

CAPÍTULO CUATRO

SISTEMA JURÍDICO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO

I. INTRODUCCIÓN

El correcto funcionamiento del comercio electrónico va de la mano de una efectiva protección jurídica; además, garantiza a los agentes económicos digitales un efectivo acceso a la justicia. Aun cuando existen diversas corrientes de pensamiento que han aportado su visión sobre cómo debe actuar el aparato gubernamental en temas comerciales, sin duda alguna el peso se inclina a la intervención regulada para resguardar el funcionamiento de los mercados y proteger a los agentes económicos; en el comercio electrónico el debate no podía ser ajeno. Así, en este capítulo se expone la conveniencia de la intervención del Estado en el control de las actividades comerciales en línea, y, por supuesto, en el tema de la competencia económica. Asimismo, este capítulo abre paso a la exposición de los dos capítulos posteriores, sentando las bases de regulación existentes en México para el proceso de competencia económica y aplicación en el entorno digital.

II. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS MERCADOS COMERCIALES

La tutela de la ley es rigurosamente indispensable sobre los diversos actos de la convivencia humana para crear condiciones de paz y orden social. Su objetivo va dirigido a proteger y salvaguardar los derechos individuales y colectivos, generando un entorno de confianza y seguridad para beneficio de la sociedad y el desarrollo de la nación.

Para lograr dichas finalidades, la ley tiene como herramienta el principio de certeza jurídica, que es uno de los elementos indispensables en todo sistema jurídico, por el cual la esfera jurídica de un individuo es protegida.

Para la ciencia económica, la certeza jurídica, señalan Joseph Atangan Tangea *et al.*, conlleva el principio de confianza legítima, que “no sólo inclu-

ye las necesidades potenciales de las medidas transitorias para el cambio legal, sino también, sobre todo, la protección razonable de la confianza legítima derivada del derecho positivo previamente promulgado o judicialmente creado”.³⁴⁵ Bajo esta tesis, se comprende que la confianza del gobernado deriva de la certeza de la ley.

Los instrumentos legales son la herramienta que el gobierno utiliza, en el marco del contrato social, para ejercer la potestad conferida por el pueblo. En México, los fenómenos de naturaleza económica están provistos de un marco normativo para su organización y protección, y la defensa de la competencia económica no es la excepción; el derecho la ha considerado como un elemento indispensable para el funcionamiento de los mercados, donde el Estado ejerce sus facultades persecutoras y coactivas para mantener un equilibrio y un orden en protección de los agentes económicos involucrados.

La economía ha entendido desde el siglo XVIII esta importante relación ley-fenómenos económicos; la economía clásica en el pensamiento de Jeremy Bentham, por ejemplo, considera que la legislación puede convertirse en una herramienta eficaz de la política económica.

En el caso de los mercados, el imperio de la ley y, por ende, del Estado, no obstante, tiene límites definidos. Uno de los primeros aspectos que debemos considerar es que el mercado tiende a regularse por sí mismo (libre mercado); sin embargo, el sistema económico mixto que prevalece en nuestro país permite la intervención limitada del aparato estatal en el sistema de mercado. La economía mixta considera que la actual política de defensa de la competencia va encaminada “a la protección de la libertad individual económica como un valor en sí mismo o, viceversa, en la restricción del poder económico”.³⁴⁶

Las restricciones al poder económico por parte de los organismos del Estado no pueden y no deben aplicarse por capricho o simple imposición del poder; para ello existe una justificación, que radica en lo que se conoce como *fallas del mercado*, a las que George Stigler ha definido como “aquellas situaciones en las cuales el mercado, actuando libremente, no llega a un resultado de eficiencia económica óptima por lo que se requiere la intervención del Estado para corregir esta distorsión”.³⁴⁷ Esta definición económica

³⁴⁵ Tangea, Joseph *et al.*, “The Principle of Legal Certainty as a Principle of Economic Efficiency”, London, University of Westminster School of Law Research, Paper núm. 13-13, 2013, p. 4, trad. propia.

³⁴⁶ Resico, Marcelo F., *op. cit.*, p. 245.

³⁴⁷ Stigler, George J., *The Citizen and the State: Essays on Regulation*, Chicago, University of Chicago Press, 1975, p. 52.

se basa en la eficiencia de los mercados, que si no se cumple y por el contrario daña el proceso de desarrollo de los mismos, el Estado debe intervenir para evitar males mayores.

La teoría económica reconoce cinco fallas del mercado, estas son: 1) la inestabilidad de los ciclos económicos; 2) la existencia de bienes públicos; 3) las externalidades (negativas); 4) las prácticas anticompetitivas (monopolio, oligopolio, competencia imperfecta), y 5) la distribución desigual de la renta.³⁴⁸

La falla número cuatro pone en riesgo la estabilidad de los mercados, ya que frena la productividad y el crecimiento, limita el beneficio para los consumidores y crea una cadena de eventos negativos (efecto dominó) que finalmente se traducen en un retraso para la economía en general. Para evitar tales consecuencias, el Estado ha creado el sistema jurídico de *defensa de la competencia económica*; es por ello la justificación de su intervención.

René Villarreal considera que los mercados eficientes son aquellos en los que los costos de transacción y transformación son muy bajos y presentan un conjunto de características básicas:³⁴⁹

- a) La existencia de un Estado de derecho.
- b) Clara especificación de los derechos de propiedad, los cuales ofrecen incentivos para el crecimiento productivo.
- c) Bajo costo de la obligación de cumplimiento de los contratos.
- d) La existencia de capital social: la confianza en las instituciones y organizaciones.

Ahora bien, siendo un poco más analíticos al respecto, para algunos pensadores, la existencia de las fallas no es justificación para que el Estado intervenga en las cuestiones del mercado, pues, por el contrario, de lo que se discute, en realidad puede reducir la eficiencia en el funcionamiento de los mismos.

Ante dicha contradicción de posturas, nos encontramos ante dos opiniones distintas sobre la “intromisión” del Estado en los asuntos de la actividad de los mercados, que a decir de Robert Hahn se conocen como los no intervencionistas y los intervencionistas.³⁵⁰

³⁴⁸ Mochón, Francisco, *Principios de economía*, Madrid, McGraw-Hill, 2004, p. 144.

³⁴⁹ Villarreal, René, “Economía y Constitución”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (comps.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 118.

³⁵⁰ Hahn, Robert W., “A primer on Competition Policy and the New Economy”, United Kingdom, Joint Center AEI-Brookings Joint Center for Regulations Studies, Working Paper 01-03, 2001, p. 38, trad. propia.

1. *Los no intervencionistas*

Sobre los partidarios de la no intervención del Estado en los mercados, Pascual García Alba Iduñate señala que

...imponen un exceso de trámites que aumentan los costos de producción y el desperdicio de recursos, lo cual resulta más absurdo cuanto mayores son las carencias sociales, —además— mediante una intervención muchas veces poco transparente, el gobierno aumenta la incertidumbre de los agentes económicos, con lo que disminuyen los incentivos para la iniciativa y el trabajo, la producción y la creación de empleos.³⁵¹

A decir de Aaron Edlin y Joseph Farrell,³⁵² el hecho de proteger el proceso de competencia no siempre beneficia a ésta y menos aún a los consumidores; explican que la legislación antimonopolios puede frenar el deseo de competencia de los agentes económicos del mercado, y la legislación se convierte en una protección para competidores frustrados; además, los consumidores no siempre están protegidos de precios altos por la ley, sino en realidad de aquellos precios que otros competidores *estarían felices de vencer*.³⁵³

Sobre los monopolios en el comercio electrónico, se ha hecho la pregunta de si deben ser atacados por las instancias de defensa de la competencia. Para algunos expertos en el tema, los monopolios son temporales, y los monopolistas están siempre amenazados por potenciales competidores, tendentes a actuar más competitivamente que los monopolistas tradicionales;³⁵⁴ por lo anterior, los partidarios de esta corriente señalan que el mismo juego de la competencia en la red es suficiente para su regulación, y que la actuación de organismos gubernamentales en la materia es innecesaria y hasta intemporal.

Las funciones del Estado como ordenador de los mercados se ha debilitado, y en la actualidad son las empresas quienes deciden qué, cómo y para quién producir.

Esta postura es el reflejo de dos de los problemas más reclamados hacia el Estado, con respecto a su función reguladora en la esfera privada de los mercados: el primer planteamiento es la excesiva burocratización,³⁵⁵ que

³⁵¹ García Alba Iduñate, Pascual, capítulo III: “Regulación y competencia”, en *Competencia económica en México*, México, Comisión Federal de Competencia Económica, 2004, p. 2.

³⁵² Edlin, Aaron y Farrell, Joseph, *op. cit.*, p. 11.

³⁵³ Aquí se señala una justificación del porqué un monopolio puro no viola la ley simplemente mediante el cobro de precios altos.

³⁵⁴ Foer, Albert A., *op. cit.*, p. 16.

³⁵⁵ Podemos entender la excesiva burocratización como la exageración ineficaz de las características de la burocracia, mismas que fueron estudiadas por Max Weber, las cuales

reduce los incentivos para la entrada de nuevos competidores, siendo al mismo tiempo una barrera a la entrada al mercado. Por otro lado, se percibe el fenómeno de la corrupción,³⁵⁶ que perjudica a los agentes económicos que interactúan en los mercados creando un marco de incertidumbre sobre la verdadera protección a la efectiva aplicación de la ley sin distinción, debido a circunstancias como el clientelismo.³⁵⁷

En resumen, los no intervencionistas consideran que la aplicación de las políticas de gobierno en los asuntos económicos, como el mercado, limita su desarrollo y crea debilidades, que son favorecidas por las prácticas indebidas que las autoridades llevan a cabo en abuso de su poder o en la falta de visión de equidad y justicia; si bien este es un buen argumento a favor, el Estado tiene un origen bien estructurado, y su existencia tiene justificaciones lógicas basadas en el comportamiento social, que tiende a regular y ordenar desde una perspectiva, al menos por mandato constitucional, de bienestar general.

2. *Los intervencionistas*

La otra postura es el intervencionismo, que define al mercado como “una institución con un marco jurídico de leyes, reglas, normas, etcétera,

son: 1) la existencia de una división de trabajo especializada y por funciones; 2) la existencia de una jerarquía funcional, es decir, un sistema organizado de mando y subordinación, denominado escalafón; 3) la existencia de reglas, leyes y disposiciones que describen los derechos y derechos de los funcionarios y los subordinados; 4) el supuesto del establecimiento de relaciones impersonales entre aquellos que laboran en el aparato administrativo, 5) la selección, nombramiento y promoción de las personas basadas en el mérito técnico. Weber, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica de España, 1992.

³⁵⁶ México es rehén de la corrupción. Sus secuestradores no se ubican sólo en el gobierno, sino también están en la iniciativa privada, en los sindicatos y hasta en los medios de comunicación. El problema no es de ahora; desde nuestros conquistadores... con el tiempo, esta corrupción fundacional se ha generalizado dramáticamente... La corrupción implica una inmensa maraña de factores culturales, históricos, políticos, burocráticos y económicos; y para colmo, la maraña cuenta, en el pasmo colectivo, con un sólido soporte: las dificultades para encontrarle la punta a la hebra, para saber por dónde empezar la lucha y cómo realmente combatir esta hidra maligna. La realidad omnipresente y porosa del fenómeno impide a algunos confrontarlo; otros más, responden con desaliento ante una situación que parece irremisible. Pérez Correa, Fernando, *La corrupción, amenaza para la viabilidad nacional*, González Llaca, Edmundo, *La corrupción. Patología colectiva*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, p. 15.

³⁵⁷ Fenómeno poco estudiado, pero que en la práctica ha causado importantes daños, que podemos definir como “una práctica estructurada en la que confluyen factores subjetivos que van más allá del simple y estereotipado truco de favores por votos”, Hernández Muñoz, Edgar, “El clientelismo en México: los usos políticos de la pobreza”, *Espacios Públicos*, 9 (17), 2006, p. 4.

tanto formales como informales (costumbre, culturas, etcétera) que determinan el carácter de las reglas del juego (instituciones) y de los jugadores (organizaciones)”.³⁵⁸

Para los intervencionistas, como Pascual García, Alba Iduñate, la no intervención estatal en los mercados no resulta en ningún momento factible, ya que

Sin una actividad gubernamental bien acotada y dirigida sobre condiciones mínimas de equidad, transparencia y certidumbre, de respeto de contratos, de solución de controversias entre agentes privados, de instituciones básicas bien diseñadas con un funcionamiento adecuado garantizado directa o indirectamente por la sociedad, a través de su gobierno, lo que impera no es la libertad, sino el desorden que, lejos de liberar, impone servidumbres inaceptables. Aparecerá el caos, no el progreso.³⁵⁹

Muñoz Fraga explica que “el Estado se ha situado como el centro de la conducción económica y el instrumento que utiliza para alcanzar sus fines, es la producción de normas jurídicas que garanticen la continuidad y permanencia de sus decisiones, a los cuales los agentes económicos deben sujetarse”.³⁶⁰

Señala Nicholas Economides que la regulación de las actividades económicas —o la intervención gubernamental— en los mercados se establece por tres casos excepcionales:³⁶¹

1. En los mercados, cuando está claro que la competencia no puede ser alcanzada por las fuerzas del mercado.
2. Donde la desviación de la eficiencia es estimada como socialmente indeseable.
3. Donde los beneficios sociales y privados son claramente diferentes.

Los mercados por sí mismos no pueden hacer frente a las necesidades de desarrollo y riqueza social, pues desde su aspecto puramente económico se encuentra limitado. Para Villarreal, estas limitaciones son:³⁶²

³⁵⁸ Villarreal, René, *op. cit.*, p. 117.

³⁵⁹ García Alba Iduñate, Pascual, *op. cit.*, p. 2.

³⁶⁰ Muñoz Fraga, Rafael, *Derecho económico*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2011, p. 80.

³⁶¹ Economides, Nicholas, “Public Policy in Network Industries”, New York University Center for Law and Economics, Law & Economics Research Paper Series, Working Paper, núm. 06-49, 2006, p. 3, trad. propia.

³⁶² Villarreal, René, *op. cit.*, p. 127.

- El mercado carece de visión y proyecto de país y de una concepción integral del desarrollo.
- El mercado carece de una visión estratégica de mediano y largo plazo sobre la economía, la sociedad y el mundo de la globalización e integración.
- El mercado carece de un enfoque social.
- El mercado desconoce bienes públicos y los obstáculos estructurales del desarrollo.

Es por ello indispensable, desde una perspectiva institucionalista, proveer un sistema jurídico que ordene y haga uso eficiente de los mercados, explotando su máximo potencial en beneficio de la sociedad en general, y no sólo de los agentes económicos que intervienen en el juego del mercado.

Rafael Muñoz Fraga hace una importante declaración respecto a los factores que influyen en el cambio de dirección que el Estado debe o puede tener; con relación a su intervención en los diversos aspectos de la economía, señala:

El desarrollo científico y tecnológico es el elemento que se debe considerar para comprender la evolución de la formas de intervención estatal, ya sea que se modifiquen las formas de producir, de intercambiar e, incluso, de consumir bienes y servicios. Aparecen las empresas globales con nuevas formas de producción y de gestión que obligan a los Estados a responder a esta nueva situación...³⁶³

Argumento que justifica la intervención del gobierno en el comercio electrónico.

Para que se alcance el objetivo de eficiencia para el mercado y la protección de todos los jugadores en el proceso de competencia, la intervención en los mercados es necesaria (cuidando la existencia de abusos de poder). Además, hablando específicamente de los mercados que incursionan en el comercio electrónico, es importante tomar en cuenta las constantes fallas de mercado que sufren, lo cual los hace más propensos a ser ineficientes, y justifica que el Estado intervenga en su regulación y organización y haga valer su potestad jurisdiccional para mantener el orden en los casos de prácticas que restrinjan la competencia en los mercados, cuidando los límites que exige el correcto funcionamiento del comercio en línea.

³⁶³ Muñoz Fraga, Rafael, *op. cit.* p. 59.

A. *La necesidad de la defensa de la competencia económica por el aparato estatal*

Los fines del derecho de la competencia económica se definen en la aplicación de los principios económicos que fundamentan el éxito del mercado. Uno de esos principios es la maximización de la eficiencia en los mercados, tal como lo señala Nicholas Economides: “la maximización de la eficiencia (asignativa, productiva, y dinámica), es el resultado deseado de la competencia de las leyes de defensa de la competencia”.³⁶⁴

El mismo pronunciamiento lo ha externado Francisco González de Cossío, quien cita el pensamiento de la Escuela de Chicago, con el que explica que “el objetivo exclusivo de la competencia económica es la «eficiencia económica» entendiendo por la misma la eficiencia productiva y la eficiencia asignativa”.³⁶⁵ La primera se entiende como aquella en la que se producen los bienes a ofertar con el menor costo posible, y la segunda es la eficiencia, conocida como *eficiencia de Pareto*; es aquella en la que un recurso será asignado en forma eficiente en condiciones en las que no puede beneficiarse a un competidor sin afectar a otro.

Las políticas implementadas por el Estado en materia de competencia económica deben estar regidas por una serie de principios que en primera instancia la ley debe considerar; la ejecución de la ley y la verdadera protección de los derechos de competencia en los mercados requieren de un marco jurídico-institucional garante y fuerte para la seguridad de los agentes económicos.

Jorge Witker y Angélica Varela señalan que “el derecho de la competencia económica está compuesta por una serie de normas que hacen de los mercados su centro de regulación, y de todos los agentes económicos, los sujetos a regular, sin discriminar entre sujetos públicos o privados”.³⁶⁶ La participación del Estado corresponde a la de un regulador y agente de solución de ciertos conflictos; aquellos que el mercado no pueda corregir por sí mismo; además, la defensa de la competencia económica también tiene el objetivo de proteger indirectamente a los consumidores, quienes son el sector más vulnerable en los mercados, que pueden estar a expensas de acuerdos “oscuros” de las

³⁶⁴ Economides, Nicholas, “Competition Policy...”, *op. cit.*, p. 5.

³⁶⁵ González de Cossío, Francisco, *Nueva política de competencia: alumbramiento, pubertad y madurez de una idea*, México, Publicaciones Competencia Económica-González de Cossío Abogados, S. C., p. 17, consultado el 5 de julio de 2014, en <http://www.gdca.com.mx/PDF/competencia/COMPETENCIA%20ECONOMICA%20ALUMBRAMIENTO%20PUBERTAD%20MADUREZ.pdf>.

³⁶⁶ Witker, Jorge y Varela, Angélica, *op. cit.*, p. 8.

empresas para alcanzar un beneficio propio, el cual puede dañar seriamente a los consumidores.

Los tribunales y autoridades prodefensa de la competencia, a decir de Aaron Edlin y Joseph Farrell, tienen deficiencias al momento de exponer y delimitar lo que este proceso es,³⁶⁷ por lo que en muchos casos la defensa de la competencia está protegiendo a clientes y consumidores de comerciar libremente para su beneficio mutuo, pues agregan que “la omisión de cualquier prohibición directa contra el monopolio... indica una conciencia en la que la libertad del derecho individual para contratar cuando no se ejercen excesiva o inapropiadamente fueron los medios más eficientes para prevenir el monopolio”;³⁶⁸ en pocas palabras, se piensa que la defensa de la competencia en realidad es una prohibición a los intentos de las empresas para restringir o impedir la mejora del comercio entre los rivales y clientes, reduciendo los excedentes económicos en los mercados.³⁶⁹

Las políticas de la competencia económica se han considerado como un detonante para el desarrollo económico; no obstante, son otros los elementos que se necesitan para poder impulsar el desarrollo de un país. Lawrence J. White señala que “la política de competencia puede definirse como un conjunto de políticas e instrumentos que son para fomentar la competencia en los mercados y fomentar la eficiencia en la asignación que generalmente acompaña a la competencia”.³⁷⁰ Los instrumentos señalados se refieren a los siguientes: *a)* fomentar el ahorro; *b)* fomentar la inversión eficiente del ahorro: inversión; *c)* fomento de mejoras en la productividad y la inversión; *d)* fomentar el espíritu empresarial; *e)* fomentar los mercados eficientes.³⁷¹

Por otro lado, la política de competencia se enfoca principalmente en:³⁷²

- La prevención de los cárteles u otros esfuerzos conjuntos en la fijación de precios, la asignación del mercado y otros acuerdos.

³⁶⁷ Edlin, Aaron y Farrell, Joseph, *op. cit.*, p. 1.

³⁶⁸ *Idem.*

³⁶⁹ Para mayor información al respecto checar, Bork, Robert, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978; Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, 2006; Posner, Richard A., *Antitrust Law*, 2a. ed., University of Chicago Press, 2001; Salop, Steven, “Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard”, 22 *Loyola Consumer Law Review* 336-353, 2010.

³⁷⁰ White, Lawrence J., “The Role of Competition Policy in the Promotion of Economic Growth”, New York, New York University, Center for Law and Economics Law & Economics Research Paper Series Working Paper, núm. 08-23, 2008, p. 5, trad. propia.

³⁷¹ *Idem.*

³⁷² *Idem.*

- La prevención de fusiones, donde las consecuencias provocan una disminución de la competencia.
- La prevención de las acciones unilaterales por un vendedor que en consecuencia traería un significativo poder de mercado.

Nicholas Economides explica que, por ejemplo, en Estados Unidos como en la Unión Europea las leyes antimonopolio tienen como objetivo proteger contra las restricciones o impedimentos para la competencia que probablemente no pueden ser naturalmente corregidos por las fuerzas del mercado.³⁷³ Además, expone que las leyes de defensa de la competencia se han establecido en los siguientes tres casos:³⁷⁴

- i. En los mercados donde es claro que la competencia no puede ser mejorada por las fuerzas del mercado.
- ii. Donde la desviación de la eficiencia es considerada socialmente indeseable.
- iii. Donde los beneficios sociales y privados son visiblemente diferentes.

George Reisman, por su parte, expone que para la existencia de la verdadera libertad se requiere la existencia del gobierno, considerándolo como la institución social apropiada para la función de proteger a los individuos de la violencia. Para él, un gobierno efectivo minimiza la amenaza a la agresión, estableciendo la existencia de la libertad individual en relación con todos los otros individuos privados.³⁷⁵

La defensa de la competencia y la regulación, según Dennis W. Carlton y Randal C. Picker, tienen diferentes ventajas comparativas: “mientras la defensa de la competencia y la regulación son una mezcla de economistas y políticos, la defensa de la competencia es ahora organizada alrededor del núcleo económico, mientras la regulación es frecuentemente conformada por el proceso político”.³⁷⁶ Finalmente, la defensa de la competencia es una política implementada por el Estado a través del proceso de regulación, por medio del cual vigila a los mercados para evitar prácticas anticompetitivas que limitan el desarrollo de todos los agentes económicos que intervienen en el mercado y promueve una mayor eficiencia en el mercado, maximizando el beneficio socioeconómico.

³⁷³ Economides, Nicholas, “Competition Policy...”, *op. cit.*, p. 5.

³⁷⁴ *Idem.*

³⁷⁵ Reisman, George, *Capitalism. A treatise on Economics*, Ottawa, Jameson Books, 1990, p. 21, trad. propia.

³⁷⁶ Carlton, Dennis W. y Picker, Randal C., “Antitrust y Regulation”, The Law School University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper, núm. 312, 2006, p. 11, trad. propia.

B. *La ética del comportamiento en el mercado*

Es importante analizar el punto de vista axiológico, porque es todavía más justificada la intervención del Estado en los asuntos del mercado, y en específico en los casos de competencia económica.

Los partidarios del libre mercado abogan por un escenario en el que el Estado se limite a ser un garante de que la actividad económica, como señalaba anteriormente Muñoz Fraga, fomente y promueva los asuntos económicos sin mayor intervención en la actividad de los particulares, y en su defecto como instancia para la resolución de controversias; sin embargo, ¿verdaderamente el mercado es apto para autorregularse? La crisis económica de 2008³⁷⁷ muestra que el mercado sin regulación y orden por parte del gobierno tiende al fracaso y causa un grave daño a nivel social.

La historia nos ha demostrado en diversas ocasiones que la “confianza” que el gobierno deposita en los particulares (empresas) para controlar las actividades del mercado interviniendo como promotor del mismo no ha dejado más que descalabros graves a nivel económico; la economía está basada en el comportamiento de los agentes económicos y sus decisiones; por tanto, estas decisiones deberían estar basadas en principios universales de comportamiento humano, como la ética.

La competencia económica también está basada en las decisiones que los agentes económicos toman, las cuales regirán su comportamiento, y la dirección de su voluntad marcará el destino de mercado; por tanto, esas decisiones deben ser racionales.

La forma en como actúen las empresas en el desarrollo de sus actividades empresariales va a determinar su inclinación a la práctica de com-

³⁷⁷ La gran crisis económica a nivel mundial, que tuvo su momento más álgido entre 2008 y 2009, que se originó en Estados Unidos, es uno de los ejemplos más recientes y claros de que la limitada intervención del Estado en los asuntos económicos y de mercado lleva a un desequilibrio que puede tener consecuencias graves. Si usted realiza un análisis sobre lo que llevó a que la depresión económica surgiera, en primer lugar encontrará que fue la confianza en la nueva era, que despistó a académicos economistas en prevenir sobre la catástrofe y no advertir las señales que eran premoniciones de una crisis de consecuencias desastrosas. Expertos economistas han analizado qué llevó a este fenómeno, teniendo responsabilidad cada uno de los actores económicos; es decir, los particulares divididos entre los hogares y las empresas, y por su parte el sector público de acuerdo con sus competencias, el error en las políticas del gobierno, que orilló a la crisis financiera, consiste en la desregulación y la pérdida de política monetaria (Verick, Sher y Islam, Iyanatul, *The Great Recession of 2008-2009: Causes, Consequences and Policy Responses*, Alemania, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit-Institute for the Study of Labor, Alemania, 2010, pp. 13 y 14) es decir, el gobierno de Estados Unidos, fiel a su política capitalista, confió en la actuación del mercado y dejándolo actuar de manera libre, provocó una pérdida de control, principalmente en la industria inmobiliaria, con los resultados que ya conocemos.

portamientos en la competencia de los mercados que puedan ser benéficos o perjudiciales para el resto de sus competidores. Para la perspectiva de la psicología, desde 1985 Harry Gerla ha analizado el comportamiento anti-competitivo de las empresas.³⁷⁸ Y más recientemente, autores como Aviram y Tor 2004,³⁷⁹ Avishalom Tor en 2002, 2003 y 2004.³⁸⁰

Para determinar si la conducta demandada tiene aparejada la voluntad para ganar una posición dominante en el mercado, es importante el comportamiento del competidor, o si dicha posición, en caso de tenerla, sólo ha sido un accidente circunstancial. Exponen Pollinski y Shavell que “el principio ético de la justicia puede generar bienestar a los individuos”.³⁸¹

Se ha llegado en múltiples ocasiones a la conclusión de que

...la mayor parte de las pruebas de comportamiento se refiere a que los individuos a menudo involucran comportamientos ajenos al mercado, la extensa evidencia de desviaciones sistemáticas y previsible de racionalidad estándar por parte de los individuos pueden no ser aplicables a la conducta de las empresas y sus consumidores en los entornos de mercado.³⁸²

El comportamiento ético de aquellos que están frente a las empresas debiera en sí mismo regular los mercados; sin embargo, la falta de responsabilidad moral a cambio de la ambición desmedida desvirtúa la esencia misma de la competencia. Como se analizó anteriormente,³⁸³ la competencia destructiva persigue fines privados de éxito, excluyendo el interés común en los mercados, lo cual necesariamente obliga a la intervención del derecho como regulador y protector de los intereses de todos los agentes económicos.

³⁷⁸ Gerla, H. S., “The Psychology of Predatory Pricing: Why Predatory Pricing Pays”, *Southwestern Law Journal*, 39_755-80, 1985, trad. propia.

³⁷⁹ Aviram, A. and A. Tor, “Overcoming Impediments to Information Sharing”, *Alabama Law Review*, 55:231-7, 2004, trad. propia.

³⁸⁰ Tor, A., “The fable of entry: Bounded rationality, market discipline, and legal policy”, *Michigan Law Review*, 101:482-568, 2004; *id.*, “Illustrating a behaviorally informed approach to antitrust law: The case of predatory pricing”, *Antitrust*, 18:52-59, 2003; *id.*, “A behavioral approach to antitrust law and economics”, *Consumer Policy Review*, 4:18-21, 2004.

³⁸¹ Polinsky, Mitchell y Shavell, Steven, “Economic Analysis of Law”, M. Olin Center for Law, Economics, and Business at Harvard Law School, Discussion Paper, núm. 536, 2005, p. 34, trad. propia.

³⁸² Tor, Avishalom, “The Market, The Firm, and Behavioral Antitrust”, Oxford Handbook on Behavioral Economics and The Law, Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper núm. 1447, 2013, p. 2, trad. propia.

³⁸³ Véase el tema 5, “Competitividad y competencia. La competencia destructiva”, en el capítulo tercero.

Phillip Areeda y Herbert Hovenkamp explican que “las empresas cuyo comportamiento del mercado es el centro del campo son asumidas como competidores perfectamente racionales que hacen juicios racionales y cuyas decisiones son buscadas siempre y sólo para maximizar los beneficios”.³⁸⁴ La racionalidad en el comportamiento de las empresas, así como de los consumidores, es un supuesto para la actividad de la competencia en los mercados, no sólo en lo que se refiere al comportamiento económico, sino al comportamiento individual, que motiva a tomar las decisiones que determinan el rumbo de la oferta y la demanda.

Avishalom Tor señala que las decisiones de los tribunales y los organismos de defensa de la competencia en casos concretos deben dejar espacio apropiado para las pruebas de la conducta potencialmente irregular de los agentes del mercado específico y sus efectos sobre la competencia.³⁸⁵

C. *La eficiencia como justificación de la conducta*

Chris Pleatsikas y David Teece asumen que la autoridad regulatoria debe ir más allá de un esquema mecánico, que termina definiendo el poder de mercado sobre la base de la cuota del mercado, que muestra la empresa.³⁸⁶ Por otra parte, Steven Salop habla del examen de los efectos competitivos que puede presentar una conducta específica y, de esta forma, la utilización de dicho concepto implica la introducción de una evaluación más flexible (caso por caso), centrada particularmente en los efectos excluyentes que dicha práctica puede generar.³⁸⁷

Cuando las autoridades en materia de competencia económica determinan que una conducta señalada como anticompetitiva puede llegar a ser eficiente, surge un punto de defensa para reconsiderar esa conducta como benéfica para la competencia, o los consumidores.

La eficiencia en términos económicos se entiende como un punto de equilibrio en el mercado, en el que el nivel de la producción y el precio se

³⁸⁴ Areeda, Phillip y Hovenkamp, Herbert, *Antitrust Law: an Analysis of Antitrust Principles and their Application*, 3a. ed., New York, Aspen, 2006, p. 20, trad. propia.

³⁸⁵ Tor, Avishalom, *op. cit.*, p.21.

³⁸⁶ Pleatsikas, Chris y Teece, David, “The Analysis of Market Definition and Market Power in the Context of Rapid Innovation”, *International Journal of Industrial Organization*, s.l.i., vol. 19, 2001, p. 6, trad. propia.

³⁸⁷ Salop, Steven C., “The First Principles Approach to Antitrust, Kodak and Antitrust at the Millenium”, Georgetown University Law Center, Law in Business and Economics-WP 195490, 2000, p. 23, trad. propia, en http://papers.ssrn.com/com/paper.taf?abstract_id=195490.

establecen en el punto de intersección de ambas curvas. En este enfoque, la eficiencia económica se logra con la maximización del bienestar social.

Para algunos autores, como Adriaan Ten Kate, la eficiencia puede considerarse una “ofensa a la competencia”. Los argumentos para considerar lo anterior están basados en la “destrucción creativa” señalada en 1934 por Joseph Shumpeter, quien explica:

La manera más sencilla para explicar la ofensa de la eficiencia es la siguiente. En cierto sentido, el proceso de competencia es autodestructivo. Para que haya competencia, es preciso que haya varios competidores en el mercado y, mientras más competidores, más fuerte la competencia. Pero es precisamente esa competencia la que induce a los agentes económicos a volverse más eficientes y la que deja en el camino a los que no lo logran hacer. Es decir, el proceso de competencia elimina del mercado a los menos eficientes. De esa manera, disminuye el número de competidores y, con eso, la fuerza de la competencia. Es decir, mientras más fuerte es la competencia, más fuerte también es la tendencia para eliminar a competidores.³⁸⁸

En realidad la competencia y la eficiencia no son elementos contrarios con relación al proceso de competencia mismo y para los consumidores, ya que la eficiencia tiende a generar productos y servicios de calidad, así como empresas obligadas a innovar y mejorar sus procesos de producción, de tal forma que no se considera que la eficiencia pueda ofender al proceso de competencia por el simple hecho de que se tiene mayor tendencia a eliminar competidores, pues aquí no se trata de prácticas anticompetitivas de un determinado competidor o grupo de competidores para excluir a los rivales, sino de la necesidad de los mismos competidores de salir del mercado al no cubrir las expectativas de calidad que los consumidores requieren.

El Estado, por su parte, tiene un compromiso moral con su población, basado en los pactos sociales, que le obligan a velar por el bienestar general y hacer cumplir los instrumentos legales en favor del orden y equilibrio. Dado lo anterior, la defensa que el Estado ejerza sobre la competencia económica se convierte en el equilibrio de todas las fuerzas que confluyen en los mercados, entre los intereses individuales y los intereses colectivos, de todos los participantes del juego del mercado.

³⁸⁸ Ten Kate, Adrian, *La eficiencia económica en el análisis de competencia. La competencia económica en México*, México, Comisión Federal de Competencia Económica, 2004, p. 3.

III. SISTEMA JURÍDICO DE PROTECCIÓN. EL PROCESO DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO

Como vimos anteriormente, la necesidad de regulación por parte del Estado de las diversas actividades que se llevan a cabo en el entorno digital incluyen por supuesto el tema de la competencia económica, en la que las diversas industrias que realizan actividades comerciales a través de la Internet están inmersas en el proceso natural de competencia económica.

La protección de la competencia económica en los mercados de comercio electrónico asegura que las empresas con alta tendencia al monopolio en los mercados de la red se vean restringidas a poner en riesgo el proceso competitivo a través de estrategias anticompetitivas, limitando el beneficio a los consumidores.

Por ello, es fundamental que tal como existe en el comercio tradicional, también en el comercio electrónico el proceso competitivo sea protegido, y las normas vigentes en México en la materia sean aplicables al entorno digital.³⁸⁹

La legislación en la materia es sumamente importante, dado que garantiza a los agentes económicos un mayor acceso a la justicia, en cuanto hace a los intereses económicos que intervienen; a decir de Manuel Palacios Luna:

...la Ley contra los monopolios aparece como un posible dique a los abusos del gran capital y como un esfuerzo del poder público, para proteger a los consumidores y a las pequeñas y medianas industrias, lo que ha sido un esfuerzo para lograr el equilibrio económico, aunque con limitados resultados prácticos.³⁹⁰

Algunos creen que la apertura a una economía de mercado, así como a la competencia internacional, asegura el éxito a los mercados eficientes y competitivos. Explica Villarreal que si bien es cierto que la política de las tres ds (desestatización, desprotección y desregularización) puede generar algunas condiciones benéficas para el éxito de los mercados, esto no es suficiente. Para Villarreal, el mercado

³⁸⁹ Lo anterior puede verse comprobado mediante la investigación publicada en Oropeza Mendoza, Doris Karina, “La defensa de la competencia económica en los mercados de comercio electrónico”, *Letras Jurídicas Revista Multidisciplinaria del CEDEGS*, vol. 31, en <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/31/A09.pdf>.

³⁹⁰ Palacios Luna, Manuel, *El derecho económico en México*, México, Porrúa, 1995, p. 22.

...no es un mero lugar donde la oferta y la demanda interactúan para producir sus equilibrios a partir de las decisiones de individuos que, desprovistos de su contexto histórico-cultural e institucional de cada sociedad, buscan maximizar su utilidad o nivel de satisfacción. El mercado es una institución que forma parte de un conjunto de condiciones que se recrean en un contexto histórico-social y político específico...³⁹¹

Bajo dicho contexto, veamos el marco regulatorio en México para la protección de la competencia económica y la prohibición de las conductas que atentan contra su libre proceso en los mercados comerciales.

1. *Marco constitucional*

Atendiendo al orden jerárquico normativo de nuestro país, primeramente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el contenido del párrafo primero de su artículo 28, lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas...”. Dicho precepto de forma absoluta prohíbe en toda la nación la formación y existencia de la estructura de mercado monopólica; no obstante, más allá del mismo monopolio, contra la competencia resultan más dañinas las estrategias utilizadas por los monopolios para conservar o ganar más poder monopólico, de tal forma que por ello también el citado precepto prohíbe las *prácticas monopólicas*; no debemos olvidar que no sólo los monopolios pueden llevar a cabo prácticas monopólicas, sino cualquier agente económico que tenga poder de mercado en el mercado relevante de que se trate, y que en unión con otra u otras empresas con poder de mercado pueden llevar a cabo prácticas de naturaleza monopólica.

Del análisis de la disposición podemos determinar la aplicabilidad y extensión de la protección de la carta magna al proceso de competencia económica en el ciberespacio. El texto constitucional prohíbe de manera general los monopolios y las prácticas monopólicas en todo el territorio mexicano, de tal forma que cualquier mercado o industria quedan comprendidos en el precepto y son sometidos a la prohibición, sin condición o excepción alguna, por lo que en los mercados que incursionan en el comercio electrónico en la plataforma de Internet, cuyas redes de comunicación transitan en el espectro radioeléctrico mexicano, están también prohibidos tanto los monopolios como las prácticas monopólicas.

³⁹¹ Villarreal, René, *op. cit.*, p. 116.

Además del control que la Constitución ejerce en el correcto funcionamiento de los mercados al salvaguardar la libre competencia y la libre concurrencia en ellos, debemos considerar dos aspectos fundamentales; el primero es que el comercio electrónico tiene un carácter internacional por su propia naturaleza, debido a la plataforma tecnológica que lo sustenta; es decir, la Internet. Debemos recordar que esta TIC tiene un alcance mundial, en donde no existen ni tiempo ni fronteras, y expande las actividades de comercio a cualquier parte del mundo, sin importar dónde se está situado; por tanto, en todas las actividades de comercio electrónico deben considerarse las regulaciones existentes a nivel internacional, respetando las reglas y principios del derecho internacional y las regulaciones en materia de comercio exterior; así como los aspectos básicos y fundamentales de la cultura, la política y la economía de cada nación.

Ante lo anterior, es necesario destacar que en el caso concreto, los agentes económicos deberán considerar los instrumentos internacionales existentes que contribuyan a la libre competencia y a la libre concurrencia para los mercados que incursionan en el comercio electrónico, mediante el fortalecimiento del marco de derechos que los agentes económicos tienen en el territorio mexicano, atendiendo al control de convencionalidad que la ley suprema del país establece.

2. *Legislación secundaria*

El segundo párrafo del citado artículo 28 constitucional faculta a la legislación secundaria para castigar severamente las acciones que los agentes económicos realicen para restringir el proceso de competencia económica, así como para limitar la libre concurrencia en los diversos mercados. En México, la Ley Federal de Competencia Económica es la norma en materia de competencia económica, que con las Disposiciones Regulatorias de la LFCE son los instrumentos jurídicos encargados de proteger el proceso de competencia en los mercados mexicanos. Analicemos algunos detalles de cada una:

A. *Ley Federal de Competencia Económica*

En el capítulo anterior ya se ha tenido la oportunidad de analizar algunos de los artículos que la ley establece, por lo que en este apartado sólo se hace un análisis de los aspectos fundamentales y generales de dichas normas.

La reforma al artículo 28 constitucional en 2013 trajo consigo la creación de la nueva Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2014, abrogando la promulgada en 1992.

De acuerdo con su artículo segundo, el objeto de esta LFCE es:

Promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

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

B. *Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica*

El 30 de octubre del dos mil catorce, el pleno de la Cofece emitió un acuerdo por el cual, previa consulta pública, se emitió el documento denominado Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica, que en el contenido de sus doscientos artículos define y especifica conceptos abordados en la LFCE; asimismo, especifica herramientas de acción ante las diversas conductas sobre las cuales la Cofece debe investigar y sancionar contra los monopolios.

C. *Ley de Comercio Exterior*

La Ley de Comercio Exterior protege a las industrias mexicanas de prácticas desleales de comercio internacional. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de julio de 1993, y de acuerdo con lo establecido en el artículo primero, tiene por objeto:

Regular y promover el comercio exterior, incrementar la competitividad de la economía nacional, propiciar el uso eficiente de los recursos productivos del país, integrar adecuadamente la economía mexicana con la internacional, defender la planta productiva de prácticas desleales del comercio internacional y contribuir a la elevación del bienestar de la población.

La competencia económica en el comercio electrónico puede superar las barreras nacionales con más facilidad, y traspasar fronteras, por lo que diversos acuerdos comerciales digitales pueden adquirir una naturaleza internacional, principalmente en lo que se refiere a productos físicos comercializados vía Internet, razón por la que dicha ley es aplicable en el contexto del comercio electrónico.

En el caso del mercado relevante de productos digitales, la exportación o importación de productos sale totalmente del contexto conocido en los mercados físicos, ya que la transportación y formas de distribución del producto hasta el usuario final sólo recorre lo que un clic, y los segundos que tarda la señal de Internet para transmitir los datos; en realidad se trata de transferencia de datos, de tal forma que la Ley de Comercio Exterior no tendría aplicación cuando en la controversia de competencia económica se determine que se trata de un mercado relevante de productos digitales, considerando que la no existencia de importación o exportación le excluye de diversos asuntos jurídicos, como el caso del pago de aranceles, riesgos sanitarios, etcétera. Por otra parte, existe el Acuerdo en la OMC de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas.³⁹²

A grandes rasgos, dicha ley, respecto al tema que nos ocupa, establece un título V, denominado “Prácticas desleales de comercio internacional”. De acuerdo con el artículo 28 éstas son:

...la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios o de subvenciones en el país exportador, ya sea el de origen o el de procedencia, que causen daño a una rama de producción nacional de mercancías idénticas o similares en los términos del artículo 39 de esta Ley...³⁹³

Dos son los elementos que la ley considera como ilegales: la discriminación de precios y las subvenciones; obviamos el estudio de estas últimas, dado que no pertenecen al contexto del tema del presente trabajo de in-

³⁹² Organización Mundial del Comercio, “Declaración ministerial. Programa de trabajo de Doha”, WT/MIN(05)/DEC, 22 de diciembre de 2005, en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min05_s/final_text_s.htm#ecom.

³⁹³ “Artículo 39. Para los efectos de esta Ley se entenderá por daño, salvo el concepto de daño grave para medidas de salvaguarda:

- I. Un daño material causado a una rama de producción nacional;
- II. Una amenaza de daño a una rama de producción nacional, o
- III. Un retraso en la creación de una rama de producción nacional.

En la investigación administrativa se deberá probar que las importaciones en condiciones de discriminación de precios o de subvenciones, causan daño a la rama de producción nacional, en los términos de esta Ley”.

vestigación. Por lo que se refiere a la discriminación de precios, señala el artículo 30 de la ley referida, que se considera como “la introducción de mercancías al territorio nacional a un precio inferior a su valor normal”.

Finalmente, cabe destacar que la competencia desleal está basada principalmente en el precio, con lo que se reafirma que la aplicabilidad de esta ley sólo puede ser posible en los mercados relevantes de productos físicos vendidos en Internet, y en el caso de que se reclame competencia desleal considerando que los mercados relevantes de productos digitales no basan su competencia principalmente en el precio en dinero, sino en la innovación.

3. Políticas públicas

A. Plan Nacional de Desarrollo

Las TIC han sido, desde hace pocos años, de interés en las políticas del gobierno federal. En el sexenio 2012-2018 se elaboró el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, en el que por primera vez se dio un lugar importante a las TIC en temas como seguridad nacional, seguridad pública, educación, gobierno electrónico, acceso universal a la cultura.

En lo que respecta al ámbito económico, el plan estableció:

Mejorar el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, así como los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión —considerando que— son actividades económicas que producen insumos estratégicos para el incremento de la productividad de las empresas en México...³⁹⁴

En el Enfoque Transversal (México Próspero), en la estrategia I, denominada “Democratizar la productividad”, en una de sus líneas de acción señala: “Impulsar la economía digital y fomentar el desarrollo de habilidades en el uso de tecnologías de la información y la comunicación, a efecto de aprovechar las oportunidades del mundo globalizado”;³⁹⁵ esta línea de acción contiene “buenas intenciones” y es un avance que favorece a los diversos sectores del país para desarrollar las acciones pertinentes en la materia; además, abre una puerta para fortalecer uno de los principales pilares

³⁹⁴ Gobierno de la República, Estados Unidos Mexicanos, “Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018”, p. 78, consultado el 20 de abril de 2014, en <http://pnd.gob.mx/wp-content/uploads/2013/05/PND.pdf>.

³⁹⁵ *Idem.*

de la economía digital, que es el comercio electrónico; por tanto, con base en esto se justifica el fortalecimiento de las leyes que aporten al progreso en dicha actividad, y más como lo es en el caso directo de la intervención en los mercados desde la perspectiva de la competencia económica.

B. *Estrategia Digital Nacional*

En cumplimiento de las estrategias y líneas de acción transversales del Plan Nacional que se describió anteriormente, el 25 de noviembre de 2013 se presentó la Estrategia Digital Nacional (EDN), que tiene como objetivo: “fomentar la adopción y el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, e impulsar un gobierno eficaz que inserte a México en la Sociedad del Conocimiento”;³⁹⁶ tiene además como meta para 2018, ser líder en América Latina, alcanzar la media en los países de la OCDE y tener un índice de digitalización del 59.29%, que representaría un importante avance en la inclusión de la población mexicana en el entorno de las TIC.

Uno de sus ejes radica en el impulso a la economía digital, que reforzando lo planteado en el Plan Nacional de Desarrollo, la EDN tiene dos objetivos secundarios para tal efecto:

- a) Objetivo secundario 7: desarrollar el mercado de bienes y servicios digitales, líneas de acción:
 - Promover la competitividad e innovación en la industria de las TIC, así como su integración con los sectores económicos del país.
 - Estimular la demanda de bienes y servicios digitales, mediante la integración de servicios digitales en las operaciones cotidianas de las empresas.
 - Fomentar la innovación y competitividad de las micro, pequeñas y medianas empresas a través de la adopción y uso de las TIC.
 - Generar mecanismos de promoción, financiamiento, capacitación y apoyo, para impulsar la conectividad a Internet de banda ancha y la adopción de herramientas digitales y tecnológicas en las micro, pequeñas y medianas empresas.³⁹⁷

- b) Objetivo secundario 8: potenciar el desarrollo del comercio electrónico.

³⁹⁶ *Idem.*

³⁹⁷ México, Presidencia de la República, “Estrategia digital nacional”, noviembre de 2013, consultado el 10 de febrero de 2014, en <http://www.presidencia.gob.mx/edn/>.

- Promover el uso de Internet para hacer compras en línea y mediante teléfonos móviles.
- Incrementar el acceso a apoyos y servicios financieros para ampliar las posibilidades de pago por Internet.
- Promover la confianza de la población en el comercio electrónico.
- Generar un marco regulatorio claro, flexible e incluyente para emprendedores, distribuidores al menudeo y bancos.
- Impulsar la inversión y el financiamiento en el comercio electrónico.
- Impulsar la calidad en los servicios bancarios y de logística para empresas de comercio electrónico.³⁹⁸

IV. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

La competencia jurisdiccional es un principio jurídico muy especial y básico para que los órganos de justicia ejerzan sus facultades en la resolución de conflictos en los distintos procesos.

Ante la desterritorialización de Internet, ¿cómo se delimita la jurisdicción a la que deben someterse las partes en caso de conflicto?, y en el caso de conflictos de competencia económica, ¿qué elementos deben tomarse en consideración para que la Cofece conozca de los asuntos? Analicemos.

El más grande problema con relación a la jurisdicción en Internet es que “muchas actividades tendrán efectos más allá de sus inmediatas fronteras geográficas”,³⁹⁹ en el caso de la jurisdicción sobre la defensa de la competencia económica apunta a ser un problema de orden internacional, con lo que hacer valer la jurisdicción sobre esta base mostrará inevitablemente una tendencia hacia un sistema de jurisdicción universal;⁴⁰⁰ por lo tanto, será necesaria la intervención de organismos internacionales que regulen el comportamiento de los competidores en el comercio electrónico.

Andreas Kirsch y William Weesner señalan que “la falta de límites geográficos territoriales de Internet facilita las transacciones de comercio electrónico internacional, lo cual puede llevar a problemas jurídicos mundiales...”.⁴⁰¹ Al respecto, Patterson Moira concluye que existen dos temas

³⁹⁸ *Idem.*

³⁹⁹ Berman, P., “The Globalization of Jurisdiction”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, núm. 2, 2002, p. 319, trad. propia.

⁴⁰⁰ *Idem.*

⁴⁰¹ Kirsh, Andreas y Weesner, William, “Can Antitrust Law Control E-commerce? A Comparative Analysis in Light of U.S. and E.U. Antitrust Law”, *University of California*, vol. 12:297, 2006, p. 3, trad. propia.

que afectan la habilidad de consumidores y negocios para proteger y hacer cumplir los derechos: “1. la cuestión de cuales leyes deben gobernar las transacciones a través de las fronteras y si tales transacciones deben ser sujetas a leyes nacionales o acordadas por algún instrumento internacional, y 2. Conciérne al tipo de mecanismo de resolución el cual está hecho disponible para los litigantes”.⁴⁰²

Algunos partidarios de la comunidad de Internet han buscado la separación de las actividades en línea de la soberanía del derecho.⁴⁰³ A decir de Andreas Manolopoulos, “los sistemas jurídicos se involucran en una lucha bastante convencional para adaptar las normas reglamentarias existentes a las Nuevas Tecnologías e Internet”.⁴⁰⁴ Joel R. Reidenberg señala que “la lucha de fondo es una profunda lucha contra el propio Estado de Derecho Soberano para establecer las reglas para la actividad en línea”.⁴⁰⁵

Reidenberg hace un interesante análisis de la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos, en el que explica la experiencia y los retos de la aplicación de la jurisdicción en Internet. Señala que, en primer lugar, la demanda no debe trasgredir las disposiciones constitucionales, y que además “no ofenda las nociones tradicionales del juego limpio y la justicia sustancial”; asimismo, dice que “la transmisión de protocolos de Internet fueron diseñados para ser geográficamente independientes..., pero existen usuarios y tecnologías dentro de las fronteras físicas y estos puntos finales proporcionan la justificación y capacidad para que los estados soberanos hagan valer su autoridad”.⁴⁰⁶

Como apunta Cindy Chen: “La composición tecnológica de Internet y su naturaleza descentralizada hace que sea muy difícil establecer las normas de competencia jurisdiccional o incluso determinar el domicilio de una de las partes... y finalmente Internet será tan confinado a límites geográficos tradicionales como lo son hoy”.⁴⁰⁷

⁴⁰² Patterson, Moira, “Infoeconomy Issues: E-commerce Law”, Australia, Law School Monash University, 2001, p. 13, trad. propia.

⁴⁰³ Barlow, John Perry, “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, febrero de 1996, consultado el 5 de marzo de 2014, en <http://homes.elff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.

⁴⁰⁴ Manolopoulos, Andreas, “Raising Cyberborders: The Interaction between Law and Technology”, *11 Int’l J. L. & Tech.*, 40, 55, 2003, p. 45, trad. propia.

⁴⁰⁵ Reidenberg, Joel R., “Technology and Internet”, *Jurisdiction, University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153:1951, 2005, p. 1954, trad. propia.

⁴⁰⁶ *Idem*.

⁴⁰⁷ Chen, Cindy, “United States and European Union Approaches to Internet Jurisdiction and their impact on e-commerce”, *Journal of International Law*, University of Pennsylvania Law School, vol. 25:1, 2004, p. 454, trad. propia.

La naturaleza global de Internet exhibe sesgos que dificultan la creación de aparatos reguladores para temas de la defensa de la competencia económica debido a la soberanía de los Estados-nación, lo que ha permitido crear reglas específicas en protección de sus intereses, sobre todo en un aspecto tan delicado como los asuntos de comercio. Cada país ha creado mecanismos de defensa que protegen a sus gobernados de la vulnerabilidad que pueden causar los diversos agentes económicos extranjeros sobre los mercados internos, destacando las particularidades que cada mercado nacional tiene, las cuales deben funcionar y adaptarse a las necesidades nacionales, que pueden variar desde la cultura hasta las formas particulares de producción, que la globalización no ha podido en su totalidad desvanecer

Entonces bien, la jurisdicción en materia de defensa de la competencia económica en Internet debemos entenderla en dos contextos: el nacional y el internacional.

La determinación de la competencia judicial internacional en el contexto tradicional es de por sí una tarea difícil, pero resulta aún más desafiante en el caso del comercio electrónico. Atendiendo al argumento de Cindy Chen, en el que finalmente Internet se someterá a los límites geográficos tradicionales, la respuesta comienza a tomar sentido.

Dada la plataforma de Internet, podríamos pensar los problemas jurídicos como parte de un todo común en la red, eliminando el tema de las fronteras, soberanía y jurisdicción, y en su caso pensar en la creación de ciberórganos de gobierno que atiendan la resolución de las controversias; sin embargo, a pesar de la globalización y del entorno común de Internet, la soberanía y la aplicación de los mecanismos legales de cada país siguen siendo la realidad jurídica, al menos en lo que corresponde al tema de la defensa de la competencia económica.

En el plano nacional, el artículo 1o. de la LFCE establece que ésta “es de observancia general en toda la República”, de tal manera que en todos los asuntos en los que se vea involucrado y afectado el proceso de competencia económica en el comercio electrónico en los mercados mexicanos, es competente la Cofece.

De acuerdo con lo anterior, podemos determinar la competencia de la Cofece sólo cuando las acciones consideradas como anticompetitivas sean susceptibles de dañar el proceso de competencia económica en una industria determinada en el territorio mexicano, para lo cual la autoridad investigadora deberá hacer uso de los métodos tecnológicos para determinar la existencia real de un daño inminente al proceso de competencia en las industrias mexicanas en el entorno del comercio electrónico, atendiendo en

su caso a las disposiciones que pudieran estar establecidas en los tratados comerciales, en caso de existir.

Si la economía de la información es “el nuevo paradigma comercial”, la intención de las empresas para mantener un liderazgo propiciará problemas de competencia económica, y el tema de la competencia jurisdiccional en el comercio electrónico debe ser comprendido y resuelto, tanto en la legislación mexicana como en la Cofece, para evitar retrasos en la impartición de justicia o errores que vulneren la sana competencia en el entorno digital.