

Conflictos competenciales en mercados digitales: Cofece versus IFT



Fotografía: © jvimages | AdobeStock

Introducción

92

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COMPETENCIA económica y telecomunicaciones de 2013 creó al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) y a la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) como los órganos constitucionales (autónomos) encargados de salvaguardar el interés público en materia de competencia económica en nuestro país. De manera particular, la reforma constitucional estableció que el IFT fungiría como la autoridad de competencia en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión; mientras que la Cofece sería esta misma autoridad para el resto de las actividades económicas. En términos generales, los **ámbitos de competencia** de cada uno de estos órganos son claros. Sin embargo, estos ámbitos de competencia han llegado a traslaparse en casos específicos. En algunos de estos casos, la Cofece y el IFT han analizado la misma operación —típicamente, una concentración entre distintos agentes económicos— dividiendo por común acuerdo el análisis de los mercados de acuerdo a sus competencias sectoriales. En otros casos, sin embargo, estos órganos han diferido en el alcance de sus facultades para



Dr. Víctor Pavón-Villamayor

Doctor en Economía por la Universidad de Oxford. Presidente Ejecutivo de Oxford Competition Economics Research Group y vicepresidente de la Comisión de Competencia Económica de la International Chamber of Commerce, México.

Ha fungido como titular de la Unidad de Planeación y Evaluación de la Comisión Reguladora de Energía; director general de Prospectiva Regulatoria de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (hoy Instituto Federal de Telecomunicaciones) así como jefe de asesores de la presidencia de este mismo órgano regulador.

En el ámbito privado ha fungido como director general de la Cámara Nacional de Aerotransportes de México; economista senior en el grupo de expertos en reforma regulatoria de la Task Force OCDE-Secretaría de Economía; así como competition economist dentro de la División de Competencia Europea de la firma internacional Law and Economics Consulting Group en Bruselas, Bélgica.

analizar mercados específicos, lo que ha dado paso a los denominados «conflictos competenciales» entre ambos organismos. Una de las principales fuentes de conflictos competenciales entre Cofece e IFT ha sido el análisis de operaciones que involucran los denominados «mercados digitales».

En términos de la normativa vigente, la solución de los conflictos competenciales entre ambos organismos debe resolverse de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley Federal de Competencia Económica. Este artículo establece que, si en un caso específico, ambos organismos se consideran competentes para resolverlo, un Tribunal Colegiado de Circuito Especializado (en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones) será el órgano jurisdiccional encargado de determinar la competencia que le corresponde a cada uno. Este artículo analiza los principales argumentos expuestos por ambos organismos en el contexto del Conflicto Competencial C.C.A 4/2019 (concentración Uber/Cornershop) y comparte algunas reflexiones.

Concentración Uber-Cornershop

En noviembre de 2019, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito Especializado tuvo conocimiento del conflicto competencial suscitado entre Cofece e IFT con relación a la concentración de los agentes económicos Uber y Cornershop.¹ La operación tenía como origen la intención de Uber de adquirir una participación mayoritaria en el capital social de Cornershop. La materialización de esta operación permitiría a Uber complementar varios de los servicios de *matching* que ya proveía a través de sus distintas plataformas digitales como, por ejemplo, sus servicios de transportación personalizada (Uber) o sus servicios de distribución de comida (Uber Eats). Desde una perspectiva estrictamente económica, la concentración facilitaría el ingreso de Uber a un nuevo segmento del mercado en el que no tenía presencia: los servicios de *matching* entre establecimientos y consumidores asociados a los actos de compraventa de abarrotes y comestibles, la principal actividad económica llevada a cabo por Cornershop.

1 Conflicto Competencial C.C.A. 4/2019.

Es posible identificar tres líneas principales de argumentación exploradas por ambas autoridades para motivar su competencia para resolver la concentración Uber/Cornershop. A continuación, se discute brevemente cada una de ellas.

Servicios concesionados/autorizados. Un primer argumento planteado para discernir las competencias de cada órgano se relaciona con la necesidad de que una plataforma digital requiera (o no) una concesión o una autorización del regulador de telecomunicaciones para poder operar. En su argumentación para declararse competente en el caso de referencia, la Cofece argumentó que:

[...] los servicios prestados a través de plataformas digitales [...] no pertenecen al sector de telecomunicaciones y que ninguno de los agentes económicos involucrados, requieren directamente de autorización, concesión única o de espectro radioeléctrico para llevar a cabo sus actividades en México.²

Así, la necesidad de requerir una concesión o una autorización para poder operar se convierte en un primer filtro para la determinación de las competencias. El hecho que Uber y Cornershop no requiriesen este tipo de títulos habilitantes presume, *a priori*, la competencia de la Cofece.³ Pero las líneas de argumentación sobre la competencia de cada órgano son mucho más profundas, como se discute a continuación.

Mercados distinguibles y distintos. Un argumento interesante esgrimido por el IFT es que las plataformas digitales son, en principio, mercados distintos y distinguibles de los productos y servicios que se intercambian a través de la plataforma. En principio, el argumento de que las plataformas digitales son distinguibles es correcto. Una plataforma digital permite la interacción entre dos o más grupos de agentes económicos y, en general, su operación puede distinguirse de la *materia* que

2 Acuerdo CFCE-287-2019 del 14 de noviembre de 2019.

3 El hecho de no requerir un título habilitante es una condición necesaria, pero no suficiente, para limitar las facultades de atracción del IFT. Por ejemplo, en el caso de la concentración Disney/Fox, el IFT ejerció correctamente sus facultades de revisión aun cuando ninguna de las partes requería contar con título habilitante para llevar a cabo sus actividades económicas en México.

incentiva el acceso a la plataforma de los distintos grupos. En algunas plataformas digitales, la *materia* que motiva la interacción entre los distintos grupos es el intercambio de bienes y/o servicios —como en el caso de Uber—, donde el objetivo de ingresar a la plataforma es obtener la provisión de un servicio; o como en el caso de Cornershop, donde el objetivo de ingresar a la plataforma es el intercambio de bienes específicos. En otras plataformas digitales, la *materia* que motiva la interacción entre los distintos grupos es el intercambio de información o contenidos *per se*, este es el caso de plataformas como Facebook, por ejemplo.

En el caso Uber/Cornershop, es claro que estas plataformas digitales son distinguibles de sus **mercados subyacentes**: en el caso de Uber, el mercado de transportación privada; en el caso de Cornershop, el mercado de abarrotes y productos relacionados. Es importante no perder de vista que los mercados subyacentes son los mercados que verdaderamente generan utilidad o beneficio a los distintos grupos que interactúan sobre este tipo de plataformas. Sin la existencia de estos mercados (subyacentes), la utilidad de este tipo de plataformas digitales sería cero.

La segunda parte del argumento del IFT respecto al hecho de que las plataformas digitales podrían ser *mercados distintos* es un poco más controversial. A este respecto, el órgano regulador de las telecomunicaciones sostiene que:

[d]esde una perspectiva técnica, este Instituto considera que las actividades de Uber y Cornershop en México, así como la concentración Uber/Cornershop involucra **mercados propios** de plataformas digitales.⁴

De este modo, desde la perspectiva del IFT, pareciera que es posible identificar un mercado de plataformas digitales por sí mismo. Este planteamiento es inconsistente con el entendimiento de los mercados relevantes en la práctica de la competencia económica, ya que implicaría que todas las plataformas digitales (al menos, todas aquellas asociadas al intercambio de bienes y/o servicios) son parte de un mismo mercado relevante y, por tanto, son sustitutas entre sí. Sin embargo, es difícil argumentar que Uber y Cornershop, en su calidad de plataformas digitales operando bajo un mismo modelo de negocios, puedan ser sustituibles entre

4 Conflicto Competencial C.C.A. 4/2019; página 19.

sí. Un usuario de la plataforma Uber no encuentra como sustituto el uso de la plataforma Cornershop, toda vez que el valor de uso de cada una de estas plataformas está inherentemente relacionada con su mercado subyacente: la transportación privada en el caso de Uber y la compraventa de abarrotes en el caso de Cornershop.⁵ Se coincide con el IFT en el sentido de que las plataformas digitales son distinguibles de los productos y servicios que se intercambian a través de ella, pero la idea de que estas plataformas podrían representar un mercado en sí mismo es más cuestionable.

Canal de comercialización. Un punto clave planteado también por el IFT es el relacionado con la determinación de si las plataformas digitales son (o no) parte de la cadena de valor de los mercados *tradicionales*. En su argumentación, el IFT sostiene que:

[l]as plataformas digitales no participan en la producción, provisión, distribución, comercializa-

ción y/o venta de bienes o servicios en mercados tradicionales.⁶

Este posicionamiento implica, en principio, que las plataformas digitales no son parte de la cadena de valor de los mercados *tradicionales* y, por tanto, pueden ser diferenciados de éstos.

En primer lugar, resulta claro que plataformas digitales como Uber o Cornershop, efectivamente, no producen o proveen directamente los bienes o servicios de sus mercados subyacentes. Esta es la razón por la que el IFT señala correctamente que las plataformas digitales *per se*, puede ser distinguibles de los bienes o servicios intercambiados. No obstante lo anterior, y desde una perspectiva estrictamente de competencia económica, es claro que estas plataformas digitales representan «canales de comercialización o venta» de los bienes y servicios asociados a los mercados subyacentes. Para ilustrar este argumento, consideremos el caso de un sitio de taxis. En su formato tradicional, un sitio de taxis puede ser concebido como una plataforma (no digital) que permite la interacción entre compradores del servicio (usuarios) y vendedores

5 Es posible que Uber sí sea un sustituto de otras plataformas digitales cuyos mercados subyacentes sean similares o idénticos. Por ejemplo, es posible que la plataforma Didi sea un sustituto de la plataforma Uber.

6 Conflicto Competencial C.C.A. 4/2019; página 13.



del servicio (taxis). Cuando un sitio de taxis desarrolla una *app* propietaria para incrementar la demanda por sus servicios, el sitio de taxis continúa haciendo el *matching* entre usuarios y proveedores del servicio en su formato tradicional pero, al mismo tiempo, genera un nuevo «canal de venta digital». En este sentido, el uso y desarrollo de una plataforma digital puede ser concebido como parte de la creación de un nuevo «canal de venta» en el mercado subyacente. Esto, a su vez, implica que la plataforma digital es parte de la cadena de valor del mercado subyacente en la forma de un nuevo canal de comercialización y/o venta de servicios o productos. Este es precisamente el posicionamiento que la Cofece externa en el contexto de su argumentación del conflicto competencial Uber/ Cornershop, al sostener que:

Las plataformas digitales que nos ocupan, son un canal adicional a los otros canales mediante los cuales se realizan transacciones económicas, como son el canal *tradicional* mediante locales/tiendas físicas, mediante llamadas telefónicas o a través de páginas de internet o terminales de pago.⁷

Test de mercados subyacentes

96

Es posible emplear la noción de **mercado subyacente** como un mecanismo para resolver los conflictos competenciales entre Cofece y el IFT en materia de mercados digitales. Para empezar, requerimos una definición de mercado subyacente. Se sugiere definir como mercado subyacente el mercado (o mercados) de interés de los distintos grupos de agentes económicos que interactúan a través de una plataforma digital cuyo único objeto es materializar el *matching* entre éstos. Por ejemplo, el mercado subyacente en el caso de Uber sería el mercado de transportación privada de personas; mientras que el mercado subyacente en el caso de Cornershop sería el mercado de compraventa de abarrotes y productos relacionados. Acorde con nuestra definición, los agentes económicos que interactúan a través de estas plataformas no están interesados en una interacción *per se*, sino en

su interacción para llevar a cabo la compraventa de bienes y/o servicios.

Así, el *test* de mercados subyacentes tomaría la siguiente forma: en casos donde los mercados subyacentes de una plataforma digital no correspondan a mercados propiamente de telecomunicaciones y radiodifusión, la competencia debe definirse a favor de la Cofece. Pero ¿cuáles son los mercados *propia-*mente de telecomunicaciones y radiodifusión? En la resolución del conflicto competencial 2/2015 (concentración Nokia/Alcatel-Lucent), el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito Especializado identificó las áreas del sector que, por su propia naturaleza, son de competencia del IFT. Estos son los mercados relacionados con el funcionamiento de las redes y la prestación final del servicio a los usuarios; la infraestructura activa y pasiva asociada a estas redes; los insumos esenciales en ambos sectores; los equipos que se conectan a las redes, así como la prestación de los servicios considerados como indispensables para el buen funcionamiento de las redes, como la interconexión y la interoperabilidad.⁸ Así, en la medida que los mercados subyacentes de una plataforma digital no coincidan con uno o varios de los mercados anteriormente identificados, la competencia deberá definirse, unívocamente a favor de la Cofece.

Es importante observar que, en la práctica, la distribución de competencias entre ambos organismos ha sido generalmente la correcta, ya sea porque los mercados involucrados pueden ser identificados claramente como mercados de telecomunicaciones o, en su defecto, porque los tribunales han usado un criterio similar (aunque casuístico) al de los mercados subyacentes. La siguiente tabla presenta los mercados que el IFT ha analizado en casos emblemáticos, en ocasiones como parte de un análisis concurrente con el de Cofece y, en ocasiones, como resultado de un conflicto competencial.

7 Conflicto Competencial C.C.A. 4/2019; página 102.

8 El acceso a los servicios de internet, naturalmente, es de competencia del IFT.

Caso	Mercados analizados por IFT
Concentración Metro Net/Six Sigma Networks México. ⁹	Acceso a Internet; Enlaces Dedicados; Servicios de Cómputo en la Nube; Hospedaje de Datos y Servicios Administrados.
Concentración AT&T/Time Warner (CCA 1/2017). ¹⁰	Provisión y Licenciamiento de Contenidos Audiovisuales para Distribuidores OTT.
Concentración Disney/Fox	Distribución OTT de Contenidos Audiovisuales; Venta de Espacios Publicitarios en Servicios de Distribución OTT; Provisión y Licenciamiento de Contenidos Audiovisuales para distribuidores OTT.
Investigación en los Mercados de Servicios de Búsqueda en Línea, Redes Sociales, Sistemas Operativos Móviles y Servicios de Cómputo en la Nube (CCA 1/2021).	Mercado de Sistemas Operativos Móviles.

Es importante observar que, con excepción de la venta de espacios publicitarios en servicios de distribución OTT, los mercados analizados por el IFT han sido mercados notoriamente de telecomunicaciones u orgánicamente vinculados a este sector.¹¹ De manera que, en general, la distribución de competencias entre ambos organismos ha sido correcta.

Comentarios finales

Las plataformas digitales no pueden disociarse de la operación de las redes de telecomunicaciones, como correctamente lo ha señalado el IFT. En los hechos, las plataformas digitales son desplegadas sobre la infraestructura de red y sobre los recursos de las redes de telecomunicaciones. También es cierto que las plataformas digitales y las redes de telecomunicaciones son parte del mismo ecosistema (de Internet) y, por tanto, se interrelacionan orgánicamente entre sí. Resulta también inobjetable que las plataformas digitales y las redes de telecomunicaciones comparten entre sí características económicas importantes, como la presencia de fuertes economías de escala y alcance, así como la presencia de efectos de red rele-

vantes. Las plataformas digitales también pueden ser distinguibles de los productos y servicios que se intercambian a través de ellas. Todo lo anterior, sin embargo, no implica que el órgano encargado de supervisar el buen desempeño de los mercados de telecomunicaciones sea el órgano que deba analizar las posibles afectaciones al proceso de competencia en los mercados subyacentes asociados a estas plataformas.

Las plataformas digitales son solo instrumentos para mejorar la eficiencia económica en los mercados subyacentes, en el sentido que facilitan y enriquecen el *matching* entre oferta y demanda en esos mercados. Es por esta razón que el análisis de plataformas digitales no puede ser independiente de la naturaleza y las características de los mercados que subyacen a estas plataformas. Cuando los mercados que subyacen a una plataforma no son intrínsecamente mercados de telecomunicaciones o mercados orgánicamente vinculados a este sector, la asignación de competencias debe inclinarse a favor del órgano responsable de salvaguardar las condiciones de competencia económica en el resto de la economía.

⁹ Caso de competencia concurrente con Cofece.

¹⁰ Caso de competencia concurrente con Cofece.

¹¹ En el caso de venta de espacios publicitarios en servicios de distribución OTT, el mercado subyacente podría ser identificado como un mercado más amplio de compraventa de publicidad, que podría incluir transacciones en mercados no digitales.