adecuadas.²⁸³

Los mercados con un mayor número de competidores facilitan y estimulan una mayor oferta y diversidad de productos y servicios, a menores precios

²⁸² Witker, Jorge y Varela Angélica, *Derecho de la competencia económica en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 3.

²⁸³ Comisión Federal de Competencia Económica, “Política de competencia”, México, consultado el 24 de enero 2013, en <http://www.cfc.gob.mx/index.php/que-hacemos-cfc/beneficios-de-nuestra-labor>.

y con mejor calidad, en beneficio directo de los consumidores. La teoría económica considera que la competencia en los mercados maximiza el bienestar del consumidor al aumentar la eficiencia asignativa, la eficiencia productiva, y promoviendo la innovación.

La competencia económica incrementa la eficiencia y productividad de las empresas, ya que al enfrentar una mayor presión de sus propios competidores, aquéllas tienen mayores incentivos a innovar y mejorar los bienes y servicios que proveen.

De esta forma, la competencia genera un círculo virtuoso que aumenta el ingreso real de las familias e impulsa la competitividad de la economía, fomenta la inversión y genera mayor crecimiento económico.

La competencia económica maximiza la riqueza total de la sociedad, pero no necesariamente resulta en una distribución óptima del ingreso; entonces, la competencia económica es una “aliada” del beneficio social, pero no depende de ella que ese beneficio llegue a todos. En México, este es un problema, ya que nuestro país tiene altos índices de pobreza, lo que no depende de que los mercados sean competitivos o no, sino de que la riqueza generada por la competencia económica de los mercados sea eficientemente distribuida por las autoridades encargadas de ello, como lo consagra el artículo 25 de la Constitución, que a la letra dice:

...corresponde al estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

Para los economistas, como Marcelo Resico, “mientras más el Estado desvíe la distribución final de la productividad demostrada en el mercado, más grande será el riesgo de que disminuya el incentivo por mejorar el rendimiento de los actores económicos y se resienta la eficiencia de la competencia como instrumento de regulación”.²⁸⁴ De esta forma, podemos advertir que si el Estado no tiene los mecanismos para hacer un equitativa distribución de la riqueza, la competencia económica se verá mermada, y de esta forma el incentivo para producir será menor; ésta es una cadena interminable que da como resultado final un país con graves problemas económicos, sociales y políticos que condena a su población a un desarrollo austero.

²⁸⁴ Resico, Marcelo F., *op. cit.*, p. 91.

En palabras de Marcelo Resico, la competencia económica tiene dos principales funciones: las económicas y las sociopolíticas.

1. Las primeras se subdividen en dinámicas y estáticas:²⁸⁵
 - a) Los elementos de la función estática de la competencia económica son aquellos elementos constantes de la economía. La *soberanía del consumidor*. Si los competidores quieren tener un mejor posicionamiento en el mercado, deben captar a la mayor cantidad de clientes, lo que puede ser logrado al satisfacer lo mejor posible las necesidades de los demandantes. Otro elemento es la *productividad*. Cuanto más se logre una producción óptima en función de la mayor reducción de costos en los factores de producción se podrá ser más competitivo, y se tendrán empresas más rentables. *Distribución del ingreso*. Con relación al mercado de factores,²⁸⁶ los ingresos son distribuidos de acuerdo con la productividad.
 - b) Elementos de la función dinámica de la competencia económica, mismos que toman en cuenta los cambios microeconómicos a través del tiempo. *Innovación*: la competencia genera incentivos para introducir productos y procesos nuevos o mejorados estimulando la generación de innovaciones. *Flexibilidad de la economía*: renovación de toda la economía a través de la innovación y la imitación de las innovaciones.
2. La segunda función de la competencia es la sociopolítica, que radica en la prevención del abuso del poder privado en el mercado y, a su vez, el control para limitar la intervención política en la vigilancia de la esfera privada.

5. *Competitividad y competencia. La competencia destructiva*

La competitividad y la competencia son dos conceptos complementarios mas no sinónimos; donde existe la competitividad, la competencia es posible; es decir, cuando una empresa es competitiva puede sobrevivir en el mercado, y así continuar en la competencia.

²⁸⁵ *Idem*.

²⁸⁶ El mercado de factores está compuesto por las familias de donde surge la oferta de los trabajadores para las empresas.

La competitividad se entiende como “la capacidad que las empresas adquieren para asignar recursos de tal manera que sean capaces de aumentar sus cuotas de mercado, sus beneficios, y consecuentemente, crecer”.²⁸⁷

En ocasiones el pensamiento económico y empresarial rebasa los límites de la competencia; basa su crecimiento en la desventaja de sus competidores, y tiene lo que se le ha denominado en esta investigación como la *competencia destructiva*; sin embargo, esto no debe funcionar así, ya que en la carrera por el éxito en los mercados, las capacidades de cada empresa deben ser el soporte y motor que impulse a los competidores y proporcione los elementos para poder llegar a su objetivo, observando siempre a los lados para saber qué tanto se va perdiendo o ganando; esto les hace ser competitivas y mantenerse constantes en la competencia, pero no a costa del sacrificio, el esfuerzo o la derrota del otro, ya que se extralimitan los principios de justicia y democracia económica.

Una visión del pensamiento empresarial, en el que implícitamente podemos ver la competencia destructiva, la ofrece Guillermo de la Dehesa, quien explica que la competitividad en sí busca derribar a los competidores reduciendo o anulando en sí la competencia, al obtener mayores ventajas competitivas frente a los competidores, mediante el aumento de márgenes o reduciendo los costos y aumentando los precios, llevando a cabo las siguientes estrategias:

1. Estrategia de alto volumen y bajos márgenes, siendo más eficientes explotando mayores economías de escala y alcance.
2. La diferenciación del producto con características de calidad que lo hacen único, con lo que puede vender el producto más caro aumentando márgenes.
3. Estrategia de bajo volumen y alto margen, mediante la segmentación del mercado, mediante la concentración en una parte del mercado, en un determinado nicho o producto, y que ningún competidor puede servir de forma eficiente.
4. La creación de barreras de entrada en el mercado, al conseguir preferencia en los canales de distribución o introduciendo una barrera tecnológica y tener un bien difícilmente copiable.
5. Cuanto más grande es la empresa puede aguantar durante más tiempo las pérdidas derivadas de la estrategia de una fuerte reducción de precios para desplazar a los nuevos competidores, o puede tener un mayor acceso a fuentes de financiación para adquirir a otros competidores más pequeños.²⁸⁸

²⁸⁷ Dehesa, Guillermo de la, *Competitividad empresarial vs. competencia*, México, s. a., p. 2, consultado el 20 de septiembre de 2016, en <http://www.guillermodeladehesa.com/files/0006.1273829118.XLNI5167AζQI6231OIUT3504CQYLA280.pdf>.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 4.

Otra visión de la competencia destructiva podemos verla en el pensamiento de Michael Porter, experto en estrategia en competitividad empresarial, para quien existen cinco fuerzas competitivas a las que las empresas deben reaccionar para proteger su industria:²⁸⁹

1. *La amenaza de nuevos entrantes.* Los nuevos entrantes en una industria introducen nuevas capacidades y un deseo de adquirir participación de mercado, lo que ejerce presión sobre los precios, como sobre los costos y la tasa de inversión necesaria para competir, por lo que los actores establecidos deben mantener los precios bajos o incrementar la inversión para desalentar a los nuevos competidores.
2. *El poder de los proveedores.* Los proveedores poderosos capturan una mayor parte del valor para sí mismos al cobrar precios más altos, restringir la calidad o los servicios, o transferir los costos a los participantes del sector. Los proveedores poderosos, incluyendo los proveedores de mano de obra, son capaces de extraer rentabilidad de una industria que es incapaz de transferir los costos a sus propios precios.
3. *Los clientes poderosos.* Son capaces de capturar más valor si obligan a que los precios bajen, exigen mejor calidad o mejores servicios (lo que incrementa los costos) y, por lo general, hacen que los participantes del sector se enfrenten; todo esto en perjuicio de la rentabilidad del sector. Los compradores son poderosos si tienen poder de negociación en relación con los participantes del sector, especialmente si son sensibles a los precios, y usan su poder principalmente para presionar con el fin de lograr reducciones de precios.
4. *La amenaza de los sustitutos.* Un sustituto cumple la misma función —o una similar— que el producto de un sector mediante formas distintas. Los sustitutos siempre están presentes, pero a menudo es fácil no percatarse de ellos porque podrían ser muy diferentes del producto del sector. La amenaza de un sustituto es alta si ofrece un atractivo intercambio de precio y desempeño respecto del producto del sector. Mientras mejora el valor relativo del sustituto, más custodiado se encuentra el potencial de utilidades de un sector. El costo para el comprador por cambiar al sustituto es bajo.
5. *La rivalidad entre competidores existentes.* Ésta adopta muchas formas, incluyendo descuentos de precios, lanzamientos de nuevos productos, campañas publicitarias y mejoramiento del servicio. Un alto grado de rivalidad limita la rentabilidad de la industria. El grado en el cual

²⁸⁹ Porter, Michael E., “Las cinco fuerzas...”, *op. cit.*, p. 2.

la rivalidad reduce las utilidades de un sector depende, en primer lugar, de la intensidad con la cual las empresas compiten y, en segundo lugar, de la base sobre la cual compiten.

A decir de Michael Porter, la rivalidad es más intensa cuando los competidores son varios o son aproximadamente iguales en tamaño y potencia, lo cual trae serias desventajas para el resto de los competidores:

- El crecimiento del sector es lento, y un crecimiento lento impulsa las luchas por participación de mercado.
- Las barreras de salida son altas: las barreras de salida son el lado inverso de las barreras de entrada, y surgen debido a elementos como activos altamente especializados o la dedicación de la dirección a un negocio en especial. Estas barreras mantienen a las empresas en el mercado aun cuando podrían estar generando retornos bajos o negativos. La capacidad ociosa sigue siendo usada, y la rentabilidad de los competidores saludables sufre a medida que los rivales en desventaja se mantienen dentro del mercado.
- Las empresas no son capaces de entender bien sus señales mutuamente, debido a una falta de familiaridad entre ellas, enfoques competitivos distintos o metas diferentes. La fuerza de la rivalidad refleja no sólo la intensidad de la competencia, sino también la base de la competencia. Las dimensiones dentro de las cuales la competencia se efectúa, y si los rivales convergen para competir en las mismas dimensiones, son elementos que ejercen una enorme influencia en la rentabilidad.²⁹⁰

Las propuestas de Porter y De la Dehesa son adoptadas por miles de empresas en el mundo, porque son excelentes estrategias para el mundo empresarial en el que se busca ganar el mayor terreno posible venciendo competidores; pero para la defensa de la competencia en los mercados sus ideas son peligrosas, de acuerdo con el pensamiento jurídico.

La visión de un empresario y la visión del Estado frente a la competencia económica es muy divergente, pues para las empresas se trata de

²⁹⁰ Explica Porter que la rivalidad es especialmente destructiva para la rentabilidad si gravita exclusivamente en torno al precio, puesto que la competencia de precios transfiere las utilidades directamente desde un sector a sus clientes. Habitualmente, los recortes en los precios son fáciles de ver y de igualar, lo que crea las probabilidades de rondas sucesivas de represalias. Una competencia sostenida de precios también acostumbra a los clientes a prestar menos atención a las prestaciones del producto y la calidad del servicio.

maximizar sus utilidades, en tanto que para el Estado se trata de proteger el equilibrio de la economía de un país. La decisión de unos cuantos puede afectar la estabilidad de un país entero; por ende, la diferencia estriba en que la empresa tiene una visión netamente de beneficio económico, y el Estado debe buscar siempre el beneficio social, que garantice la protección y seguridad de un nivel de vida óptimo para toda la población.

Al respecto, vale la pena señalar la reforma de 2013 al texto del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se establece un concepto de competitividad, que busca generar las condiciones jurídicas que conlleven mejores oportunidades de desarrollo. El texto señala: “se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo”.²⁹¹

La palabra “competitividad” ha sido un término usado indistintamente en el nuevo mundo global por empresarios y representantes de gobierno; sin embargo, a decir del Premio Nobel de Economía, Paul Krugman, la competitividad es un término microeconómico de las empresas que no puede usarse en aspecto macroeconómicos irresponsable y engañosamente, pues un país no puede ser competitivo, sino productivo.²⁹² Haciendo caso al conocimiento de este experto, se puede señalar como erróneo el concepto de la reforma señalada, y en su lugar debe entenderse como productividad; este es un problema semántico que no puede ignorarse, pues la confusión de términos en ocasiones causa resultados no deseados.

La competencia económica tiene un sentido social muy profundo, por lo que no se limita sólo al comportamiento de las empresas; en términos económicos se generan condiciones eficaces; en términos jurídicos, condiciones justas, que en un mismo sentido benefician a las empresas y los consumidores, y de manera general se crea un beneficio social de altos alcances.

²⁹¹ Reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de junio de 2013.

²⁹² Paul Krugman explica por qué los países no pueden igualarse a una empresa y pretender ser competitivos, sino productivos; apunta: “El punto de equilibrio para una corporación es literalmente su punto de equilibrio; si una corporación no es capaz de pagar sus trabajadores, proveedores y tenedores de bonos, saldrá del mercado. Así cuando decimos que una corporación no es competitiva queremos decir que su posición de mercado es insostenible y que, a menos que mejore su gestión quebrará. Los países de otro lado, no quiebran. Estos pueden ser felices o infelices con su gestión económica pero no tiene un punto de equilibrio bien definido. Como resultado, el concepto de competitividad nacional es evasivo”. Krugman, Paul, “Competitiveness a dangerous obsession”, Massachusetts Institute of Technology, Foreign Affairs, vol. 73, núm. 2, 2001, 28-44, p. 30, trad. propia, en <http://www.ucl.ac.uk/~uct/pohg/ECON1005/Readings/Krug%20comp.pdf>.

6. Factores que determinan la competencia en el comercio electrónico

1. Vendedores y compradores. El mercado global del comercio electrónico hace que el número de potenciales consumidores se incremente, en contraste con el limitado número de clientes que una empresa del comercio físico puede tener al estar reducido a un espacio territorial determinado. Este factor beneficia sobre todo a las MIPyME, que tienen más limitado el presupuesto de publicidad y crecimiento de su empresa para poder expandir su negocio, por lo que la plataforma del comercio electrónico abre una excelente posibilidad tanto a empresas para tener presencia a nivel mundial, con un mayor potencial de crecimiento, como a los consumidores, para tener una mayor oferta de bienes, con el fin de poder elegir la opción que más se adapte a sus necesidades de uso, precio y calidad.

2. Información. La Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos señala que desde el enfoque del consumidor el aspecto más importante de comercio electrónico en Internet es el aumento de las opciones, y en especial la información sobre los productos y servicios que desea.²⁹³ La información no es sólo una oportunidad para los consumidores, sino un derecho mismo para conocer a 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, por lo que la información en ningún momento debe ser engañosa y fraudulenta para favorecer al vendedor.

La información sobre los bienes o servicios es fundamental para determinar la eficiencia del resultado del mercado digital, como los precios y el proceso de equilibrio. A través de Internet hay un flujo masivo de datos, que ayuda a vendedores y compradores a tomar las mejores decisiones al mejorar los resultados del mercado. En la teoría económica es asumido que los consumidores tienen una capacidad ilimitada para procesar información, con lo que más información mejora la toma de decisiones y la eficiencia del mercado. En los mercados tradicionales, la recopilación de información y el procesamiento de datos es una tarea costosa.

Un punto importante de Internet es cómo se transfiere y se comercia la información que en general pone a los productores en mejores condiciones para evaluar diferentes alternativas frente a los consumidores. Esto podría tener un efecto sobre la estructura del mercado, lo que lleva al poder de mercado y las ventajas en evitar la regulación; en otras palabras, la alta transferencia de información puede generar condiciones de poder monopó-

²⁹³ Balto, David A., *op. cit.*, en <http://www.ftc.gov/public-statements/1999/11/emerging-antitrust-issues-electronic-commerce>.

lico difícilmente regulable por el gobierno, debido a la falta de conocimiento técnico en el manejo de las tecnologías, por medio de las cuales se transfiere la información, lo cual puede generar resultados no deseables para el resto de los competidores.²⁹⁴

3. La asimetría de la información coloca en una mejor condición para evaluar diferentes alternativas frente a los consumidores. Esto podría tener un efecto sobre la estructura del mercado, lo que lleva al poder de mercado y las ventajas en evitar la regulación. Por otra parte, la regulación negligente, sin comprender el entorno de Internet, puede producir resultados no deseados. Además, son más complejos para que los gobiernos los resuelvan dada la ventaja tecnológica de las empresas privadas.

4. Los efectos o externalidades de red son un factor decisivo en las investigaciones sobre competencia económica en el entorno digital, ya que de los resultados sobre éste se puede determinar la existencia real de una conducta monopólica.

A decir de David Evans y otros, los efectos de red surgen “cuando los consumidores valoran un producto cuanto más es usado por otros consumidores”.²⁹⁵

Cabe señalar que los efectos o externalidades de red se presentan tanto en los mercados físicos como en el comercio electrónico; sin embargo, en este último, a decir de Nicholas Economides, las externalidades de red surgen debido a que un mayor número de ventas de un componente A induce a una mayor disponibilidad de componentes complementarios..., de este modo se incrementa el valor del componente A.²⁹⁶ Por ejemplo, el sistema operativo de Android, que se encuentra en muchos celulares y tabletas, tiene más valor cuantas más aplicaciones sean creadas para ser compatibles sólo con dicho sistema operativo.

Enrico Coiera define a las externalidades de red como

Un costo o beneficio que recae sobre las personas que no están directamente involucradas en una actividad. Una externalidad positiva en Internet, como también se conoce a los efectos de red, se define como aquel en el que el valor

²⁹⁴ Yang, Yudong, *ICT and Information Flow Theory*, Beijing, Advisory Committee of State Informatization-State Council Informatization Office, 2001, p. 20, trad. propia, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=613781.

²⁹⁵ Katz, Michael L. y Shapiro, Carl, “Network Externalities, Competition, and Compatibility”, *The American Economic Review*, vol. 75, núm. 3, junio de 1985, p. 1, trad. propia; Evans, David S. y Schmalensee, Richard, “A Guide to the Antitrust Economics of Networks, Antitrust”, 1996, p. 2, trad. propia; Fisher, Franklin M. y Rubinfeld, Daniel L., *op. cit.*, p. 3.

²⁹⁶ Economides, Nicholas, “Competition Policy in Network Industries: An introduction”, New York, Stern School of Business, New York University, 2004, p. 9, trad. propia.

de un bien depende del número de otras personas que lo utilicen; por otro lado una externalidad negativa la explica como el costo impuesto a usuarios individuales por razón de una congestión en Internet o el atraso en el intercambio de información.²⁹⁷

Las externalidades de red encuentran un fuerte fundamento teórico en el teorema de Coase, que señala:

Para que la negociación produzca soluciones viables, los derechos de propiedad deben estar bien definidos, los costes de la negociación deben ser bajos y no puede haber incertidumbre ni información asimétrica (es decir, ningún participante en la transacción puede tener más información que otro).²⁹⁸

Evans y Schmalensee plantean la existencia de efectos directos e indirectos de red: los primeros se refieren a que un consumidor valora un bien porque otro lo ha comprado. Los segundos se refieren a que se valora más un producto porque su compra significa que la demanda de productos complementarios es mayor y el suministro de los productos complementarios será beneficioso.²⁹⁹

Para la economía, las externalidades o efectos de red son los rendimientos crecientes a escala en el consumo, y es una característica importante para el crecimiento y la rentabilidad de la nueva economía.

En los mercados bilaterales existentes en el comercio electrónico, los efectos de red dependen de cuántos usuarios actúen sobre el otro lado de la plataforma. Por lo tanto, los efectos de red no sólo se producen entre los miembros de un grupo de usuarios finales, sino también entre los diferentes grupos de usuarios finales.

Las teorías económicas de productos que muestran efectos de red típicamente asumen que todos los consumidores se benefician igualmente de los efectos de red.³⁰⁰ No obstante, como argumenta Arun Sundararajan, existe un número de productos tecnológicos que son consumidos en cantidades variables por diferentes clientes, y por los cuales la magnitud de los efectos de red puede depender de la cantidad total consumida entre los clientes, más que el simple número total de adoptantes; en resumen

²⁹⁷ Coiera, Enrico, "Information Economics and the Internet", *Journal of the American Medical Informatics Association*, 7 (3), mayo-junio de 2000, p. 216, trad. propia, en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC61423/>.

²⁹⁸ Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, Chicago, University of Chicago Law School, 1960, p. 1, trad. propia.

²⁹⁹ Evans, David S. y Schmalensee, Richard, *op. cit.*, p. 1.

³⁰⁰ Katz, Michael L. y Shapiro, Carl, *op. cit.*, p. 2.

—señala— el valor de cada consumidor conseguido de los efectos de red puede depender de su consumo individual.³⁰¹

Para Jean Charles Rochet y Jean Tirole, existen dos tipos de externalidades indirectas en los mercados bilaterales: I) las externalidades de uso que existen cuando dos agentes económicos necesitan actuar juntos para el uso de la plataforma para crear un valor; II) las externalidades de afiliación surgen cuando el valor recibido por los agentes de un lado incrementa con el número de los agentes —o alguna medida relacionada de su valor agregado— que participan del otro lado.³⁰²

Para los mercados bilaterales, la demanda de un grupo de agentes económicos también depende del número de cada uno de los otros grupos de agentes económicos del que la plataforma se sirve. En general, los lados son complementos de la demanda.

Nicholas Economides explica las características propias de las externalidades y cómo influyen en los mercados:³⁰³

- a) Mercados con fuertes efectos de red donde las empresas pueden elegir sus propios estándares técnicos, “el ganador se lleva la mayor parte”. En estos mercados, existen divisiones extremas y beneficios inequitativos (lo cual lleva a un monopolio).
- b) En los mercados con externalidades de red, es normal la desigualdad en las ganancias y las ventas, incluso representa el equilibrio natural de dichos mercados, y no representan por sí mismos actos anticompetitivos (no promoviendo la competencia).
- c) Ya que el “ganador se lleva la mayor parte”, es inútil y hasta contraproducente el intentar imponer una estructura de mercado diferente.
- d) En este tipo de mercados, una vez que algunas empresas están en operación, la suma de nuevos competidores, aun en condiciones de libre entrada, no cambia la estructura de mercado de manera significativa. En los mercados con fuertes efectos de red, las autoridades de defensa de la competencia no pueden afectar de manera significativa la estructura del mercado mediante la eliminación de barreras de entrada.
- e) El hecho de que el equilibrio natural en los mercados con efectos de red beneficie con la mejor parte al ganador, con muy insignificante

³⁰¹ Sundararajan, Arun, *Networks Effects, Nonlinear Pricing and Entry Deterrence*, New York, Center for Digital Economy Research, Stern School of Business, Working Paper núm. is-03-01, 2003, p. 1, trad. propia.

³⁰² Rochet, Jean-Charles y Tirole, Jean, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, Massachusetts Institute of Technology, 2002, p. 1, trad. propia.

³⁰³ Economides, Nicholas, “Competition Policy...”, *op. cit.*, pp 10-16.

inequidad, no implica que la competencia sea débil, ya que obtener la posición de ganador conlleva una ardua labor.

- f) En las industrias con externalidades de red, el monopolio puede maximizar el excedente social.
- g) Las barreras de entrada pueden ser mayores, pero las recompensas pueden ser más altas. La innovación se convierte en un punto estratégico en la competencia; esta es intensa en el comercio electrónico y delimitan en un momento las barreras de entrada.
- h) Los efectos de red intensifican la competencia, y un participante con un mejor producto puede desbancar al titular.

5. Un aspecto más que vale la pena agregar como factor que determina la competencia económica en el comercio electrónico es el papel de las alianzas estratégicas. A decir de la OCDE,³⁰⁴ las alianzas basadas en la Web siguen en el supuesto de que la mejor manera de manejar el riesgo es compartirlo mediante el aprovechamiento de las capacidades y recursos de muchos jugadores.

Si bien las alianzas estratégicas no son nada nuevo en el panorama de los negocios, las alianzas basadas en la Web persiguen estrategias de alianzas que son diferentes a las convencionales al menos en tres aspectos: implican un grupo más grande y más variado de empresas que se basan en las relaciones de negocios informales y los mecanismos de coordinación que la costumbre jurídica detalla, acuerdos que requieren de un liderazgo por una o dos empresas para definir los estándares para todos los miembros Web y crear incentivos que atraigan a más empresas a la misma.³⁰⁵ Una amplia base de recursos o diversificación del riesgo a menudo hacen que estos jugadores sigan estrategias más agresivas que los actores tradicionales. Las alianzas pueden dar lugar a colusiones, que se pueden convertir en lesivas para el proceso competitivo.

IV. ELEMENTOS DE LA TEORÍA ECONÓMICA QUE DETERMINAN EL PROCESO COMPETITIVO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

En la fundamentación de los agentes económicos señalados en el párrafo tercero del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexica-

³⁰⁴ Organization for Economic Co-operation and Development, “Vertical Restraints...”, *op. cit.*, p. 5.

³⁰⁵ McKinsey, “A Revolution in Interaction”, *The McKinsey quarterly*, núm. 1, 1997, pp. 8-10, trad. propia, en http://www.moderntimesworkplace.com/good_reading/GRKnowledgeWork/McKinsey.New.Economics.Interaction.pdf.

nos, se establece que deberán concurrir en favor del desarrollo económico del país, pero bajo la “condición” de que la concurrencia deberá ser de manera responsable.

En el caso del sector privado de la economía, tal puede llegar a ser su influencia en la vida económica, que su poder se puede extralimitar al dominio de los intereses públicos de los que el Estado tiene control. Esta es la consecuencia de los poderes fácticos; aunque sus características y consecuencias son de carácter político, la limitación de su poder por parte de las autoridades de competencia también puede restringir su aparición.

La responsabilidad también debe considerarse en el ámbito de su buena actuación como competidores en los mercados; es decir, la competencia es absolutamente importante. Cada jugador debe buscar el máximo beneficio posible según sus metas, logrando indirectamente beneficios económicos a la sociedad en general, a través de un mayor empleo, activación de la economía de un sector o región, la posibilidad política limitada de vigilar la administración del gobierno, la participación del desarrollo social, entre otros. Sin embargo, no deben permitirse las trampas u obstáculos que entorpezcan el camino de los otros competidores, pues la responsabilidad que implica a su vez la ética del jugador desaparece; entonces, el árbitro del juego (el gobierno) tiene la obligación de actuar en consecuencia y sancionar la conducta anticompetitiva del jugador, mediante el análisis de las causas de su actuación.

No se trata de vigilar el proceso de competencia por la competencia en sí misma, sino por los efectos colaterales que ocasiona. En la competencia económica no se trata de competir y ganar el primer premio. La competencia en los mercados es compleja, ya que las consecuencias de que un agente económico ejerza poder de mercado o realice alguna práctica que limite el proceso de competencia crea consecuencias no deseadas tanto para la industria como para los consumidores y, finalmente, para la sociedad en general.

El análisis que las autoridades realizan por denuncias de prácticas monopólicas o contrarias a la competencia podría dirigirse en dos sentidos:

1. En un sentido restringido, que se centra en el comportamiento de las empresas frente a sus rivales competidores de una industria específica, que tiene el objetivo de maximizar sus utilidades, haciendo uso de todos los recursos de mercados disponibles para lograrlo.
2. En un sentido amplio, en el que además de lo dicho anteriormente debe analizar el beneficio, o en su caso, el “daño” que se pueda

cau-sar a los consumidores, en busca de la maximización de las utilidades.³⁰⁶

La posibilidad de incurrir en una práctica ilegal que atente contra la competencia económica se crea en condiciones de mercado favorables para ello. El monopolio es la estructura de mercado que más puede atentar contra la competencia, sobre todo cuando una empresa ha alcanzado un poder de mercado suficiente para poder influir en el mercado y tomar ventaja sobre el resto de sus competidores, restringiendo ilegalmente la libre competencia, o, en su caso, porque las condiciones han casi eliminado la posibilidad de que existan nuevos competidores; es decir, se está vulnerando el principio de libre concurrencia.

1. *El poder de mercado y el mercado relevante*

Cuando las autoridades de defensa de la competencia realizan una investigación sobre una posible práctica dañina a la competencia, la teoría económica clásica y la práctica sobre el proceso de investigación legal de prácticas anticompetitivas señalan que se deben determinar dos aspectos fundamentales para poder establecer como ilegal o no dicha práctica: la determinación del mercado relevante y la existencia de poder sustancial en el mercado.

Tanto en el comercio físico como en el comercio electrónico el propósito de la definición del mercado relevante es fundamental para identificar el espacio económico en el cual una empresa o combinación de empresas pueden ejercer un poder de mercado.³⁰⁷ La determinación del grado de concentración en la industria determina si existe en realidad una conducta anticompetitiva o no.³⁰⁸

Benjamín Spencer considera al mercado relevante como “el mercado en el cual una entidad es presumida para poder controlar los precios o restringir la competencia”.³⁰⁹ Por ejemplo, si se acusa a una empresa X de ejercer un poder monopólico en el mercado de telefonía celular, no importa si la misma empresa fabrica una amplia variedad de aparatos de comunicación,

³⁰⁶ En términos económicos, los beneficios son aquellos que equivalen al ingreso total menos el costo total.

³⁰⁷ Newberg, Joshua A., “Antitrust for the Economic of Ideas the Logic of Technology Markets”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 14, núm. 1, 2000, p. 5, trad. propia.

³⁰⁸ Celani, Marcelo y Stanley, Leonardo E., *op. cit.*, p. 15.

³⁰⁹ Spencer, Benjamín, *op. cit.*, p. 2.

el mercado relevante que será objeto de estudio es el mercado relevante de telefonía celular, que es donde se acusa la práctica monopólica.

Tal es la importancia de determinar el mercado relevante, que las resoluciones en materia de competencia económica dependen de tener bien delimitado este factor, lo cual puede llegar a no ser una tarea sencilla. Las autoridades en materia de defensa de la competencia han declarado que la definición de mercado relevante es importante, porque sin una definición de qué es el mercado no existe una forma de medir la capacidad para reducir o destruir la competencia; esto, en razón de que el mercado relevante es un grupo de productos en conjunto con su área geográfica de venta y con consumidores potenciales que pueden tener un tiempo de compra específico; cuando estos elementos han sido determinados, entonces se puede evaluar cuáles son los participantes en ese mercado, y por ende cuál es el nivel de su participación para afectar el proceso competitivo.

Es importante destacar que el mercado relevante es un término propio de la competencia económica, que no debemos asemejar al término popular de mercado. En realidad, el concepto de mercado relevante tiene un punto propio de análisis más particular, que se enfoca a la delimitación del producto y el espacio geográfico en el que se hace el intercambio de las mercancías.

En México, la definición del mercado relevante no está explícitamente definida en la LFCE; sin embargo, existe jurisprudencia por reiteración, que define claramente lo que es el mercado relevante, con lo cual subsana la laguna de la legislación:

...es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad. En este orden de ideas, se advierte que este concepto, que tiene una triple delimitación: objetiva, geográfica y temporal, adquiere importancia si se considera que es en dicho mercado donde existe el riesgo de que los agentes económicos incurran en prácticas anticompetitivas que distorsionan la concurrencia y eficiencia económicas... De lo expuesto se concluye que las condiciones básicas a considerar para definir el “mercado relevante” son: 1. La posibilidad de sustituir un bien por otro, lo que requiere una prueba de sustituibilidad de bienes o servicios ante la oferta y demanda que pueda oscilar; 2. Los costos de distribución del bien y de sus

insumos; 3. La posibilidad de los consumidores para obtener el bien en otro mercado; y, 4. Las restricciones normativas que limitan el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativas.³¹⁰

La resolución del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito que se citó anteriormente define al mercado relevante desde la perspectiva del consumidor en tres sentidos: el producto, el territorio o espacio geográfico, y la temporalidad; en este orden de ideas, la definición del mercado de producto relevante se entiende en función de los productos sustitutos; es decir, productos similares que pueden ser adquiridos por el consumidor. En el comercio físico, podemos hablar de un producto específico, como computadoras. El consumidor tiene la posibilidad de adquirir por lo menos tres marcas distintas que producen computadoras de diversas capacidades, colores y calidades. Las tres ofrecen el mismo producto: las computadoras, que se convierten en productos sustitutos para los consumidores; es decir, si por alguna razón uno de los productores aumenta el precio en sus computadoras de forma exagerada e inesperada, los consumidores pueden elegir las computadoras de los otros dos competidores con un menor costo.

El mercado geográfico, a decir de Ernest Gellhorn *et al.*, es “aquella sección del país en donde una empresa puede aumentar su precio sin atraer a nuevos vendedores o sin perder a muchos clientes a favor de proveedores alternativos fuera de esa área”.³¹¹ Para ejemplificar, sigamos con las computadoras como producto de nuestro mercado relevante. Las empresas productoras de computadoras tienen una distribución de su producto en un área específica que comprende tres estados vecinos en la República mexicana: Veracruz, Puebla y Tabasco. Su mercado geográfico corresponde a estos tres estados, y el mercado relevante deberá analizarse en ese delimitado espacio territorial.

Con relación al tiempo, tiene un aspecto menos contundente con respecto a la venta y distribución de los productos en el mercado geográfico; sin embargo, éste puede sujetarse a diversos factores; por ejemplo, la estación o época del año, o la decisión de las empresas de aumentar o reducir sus precios, o incluso de vender o no sus productos según las condiciones que crea más favorables para incrementar sus ganancias, lo cual puede ser dañino para la competencia, pero sobre todo para los consumidores.

³¹⁰ Tesis I.4o.A./75, “Mercado relevante. Su concepto en materia de competencia económica”, *Semanario Judicial de la Federación. y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXVIII, octubre de 2008, p. 2225.

³¹¹ Gellhorn, Ernest *et al.*, *op. cit.*, p. 124.

La importancia de determinar el mercado relevante reside en cómo se comportan las empresas en dicho mercado, para determinar o no un poder monopolístico. Según Adriaan Ten Kate,

La idea subyacente al concepto de mercado relevante es juntar en un solo mercado productos que son sustitutos cercanos y excluir del mismo sustitutos más distantes y productos no relacionados. De esa manera, si una empresa (el monopolista hipotético) lograra el control sobre todo ese grupo de productos y así se eliminara la disciplina de precios,³¹² entre ellos, podría imponer un aumento de precios de forma rentable...³¹³

Es indispensable destacar que cuando se hace la sustitución de productos también se hace la sustitución de su proveedor; sin embargo, para el mercado relevante no importa el proveedor, sino el producto.

En términos teóricos, el mercado relevante, a decir de Fisher y Rubinfeld, tiene tres orígenes:³¹⁴ sustitución por los consumidores a otros productos (sustituibilidad de la demanda), sustitución por los productores a otros productos (sustituibilidad de la oferta) y la entrada de nueva capacidad productiva.

1. Sustituibilidad de la demanda. Dos productos son sustitutos entre sí cuando tienen la misma función para los consumidores; no obstante, la determinación de la sustituibilidad no depende de la función, sino del precio. Por otro lado, se determina que los productos pertenecen a un mercado relevante cuando el grado de sustituibilidad es cercano; es decir, que el cambio por parte de los consumidores de un producto que ha aumentado su precio por un producto sustituto de menor valor no muestra gran resistencia. También existen los sustitutos

³¹² La disciplina de precios se refiere a que “Cuando el oferente de uno de los productos aumente el precio del mismo, los consumidores pueden cambiar sus preferencias hacia otros productos del grupo. Como lo vimos en el ejemplo de las (*sic*) precio del primer producto y es precisamente esa disciplina de precios lo que pretende plasmar el concepto de mercado relevante. Solamente juntando el control de todos los productos en manos de un solo oferente, el monopolista hipotético, el aumento en el precio se vuelve rentable”. En términos simples, la disciplina de precios sólo puede ser rentable para un monopolista cuando tiene poder para manejar los precios de todos los productos del mercado relevante, incluidos los sustitutos cercanos, y excluyendo de la competencia los sustitutos lejanos.

³¹³ Ten Kate, Adriaan, “El concepto de mercado relevante y su falta de claridad en la legislación mexicana sobre la competencia”, México, Comisión Federal de Competencia Económica, 2010, p. 8, en http://www.competenciaeconomica.com.mx/articulos/mercado_relevante_adriaan_ten_kate.pdf.

³¹⁴ Fisher, Franklin M. y Rubinfeld, Daniel L., *op. cit.*, p. 12.

lejanos, que se presentan cuando los consumidores eligen el producto sustituto fácilmente aun cuando su precio sea menor.

2. Sustituibilidad de la oferta, que se subdivide a su vez en:

- a) Sustitución de productos. Un producto es sustituto de otro en la oferta cuando uno de los dos se produce en instalaciones y con equipo que se utilizan para la creación del producto sustituto, pero bajo la condición de que no implique mayores costos de producción. Al igual que en la sustituibilidad de la demanda, existen sustitutos cercanos y lejanos. Al respecto, explica Adriaan Ten Kate, que

La cercanía de la sustitución depende de los costos en que se tiene que incurrir y del tiempo necesario para reorientar la producción de un producto a otro. Cuando estos costos son elevados o cuando el tiempo que se requiere es considerable, la sustitución no es lo suficientemente cercana para clasificar los productos de que se trata en el mismo mercado relevante.³¹⁵

- b) Sustitución de productores. Este concepto va enfocado a la facilidad de entrada que los productores tienen en un mercado, cuya entrada no implique grandes costos ni un largo plazo. Se podría pensar que la sustitución del producto y del productor puede ir de la mano; no obstante, la sustitución del producto puede hacerse por el mismo productor. Sin embargo, este enfoque de sustitución no es importante para la determinación del mercado relevante, puesto que en realidad la entrada de nuevos productores no condiciona la entrada de nuevos productos.

2. *La determinación del mercado relevante por las autoridades persecutoras de prácticas monopólicas o anticompetitivas*

Para definir el mercado relevante en México, la LFCE, en su artículo 58, establece los siguientes criterios:

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

³¹⁵ Ten Kate, Adriaan, *op. cit.*, p. 10.

- II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;
- III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;
- IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos; y
- V. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

Los elementos anteriores requieren de un análisis riguroso por parte de la Cofece para determinar el mercado relevante sobre el que se esté acusando una práctica anticompetitiva o monopólica. Continuando con la definición de mercado relevante de la jurisprudencia mexicana citada anteriormente, explica al respecto, que:

...el concepto jurídico indeterminado “mercado relevante” implica una valoración económica compleja de carácter discrecional que, *prima facie*, sólo la Comisión Federal de Competencia (a partir de la reforma de 2013 Comisión Federal de Competencia Económica) puede construir a partir de la evidencia de que en principio dispone, por lo que opera una presunción de validez respecto a la conclusión obtenida, que exige a la parte investigada cuestionar, en su caso, la información y aplicación en lo sustancial y concreto de los hechos y criterios metodológicos o regulativos utilizados.³¹⁶

Para determinar el mercado relevante del caso específico, la Cofece necesita allegarse de todos los elementos disponibles de información relacionada, con los cuatro criterios señalados por el artículo de la LFCE antes señalado, que a su vez deberán ser objeto, según sea el caso, de un análisis económico riguroso que permita conocer las condiciones del mercado relevante que favorezcan o no la existencia de un poder monopólico.

La LFCE establece una institución para la resolución de denuncias por violación de sus disposiciones, que se le ha denominado como Autoridad Investigadora, a la que le he han dado las siguientes facultades: recibir las denuncias y emitir una resolución, que puede ser el desechamiento de la denuncia, la prevención al denunciante de cubrir la omisión de los requisitos faltantes en la denuncia, o en su caso el inicio de la investigación,

³¹⁶ Tesis I.4o.A. J/75, *cit.*

en los términos del artículo 69 de la ley en cita. Si la resolución es el inicio de la investigación, la autoridad investigadora hará el desahogo de la investigación en los términos de la sección II del capítulo II de la LFCE, por lo cual podrá hacer uso de las siguientes herramientas legales, en principio para determinar el mercado relevante, el poder sustancial y, en su caso, la posible práctica monopólica o anticompetitiva:

1. Requerimientos de información (artículo 73 de la LFCE).
2. Visitas de verificación (artículo 75 de la LFCE).
3. Programa de inmunidad (artículo 33 bis 3 de la LFCE).

3. *Determinación del mercado relevante en el comercio electrónico*

La tarea de las autoridades en materia de competencia económica enfrenta un gran reto, pues determinar el mercado relevante en el comercio electrónico es una tarea desafiante.

Sobre este tema, existe el antecedente desde 1995 en los Estados Unidos, como pionero de los mercados digitales, en los Lineamientos sobre Propiedad Intelectual (PI) (Intellectual Property Guidelines), donde se habla de tres formas de mercado, reconociendo mercados alternos:³¹⁷

1. Los mercados de bienes tradicionales.
2. Los mercados de innovación, que consisten en la investigación y desarrollo dirigido hacia nuevos mercados de bienes o servicios.
3. Los mercados de tecnología “consisten en la propiedad intelectual que es licenciada y sus sustitutos cercanos, esto es, las tecnologías o bienes que son sustitutos bastante cercanos significativamente para constreñir el ejercicio del poder de mercado con respecto a la propiedad intelectual que ha sido licenciada...”³¹⁸

No podemos dejar de considerar la creación intelectual como el alma del comercio electrónico, ya que la innovación es el promotor de la competencia en dichos mercados; por tanto, una vía para determinar el mercado relevante de producto se enfoca en las licencias de propiedad intelectual. Celani y Stanley refieren al respecto que la política de defensa de la competencia en el comercio electrónico debiera evaluar los incentivos que introducen las leyes de propiedad intelectual. El objetivo de dicha tarea se asocia

³¹⁷ Intellectual Property Guidelines, SS 3.2.

³¹⁸ *Idem.*

con encontrar un equilibrio óptimo, impidiendo el surgimiento y/o fortalecimiento de un esquema de protección excesiva, que en última instancia “frena” la innovación. Sin embargo, dada la particularidad que presenta el “mercado de la innovación” y la “carrera tecnológica”, la tarea implica un análisis diferenciado por industria.³¹⁹

Para la determinación del mercado relevante en el comercio electrónico es importante entender que en el mundo virtual los derechos de propiedad también existen como en el mundo físico. Horowitz explica que los derechos de propiedad virtual se basan en bienes virtuales, y hace la siguiente reflexión: “los derechos de propiedad virtual aplican a bienes rivales, mientras que los bienes de propiedad intelectual aplican a bienes no rivales”.³²⁰ Los derechos de propiedad virtual protegen los nombres de dominio; por ejemplo: nadie puede ser propietario del dominio *www.xcaret.com.mx*. Señala Horowitz que como los derechos de propiedad real, los derechos de propiedad virtual típicamente proveen los derechos de uso, para excluir de su uso y para enajenar bienes. Por su parte, los derechos de propiedad intelectual prohíben la copia o reproducción de ideas similares, expresiones, productos, etcétera.

Celany y Stanley han sugerido usar el test del “monopolista hipotético”³²¹ para determinar la existencia de poder monopólico en el comercio electrónico, que debe considerar los productos o servicios ofrecidos por la empresa investigada y evaluar si el monopolista hipotético obtendría ganancias al incrementar los precios de tales productos en forma permanente y significativa, por encima del 5% o 10%, y los competidores mantengan sus precios inalterados. En la medida en que la respuesta sea afirmativa, entonces los bienes forman parte del mercado relevante. Dicha definición se asocia con la necesidad de identificar correctamente a los bienes sustitutos y evaluar a qué precios se realiza esta comparación, aunque ésta únicamente será válida si los precios son competitivos. Otra vía radica en considerar el grado en el que la empresa investigada puede modificar los precios del mercado aumentándolos por encima del poder competitivo. En cualquier análisis de mercado relevante es importante conocer dónde la presencia de competidores es la consecuencia del ejercicio de poder de otros, dónde la presencia de ellos es un indicador de ausencia de tal poder.

³¹⁹ Celani, Marcelo y Stanley, Leonardo E., *op. cit.*, p. 23.

³²⁰ Horowitz, Steven J., “Competing Lockean Claims to Virtual Property”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 20, núm. 2, 2007, p. 2, trad. propia.

³²¹ También llamado test SSNISP, Pequeño pero significativo no transitorio incremento en los precios (*Small but significant non-transitory increase in prices*).

Para delimitar con precisión el mercado relevante en el comercio electrónico debemos analizar sus dos componentes fundamentales: el mercado relevante del producto y el mercado relevante geográfico; pero ¿cómo determinar el mercado relevante de producto en el comercio electrónico cuando se comercializan tanto productos físicos como productos digitales?, y, por otro lado, ¿cómo determinar el espacio geográfico, si la plataforma que sostiene el comercio electrónico, que es Internet, no tiene fronteras? En este apartado se intentará resolver estas interrogantes.

En el comercio electrónico el universo de bienes a comerciar es infinito. Como se ha discutido en el capítulo anterior, los productos que se comercializan son digitales y físicos,³²² y los tipos de empresas que existen en el comercio electrónico son *brick and clic* y *pure play*.³²³ Esta dualidad nos lleva a considerar dos estructuras distintas para la determinación del mercado relevante en casos de defensa de la competencia económica en el comercio electrónico, cuya primera tarea de las autoridades de defensa de la competencia económica será determinar el tipo de empresa y el mercado de producto relevante en cuestión. Determinemos el criterio anterior.

A. Mercado relevante de productos físicos ofrecidos en línea

Pensemos en la venta de un libro en una tienda virtual para ser enviado físicamente a casa y/o para ser descargado digitalmente. Los canales de distribución del producto son distintos, ¿son éstos sustitutos?, y ¿cada uno representa un mercado relevante distinto?

Tenemos entonces dos hipótesis: la primera es que existe un mercado relevante de producto de venta de libros: i) con entrega física en la misma tienda o entrega por paquetería y ii) con descarga *online*.

Ahora bien, considerando la existencia de los “dos espacios de mercado” (el espacio físico y el espacio virtual), debemos considerar la existencia de que en ambos los consumidores pueden encontrar productos sustitutos. Un primer planteamiento que las autoridades de defensa de la competencia deben tener en cuenta es la probable existencia de un conflicto de competencia que involucre un mercado de producto relevante con canal de distribución tanto en tiendas físicas como en tiendas virtuales. ¿Cómo determinar el mercado relevante? Primero se debe atender a la sustituibilidad; es decir, verdaderamente qué tanto pueden ser sustituibles los productos del

³²² Véase el tema “Los bienes comerciables en el comercio electrónico”, en el capítulo primero.

³²³ Véase el tema “Tipos de empresas en el comercio electrónico”, en el capítulo primero.

comercio físico y del comercio electrónico. Strader y Shaw desarrollaron un modelo de análisis para la comparación de la sustitución de productos distribuidos tanto en mercados físicos como los mercados digitales. El análisis evoca los siguientes aspectos:³²⁴

<i>Elementos de sustituibilidad</i>	<i>Descripción</i>
Costos de búsqueda	Internet ha reducido en mucho los costos de búsqueda de información para el consumidor, tanto para los productos de venta física y virtual como para aquellos sólo de venta física. Generalmente en los mercados físicos los costos de búsqueda de información son muy elevados.
Costos de riesgo	En el caso de los consumidores que compran en línea productos físicos, los riesgos son altos debido a que para recibir sus productos existe un intermediario que es el servicio de paquetería. En el viaje, el producto puede sufrir un deterioro o pérdida que deja expuesto al cliente. Por otro lado, la desconfianza del consumidor ante los ataques criminales por robo de datos personales es un tema delicado, que genera riesgos en las compras en línea.
Costos de distribución	Los costos de distribución que se generan en el comercio electrónico en su mayoría son más elevados que en el mercado físico, ya que cuando se trata de la adquisición de productos no digitales, el consumidor debe pagar una cantidad determinada por gastos de envío, lo cual incrementa el costo total del producto, aunque algunas empresas que han decidido incrementar su presencia en el comercio electrónico ofrecen la entrega de los productos con envío gratis.
Costos de impuestos	Los impuestos de los productos comprados en línea no existen en México, y de hecho hasta el momento existe el acuerdo ante la OMC de no gravar las actividades de comercio electrónico, pues esto podría generar un desánimo en los consumidores digitales y reducir el progreso de este mercado.
Costos de mercado	Los costos de acceso para los consumidores en el comercio electrónico es muy bajo, considerando usos alternos, como correo electrónico, redes sociales, salas de chat, etcétera. La entrada a Internet para el comercio electrónico puede ser incluso gratuita desde algunos espacios, pero en sí su costo es verdaderamente bajo comparado, por ejemplo, con los costos de transporte en los mercados físicos.

FUENTE: elaboración propia.

³²⁴ Strader, T. y Shaw, M. J., “Characteristic of Electronic Markets”, *Decision Support Systems*, vol. 21, 1997, pp. 185-198, trad. propia.

B. Mercado relevante de productos digitales ofrecidos en el comercio electrónico

Las características especiales de la competencia económica en el entorno de las empresas *pure-play* determina rasgos particulares sobre la determinación del mercado relevante de productos digitales. Para demostrar lo anterior, se hace un análisis confrontando los criterios del artículo 58 de la LFCE para determinar el mercado relevante en México:

- Cualquier usuario (consumidor) de bienes digitales tiene amplias posibilidades de sustituir el bien, ya que en la mayoría de los casos cada aplicación o *software* tiene un producto que le sustituye. El problema del comercio electrónico radica en las externalidades que se pudieran presentar, pues como ya se ha hablado, existen dificultades para que un usuario determine adquirir un bien sustituto al verse limitado en su uso por la creación de aplicaciones determinadas sólo para ser disfrutadas en una plataforma determinada, aunque en Internet siempre las posibilidades son infinitas.
- En los bienes digitales no existen costos de distribución ni de insumos; por tanto, no existen fletes, seguros o aranceles, y mucho menos restricciones arancelarias, y el tiempo de abastecimiento es inmediato; por tanto ¿cómo determinar el mercado relevante bajo dicha condición? Esto demuestra las mismas oportunidades para todos los competidores; el mercado relevante de productos digitales no tiene determinación por esta condición.
- En muchos de los bienes digitales existe un precio cero; por tanto, la decisión del consumidor de sustituir un bien por otro no radica en el precio, sino en la calidad e innovación que el servicio o producto le ofrece, ya sea por su diseño, facilidad de uso o importancia de adquisición, de tal manera que en el análisis de estos casos, las autoridades de defensa de la competencia deberían, en su caso, analizar e investigar las razones de adquisición de los usuarios para tal efecto.
- Algunos productos digitales, como algunos libros, música, o *software* especializado, sí tienen un costo determinado; por tanto, la condición del inciso tercero de la nueva LFCE es aplicable, y la investigación por parte de las autoridades se puede realizar a través del tráfico que un sitio Web tenga.
- En lo que se refiere al punto cuatro, vemos que el entorno digital carece ampliamente de regulación, de tal manera que la mayoría de los bienes digitales están exentos de esta condición.

V. PODER DE MERCADO

Una vez que ha sido definido el mercado relevante, la determinación del poder de mercado es el siguiente paso para determinar si una empresa acusada de actos ilegales contra la competencia económica es culpable o no. En la teoría económica clásica, el poder de mercado es un concepto que no puede existir en el modelo de mercado de competencia perfecta, pues la existencia de un gran número de oferentes cierra la posibilidad a la dominación de un solo agente. Ahora bien, en menor medida el oligopolio y la competencia monopolista presentan un cierto grado de poder de mercado. El monopolio es la estructura de mercado que propicia la existencia misma de dicho poder, debido a la alta influencia que tiene en el mercado de que se trate.

El poder de mercado altera las relaciones entre los costos de las empresas y el precio al cual venden su producto.

Una empresa competitiva toma el precio de su salida como se indica por el mercado y luego elige la cantidad que suministrará, a fin de que el precio sea igual al costo marginal.

McAfee explica que “hay muchas empresas que tienen poder de mercado o poder de monopolio, lo que significa que pueden aumentar su precio por encima del costo marginal y mantener las ventas durante un largo período de tiempo”.³²⁵

En términos económicos, el poder de mercado consiste en la capacidad para —obteniendo utilidades— subir los precios por encima del nivel competitivo durante un periodo de tiempo considerable.³²⁶

La palabra “poder” es usualmente utilizada de forma ligera, y a veces hasta irresponsable, adjudicando a cualquier cosa un sentido de superioridad y control sobre un hecho determinado. La Real Academia Española la ha definido principalmente como “Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo”.³²⁷ No obstante, la palabra “poder” no debe ni puede tratarse con ligereza.

El poder es un fenómeno de amplios e importantes alcances, que deben tratarse con seriedad. Romano Guardini, en su obra *El poder*, describe dos elementos que deben confluír para hablar verdaderamente de poder en el sentido estricto de la palabra: “por un lado «energías reales», que pueden

³²⁵ Preston McAfee, R., *Introduction to Economic...*, *op. cit.*, p. 238.

³²⁶ Landes, William M. y Posner, Richard, “Market Power in Antitrust Cases”, 1 94 *Harvard Law Review*, University of Chicago Law School, 937, 1980, p. 2, trad. propia.

³²⁷ Real Academia de la Lengua Española, consultado el 5 de septiembre de 2013, en <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=poder>.

cambiar la realidad de las cosas, determinar sus estados y sus recíprocas relaciones; por otro lado, una conciencia que esté dentro de tales energías, una voluntad que les dé unos fines, una facultad que ponga en movimiento las fuerzas en dirección a estos fines”.³²⁸

Ante la voluntad de cambiar a modo la realidad de cualquier circunstancia mediante el uso del poder, las causalidades no existen, y van dirigidas siempre por un interés de generar las condiciones para lograr dicho poder. Agrega Guardini: “El poder sólo se define cuando el hombre cobra conciencia de él, decide sobre él, lo transforma en una acción, todo lo cual significa que debe ser responsable de tal poder”.³²⁹ De tal forma que incluso el poder en sí mismo no es bueno ni malo, sino que adquiere uno u otro carácter de acuerdo con la dirección que le da la voluntad que lo crea, que se mueve en libertad, libertad que debe ir acompañada por la responsabilidad moral y el respeto a los otros; de lo contrario, “significa sencillamente la destrucción de lo humano”.³³⁰

Regresando a términos económicos, Rubinfeld y Fisher definen al poder de mercado como “la habilidad de un vendedor de un producto rentable para mantener los precios por encima de los niveles competitivos”.³³¹ Para las empresas consideradas con poder de mercado es rentable hacer uso de su poder para cobrar precios que van más allá del mercado y durante un determinado tiempo, con la finalidad de incrementar su poder monopólico.

Louis Kaplow lo define como “la habilidad de las empresas para, rentablemente, elevar el precio sobre el nivel competitivo, tomado para implicar el precio igual al costo marginal”.³³²

En el caso de los monopolios, “El poder de monopolio es el poder del control de precio o exclusión de la competencia”.³³³

Medios de inferir el poder de mercado

La participación en el mercado es la herramienta principal para diagnosticar el nivel de poder de mercado que tienen las empresas en un mercado relevante.

³²⁸ Guardini, Romani, *El poder. Un intento de orientación*, trad. de Andrés-Pedro Sánchez Pascual, Madrid, Ediciones Cristiandad, 1957, p. 14.

³²⁹ *Idem.*

³³⁰ *Idem.*

³³¹ Fisher, Franklin M. y Rubinfeld, Daniel L., *op. cit.*, p. 11.

³³² Kaplow, Louis, *Market Definition and The Merger Guidelines*, Cambridge, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business-Harvard Law School, 2011, p. 4, trad. propia.

³³³ 384 U.S. 563, 1966.

Es importante destacar que la participación en el mercado generalmente va acompañada del diagnóstico de las barreras de entrada, elasticidades de la oferta y la demanda, el número de competidores y las tendencias del mercado.³³⁴

De acuerdo con Louis Kaplow y Carl Shapiro, las autoridades sobre defensa de la competencia económica han basado sus acusaciones de prácticas anticompetitivas, sobre todo monopólicas, en la definición de poder de mercado; sin embargo, argumentan, ahora existen cada vez más alternativas ofrecidas por evidencias económicas creíbles; estas son:

1. Margen precio-costo. Esta inferencia se lleva a cabo observando la medida en la cual el precio es superior al costo marginal, lo cual indica el poder técnico de mercado. Se cree que este enfoque es factible cuando se miden con precisión los precios y algunas versiones del costo marginal, por lo general incrementando el costo promedio.

En términos económicos, el poder de mercado puede ser indicado mediante el análisis del grado que el precio sobrepasa el costo marginal. Este enfoque es factible en el caso de que se pueda medir con precisión el precio y alguna versión del costo marginal, usualmente costo incremental promedio. Explican que el precio es fácil de determinar, con algunas excepciones, como el caso de que los precios son diferentes de acuerdo con el consumidor; por su parte, el costo marginal es más difícil de medir, debido a las dificultades para identificar cuáles costos son variables y la presencia de costos que pueden ser difíciles de asignar apropiadamente.

2. Comparación de precios. Opción para evaluar la magnitud de los márgenes precio-costo, al menos para proporcionar una estimación límite inferior en la comparación de los precios del mercado.
3. La extensión del poder de mercado será una función de elasticidad de la demanda. La participación de una empresa en el mercado y sus rivales responden a la oferta.
4. Se pueden hacer inferencias a partir del comportamiento de las empresas, sobre todo cuando las acciones observadas son irracionales.

A decir de Gellhorn *et al.*, los economistas han desarrollado tres técnicas econométricas para determinar el poder de mercado:

Estimar la demanda residual: para evaluar qué tanto puede subir precios una empresa mediante la reducción de su producción después de tomar en cuen-

³³⁴ Reazin v. Blue Cross & Blue Shield 10 th Cir, 1990.

ta las respuestas de demanda de los compradores y las respuestas de oferta por parte de los competidores. Calcular las elasticidades de la demanda en la industria para evaluar si las empresas pueden explorar la incapacidad de precios por arriba de costo. Observar la conducta de determinación de precios para determinar si los patrones en esta conducta sugieren un equilibrio general de precios supra-competitivos interrumpido por guerras de precios ocasionales, los cuales son seguidos por el retorno a los niveles prevalecientes de precios altos.³³⁵

En nuestro país, la LFCE señala en su artículo 59 las condiciones para considerar que un agente económico posee poder de mercado; estos criterios son:

I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

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

III. La existencia y poder de sus competidores;

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

V. El comportamiento reciente del o los agentes económicos que participen en dicho mercado, y

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

Carl Shapiro y Louis Kaplow han propuesto una medida estándar, en el ámbito jurídico norteamericano, que pueden utilizar los jueces para medir el poder de mercado: “está basado en la diferencia entre el precio que la empresa cobra y el costo marginal de la empresa. Una empresa fija el precio para su producto para maximizar los beneficios”. Además han agrupado el poder de mercado en tres categorías:³³⁶

1. Ya que el poder de mercado se define técnicamente por el grado del margen precio-costo, se puede tratar de identificar la evidencia que lleva directamente en el tamaño de este margen, o por las ganancias de medición (que refleja el margen entre el precio y el costo promedio).

³³⁵ Gellhorn, Ernest *et al.*, *op. cit.*, p. 115.

³³⁶ Kaplow, Louis y Shapiro, Carl, “Antitrust”, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, Discussion Paper, núm. 575, 2007, p. 9, trad. propia.

2. Varios modelos, como el modelo de fijación de precios de una sola empresa, indican que la medida del poder de mercado dependerá de la elasticidad de la demanda, la cuota de mercado de una empresa, y la respuesta de los rivales de la oferta. Por consiguiente, se puede analizar la información indicativa de la magnitud de estos factores.
3. Se pueden hacer inferencias de poder de mercado en el comportamiento de las empresas, sobre todo cuando las acciones observadas son irracionales, a menos que el poder de mercado haya sido otorgado por mecanismos legales, como la protección a la propiedad intelectual.

VI. PODER DE MERCADO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

En las políticas en materia de defensa de la competencia económica en los mercados digitales, en los que el objetivo no es competir, sino apoderarse del mercado (teniendo a la innovación como aliada), la clave radica en la evaluación que se hace respecto de los derechos de propiedad intelectual que son utilizados de forma dolosa, para conseguir una posición dominante en el mercado. A decir de Celani y Stanley, “dichos derechos no sólo permiten a la empresa poseedora, asegurar la recompensa por las innovaciones generadas, sino que también (fundamentalmente) pueden llegar a determinar las condiciones de la competencia futura en el mercado”.³³⁷ Esta afirmación nos lleva a la idea de una confrontación entre los derechos de la competencia económica y los derechos de propiedad intelectual, de lo cual se discute en líneas posteriores. Por el momento nos limitamos al análisis de la inferencia de poder de mercado en el comercio electrónico.

El análisis del poder de mercado en el comercio electrónico debe tomar en cuenta los siguientes aspectos:

a) Para determinar el poder de mercado no se puede dejar de hacer la distinción en las actividades de los mercados tradicionales y las de los mercados digitales. Para los primeros, el interés por competir es primordial. Tener éxito por encima de los demás competidores conlleva una competencia en el mercado. Para las empresas que llevan a cabo el comercio electrónico, la competencia en el mercado no es el fin, sino el poder del mercado mismo, lo cual conlleva la meta de eliminar a los rivales.

En términos económicos, se explica que en el comercio tradicional el poder de mercado se mide a través de incitadores de rentabilidad económica

³³⁷ Celani, Marcelo y Stanley, Leonardo E., *op. cit.*, p. 28.

sobre los activos invertidos. No obstante, en el caso del comercio electrónico, la innovación, al ser un fenómeno dinámico, es indispensable para el análisis de la apropiación de renta en el futuro, dado que los activos dedicados a la explotación pueden sobrevenir obsoletos ante la evolución tecnológica.

b) Análisis de conductas en industrias con alta innovación. En el comercio electrónico, las actividades anticompetitivas de las empresas pueden no sólo provenir de la decisión unilateral de la empresa. De acuerdo con la Oficina del Comercio Justo de los Estados Unidos (Office of Fair Trading),³³⁸ existen dos alternativas a considerar: las acciones individuales de las empresas y las acciones colectivas.

En las acciones anticompetitivas individuales, las empresas tienden a monopolizar el mercado, incluyendo, entre otras prácticas a la depredación, la venta atada en sus distintas formas, atadura y agrupación, como también los problemas asociados con el licenciamiento de productos.

En las acciones anticompetitivas colectivas, las empresas involucran los efectos anticompetitivos, que pueden surgir a partir de alcanzarse una mayor coordinación entre los distintos participantes. Dicha situación es característica de firmas que operan en la nueva economía, donde a menudo dos o más firmas interactúan estratégicamente para fijar estándares. Dado que en la práctica este tipo de industrias presentan fuertes problemas de compatibilidad, la complementariedad estratégica deviene un factor crucial.³³⁹

Steven Salop y Craig R. Romaine concluyeron que el poder monopólico tiende a existir en los mercados digitales debido a la tendencia hacia altas cuotas de mercado y las altas barreras de entrada que los efectos de red pueden crear;³⁴⁰ sin embargo, las barreras se presentan en determinados mercados de la red, principalmente en el mercado de los sistemas operativos o redes sociales.

Dado Spencer propone un método para determinar si las empresas en el comercio electrónico poseen poder de mercado:³⁴¹

1. Dominación del mercado. La naturaleza del conocimiento, así como la comodidad natural, tiende hacia la monopolización o al menos

³³⁸ Office of Fair Trading, "Innovation and Competition Policy", Conceptual Issues (Part I), 2002, p. 22, trad. propia, en http://www.ofi.gov.uk/shared_ofi/reports/comp_policy/ofit-377part1.pdf.

³³⁹ Shy, O., "The Economics of Network Industries", Cambridge, University Press, 2001, p. 2, trad. propia, en <http://assets.cambridge.org/97805218/00952/sample/9780521800952ws.pdf>.

³⁴⁰ Salop, Steven C. y Romaine, Craig R., "Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standars y Microsoft", *7 Geo, Mason L. Rev.*, 617, 618, 1999, p. 2, trad. propia.

³⁴¹ Spencer, Benjamin, *op. cit.*, p. 3.

se requiere así para su rentabilidad. El costo marginal insignificante asociado con la producción y distribución de los productos TIC son fundamentales para entender la dominación de mercado en la nueva economía. Esto debido, señala Spencer, a que los costos marginales insignificantes de los precios de los bienes de la información son manejados a cero.

2. Los efectos de red permiten la adopción en masa de un producto estandarizado y facilita a una sola empresa la dominación del mercado.
3. Las barreras a la entrada favorecen la dominación en los mercados digitales, ya que el costo marginal es insignificante. Una vez que la empresa gana la batalla inicial por la dominación, y que los costos de producción de la empresa permiten ventajas, se disuade todo el potencial de la competencia en un mercado determinado. Esta ventaja en el precio desanima a los nuevos entrantes para invertir con el fin de desarrollar un producto competidor. Henry H. Perritt Jr. explica que la disminución de los precios de los componentes básicos de la informática de red, con un incremento en la velocidad de la transferencia de datos y la amplia escala de aceptación universal, permiten la reducción de barreras económicas para las entradas de vendedores y compradores.³⁴²
4. La protección a la propiedad intelectual también sirve para disuadir la competencia. Cuando una empresa protegida con propiedad intelectual llega a dominar un mercado, los competidores deben invertir tiempo y recursos en el desarrollo de tecnología que compita con los bienes y servicios que la empresa dominante actualmente provee.
5. El impacto de la innovación. Como se ha señalado en múltiples ocasiones, la innovación es la fuerza competitiva más dominante en la nueva economía.³⁴³ La tecnología evoluciona de manera muy rápida; la vida de las invenciones es típicamente corta, al ser rápidamente desplazada por un invento mejor, o al menos más práctico y útil. Cuando una nueva tecnología emerge, debe apoyarse en el descuento de sus bienes, un resultado que es bueno para los consumidores.
6. Poder monopólico en el contexto del comercio electrónico. Para determinar dicho poder es necesario el análisis de la cuota de mercado longitudinal. Los rápidos cambios en la nueva economía significan que las empresas dominantes hoy pueden ser superadas por nueva

³⁴² Perritt, Henry H. Jr., “Economic and Others Barriers to Electronic Commerce”, *U. Pa. J. International Economic Law*, vol. 21:3, 2000, p. 2, trad. propia.

³⁴³ Evans, David S. y Schmalensee, Richard, *op. cit.*, p. 36.

tecnología mañana. Entonces, como mínimo, un análisis de la cuota de mercado debe evaluar el mercado en cuestión y la posición de la empresa sobre un periodo extendido de tiempo para observar el progreso del cambio tecnológico.³⁴⁴

³⁴⁴ McGown, John J. y Greenwood, Joen E., *Greenwood, Folded, Spindled, y Mutilated: Economic Analysis y U.S. v IBM*, 1983, pp. 35 y 36, trad. propia.