



DEPARTAMENTO DE JUSTICIA

“Life in the Fast Lane”¹: Política de competencia en un panorama de telecomunicaciones en constante cambio

MAKAN DELRAHIM
Fiscal General Adjunto
División de Competencia
Departamento de Justicia de los EE. UU.

**Discurso preparado con motivo de
la Conferencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones sobre
“Retos de la Competencia en el Mundo Digital”**

Ciudad de México, México

7 de noviembre de 2018

Buenos días. Gracias, Comisionada Estavillo, por la amable introducción. Es un honor estar aquí en la Ciudad de México, en el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) para el Foro de retos de competencia en el entorno digital. Gracias por invitarme.

También debo señalar que estoy encantado de estar en México esta semana en nombre de la delegación estadounidense para participar en las conversaciones trilaterales entre Canadá, México y los Estados Unidos. La cooperación en la ejecución de las leyes de la competencia en nuestros tres países es importante y hay bastante que podemos aprender unos de otros.

La economía digital ha transformado las telecomunicaciones y otras industrias. Hemos sido testigos de la rápida innovación y la dinámica competencia, a medida que las tecnologías y las preferencias de los consumidores siguen evolucionando. Estos cambios tienen un impacto sobre la manera en que compiten las compañías, e incluso, abren nuevos mercados. Las autoridades designadas para proteger la competencia, a su vez, deben estar al día con las nuevas realidades del mercado.

México ha hecho su parte, especialmente con sus reformas de competencia emblemáticas en 2013 y 2014. Estas reformas han abierto los mercados de telecomunicaciones a la competencia, con beneficios significativos para los consumidores y han creado este organismo, el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Como consecuencia de estas reformas, México ha subido 60 puestos en los Rankings de Competitividad Global en los últimos ocho años, y ahora es una de las dos economías más competitivas de Latinoamérica.

¹ The Eagles, Life in the Fast Lane (Asylum 1976).

Fui invitado para hablar sobre “Retos de la competencia en mercados convergentes”, así que compartiré algunas perspectivas de los Estados Unidos sobre los retos para la política de la competencia y la aplicación de la normativa para las telecomunicaciones en la economía digital.¹ Elegí una famosa canción del grupo los Eagles, “Life in the Fast Lane,” ya que pienso que captura la manera en que nuestra vida diaria ha cambiado con el advenimiento de las tecnologías de comunicaciones tan veloces.

I. Avances tecnológicos en la economía digital

La industria de las telecomunicaciones ha experimentado cambios revolucionarios en los Estados Unidos y en todo el mundo. El Internet y los smartphones, junto con otras tecnologías, permiten a los consumidores, independientemente de su clase socioeconómica, conectarse entre sí de maneras que antes eran inimaginables. Como Stephen Hawking dijo: “Ahora estamos todos conectados por el Internet, como las neuronas en un cerebro gigante”.

No sólo la industria de las telecomunicaciones misma ha evolucionado, sino que los avances tecnológicos están transformando las telecomunicaciones, que pasan de ser medios de comunicación a una plataforma para otras industrias. Las compañías de una diversidad de industrias, desde venta minorista hasta transporte, desde finanzas hasta entretenimiento, están ahora inextricablemente entrelazadas con el Internet y los dispositivos móviles. Y todo esto está ocurriendo a la velocidad del rayo.

¹ También debo señalar que COFECE ha hecho una atenta contribución al debate de los mercados digitales, al publicar “Reconsideración de la competencia en la economía digital”: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/EC-EconomiaDigital_web_ENG_letter.pdf.

Al reflexionar sobre los avances recientes, he identificado unas cuantas tendencias en la economía digital de hoy en día, que benefician a los consumidores e informan acerca de nuestras políticas de competencia.

a. Acceso a pedido

En primer lugar, con los avances en telecomunicaciones, los consumidores pueden acceder a más productos y servicios "a pedido" que nunca antes. Por ejemplo, solía suceder que, si uno quería ver un programa de TV en particular, tenía que sintonizar el televisor a ese programa a la hora exacta en que lo estaban transmitiendo. Si uno se perdía su hora de verlo, se perdía el programa. Si el programa terminaba con una situación de suspenso, tenía que esperar con ansias para ver qué sucedía la semana siguiente. La programación televisiva no lineal y los nuevos servicios de alta calidad revolucionaron cómo y cuándo ven los consumidores la televisión. Los consumidores pueden ver lo que deseen, cuando lo deseen, incluso ver "maratones" de temporadas (o series) enteras en un fin de semana. Cada vez me pongo más celoso de las personas que pueden hacer eso.

También hay más opciones de qué se puede ver. Los servicios de transmisión como Netflix, Amazon y Hulu en los Estados Unidos ofrecen a los consumidores mayores opciones de entretenimiento, incluyendo hasta la producción de contenidos originales.

Esta tendencia "a pedido" de los consumidores, en donde obtienen lo que desean y cuando lo desean, se extiende más allá del mundo de la televisión. ¿Desea leer un libro en este mismo instante? Puede comprar una versión electrónica y descargarla inmediatamente en su e-reader. ¿Un nuevo videojuego? Cómprelo y descárguelo en línea, sin dejar su sofá. ¿Necesita que lo lleven a algún lado? Puede solicitar un servicio de auto desde una aplicación en su teléfono y saber exactamente cuándo llegará.

b. Velocidad que aumenta día a día

Otra tendencia en las telecomunicaciones es la “velocidad que aumenta día a día”. La información ahora viaja más rápido que nunca. Hasta hace no mucho tiempo, si uno quería comunicar algo por escrito, debía escribir una carta y enviarla por correo. Para una carta, la velocidad se medía en días. Los faxes fueron una mejora, pero un documento largo podía tomar varios minutos en imprimirse, especialmente luego de quedarse sin ese papel curvado especial. Ahora, medimos la velocidad a lo largo de líneas de fibra óptica en milisegundos. Los consumidores que alguna vez tenían que esperar minutos para una conexión de Internet con marcación telefónica, ahora se impacientan si un sitio web o video completo toman más de un segundo en cargarse.

Una velocidad aumentada nos permite completar tareas de forma más eficiente y permite ofrecer nuevos productos y servicios para los consumidores. La necesidad de velocidad continúa. El desarrollo del 5G, por ejemplo, promete aumentar las velocidades de Internet en los dispositivos móviles, atrayendo una mayor competencia e incluso más beneficios para los consumidores de todo el mundo.

c. Movilidad

Una tercera tendencia que caracteriza las telecomunicaciones en la economía digital actual es la “movilidad”. Se espera que los estadounidenses ahora hagan más cosas en la marcha. La amplia mayoría de estadounidenses, más del 94%, es dueña de un celular, y el 77% es dueño de un smartphone.² Tres cuartos de la población de México (75%) tiene un teléfono celular y casi la mitad (42%) tiene un smartphone.³ Las cifras han crecido

² Jacob Poushter, Caldwell Bishop y Hanyu Chwe, *Posesión de smartphones al alza en las economías emergentes*, CENTRO DE INVESTIGACIÓN PEW, (19 de junio de 2018), <http://www.pewglobal.org/2018/06/19/2-smartphone-ownership-on-the-rise-in-emerging-economies>.

³ *Id.*

exponencialmente en los últimos años. Es difícil creer que el iPhone ni siquiera existía hace tan sólo 12 años.

Con laptops, tablets y smartphones, podemos, para bien o para mal, trabajar ahora desde casa, dentro de un transporte e incluso en un avión. Trabajar no es la única cosa que se ha vuelto más móvil. Los smartphones y tablets se han convertido en máquinas todo propósito para hacer llamadas, enviar correos electrónicos, enviar mensajes de texto, ver TV, jugar juegos, hacer compras e innumerables funciones más.

d. Globalización

Finalmente, y lo que es particularmente relevante aquí, es que los consumidores se benefician de la creciente globalización de la economía digital actual. Las tecnologías como Skype, WhatsApp, FaceTime, BlueJeans y Viber, permiten a las personas estar conectadas a lo largo del planeta de forma barata y efectiva a través del envío de textos por Internet, llamadas de voz sobre IP (VOIP) e incluso videollamadas.

Los consumidores pueden acceder a contenidos populares de todas partes del mundo, más que nunca antes. Los productores de medios estadounidenses, a su vez, se inspiran cada vez más en fuentes creativas internacionales. Específicamente, México tiene una fuerte influencia en la televisión y la filmografía estadounidense. Las redes de TV como Telemundo y Univisión ofrecen programación en idioma español en los Estados Unidos. Netflix está aumentando la cantidad de contenido en idioma español, incluyendo la programación original. Tan sólo el año pasado, la película Coco de Pixar, una historia de música, cultura y folklore mexicano, ganó el Premio de la Academia estadounidense de Mejor Película Animada.

Aunque los avances en la economía digital ofrecen muchos beneficios para los consumidores, también plantean nuevos retos para la aplicación de la normativa de competencia económica.

II. Reto N.º 1: La tecnología puede ofrecer nuevas formas para que las compañías cometan actos de colusión y evadan las autoridades de competencia

El primer reto que la economía digital crea para las autoridades de protección de la competencia es la colusión. La tecnología puede ofrecer nuevas formas para que las compañías cometan actos de colusión y se oculten de las autoridades. En 1985, cuando el juez del circuito Douglas Ginsburg, en ese momento era Fiscal General Adjunto para la competencia, dijo que: “El procesamiento de restricciones ilícitas propiamente dichas que afecten la competencia horizontal es, y debe ser, la actividad de acción principal de la división de competencia”.⁴ Detectar y procesar restricciones horizontales al descubierto sobre el comercio, sigue siendo una de nuestras mayores prioridades hoy en día.

El motivo por el cual en los Estados Unidos ponemos tan alta prioridad en la ejecución de las leyes de competencia económica contra las restricciones horizontales al descubierto es porque no tienen ningún beneficio para los consumidores. La fijación de precios, la colusión en un procedimiento de licitación y las asignaciones de mercado no son más que el robo generalizado a los consumidores.

Por supuesto, sólo podemos ejecutar las leyes de competencia cuando detectamos una infracción. Mientras que la economía digital beneficia a los consumidores

⁴ Douglas H. Ginsburg, Fiscal General Adjunto, División de Competencia del Departamento de Justicia de los EE. UU., Discurso en la 19ª Conferencia De Competencia de Nueva Inglaterra, Escuela de Derecho de Harvard, p. 1 (8 de noviembre de 1985).

ofreciendo nuevas formas de comunicación y tecnologías innovadoras, también ofrece a los conspiradores nuevas formas de coludir.

Los conspiradores ahora están usando salas de chat, aplicaciones de mensajería encriptada y plataformas de redes sociales para coordinar incrementos de precios, conversar sobre las próximas licitaciones y asignarse consumidores. Las reuniones a puertas cerradas podrán ser ahora virtuales, pero el daño a los consumidores sigue siendo real.

Es un reto mantenerse a la vanguardia tecnológica, pero es importante que nosotros, dentro de la comunidad de aplicación de la ley, lo hagamos. Al trabajar con el FBI y otras agencias federales de cumplimiento de ley, la División de Competencia está constantemente revaluando y reajustando nuestras prácticas investigadoras para detectar, detener y contrarrestar el uso de las nuevas tecnologías para cometer infracciones anti-competitivas.

Hace poco más de un año, en agosto de 2017, el Departamento de Justicia de los EE. UU. obtuvo dos declaraciones de culpabilidad en una conspiración para fijar los precios de productos promocionales vendidos en línea, como pulseras y collares. Aquellas investigaciones revelaron que los conspiradores usaron las plataformas de redes sociales y encriptaron las aplicaciones de mensajería para llegar a acuerdos e implementarlos.⁵

⁵ Comunicado de prensa, Oficina de Asuntos Públicos del Departamento de Justicia de los EE. UU.: La compañía de comercio electrónico y un alto directivo acordaron declararse culpables ante la conspiración de fijación de precios para productos promocionales personalizados (7 de agosto de 2017), <https://www.justice.gov/opa/pr/e-commerce-company-and-top-executive-agree-plead-guilty-price-fixing-conspiracy-customized>; Comunicado de prensa, Oficina de Asuntos Públicos del Departamento de Justicia de los EE. UU.: La compañía de comercio electrónico y un alto directivo acordaron declararse culpables ante la conspiración de fijación de precios en la industria de productos promocionales personalizados (22 de agosto de 2017), <https://www.justice.gov/opa/pr/second-e-commerce-company-and-its-top-executive-agree-plead-guilty-price-fixing-conspiracy>.

Un reto relacionado es el uso de las nuevas tecnologías (como algoritmos o inteligencia artificial) para implementar las conspiraciones anti-competitivas. Por ejemplo, la División investigó una conspiración que involucraba el uso de un algoritmo para fijar el precio de los pósters que se vendían en Amazon Marketplace. Hasta entonces, la División ha acusado a dos ejecutivos y una compañía en la conspiración.⁶

En Amazon Marketplace, un minorista fija el precio de sus propios productos. Los consumidores buscan un producto dado y Amazon Marketplace les muestra los productos de mayor interés y generalmente aparecen primero los de menor precio. Los minoristas comprenden que aparecer en primer lugar en una consulta de búsqueda es una posición ventajosa y con frecuencia usan algoritmos para poner precios a sus productos como corresponde.

La conspiración involucraba un acuerdo entre dos vendedores de pósters que utilizaban algoritmos para fijar sus precios. Un conspirador programaba su algoritmo para buscar el precio más bajo ofrecido por un competidor no conspirador para un póster en particular. El algoritmo fijaría un precio justo por debajo del precio de su competidor no conspirador.

El co-conspirador luego programaba su algoritmo para hacer coincidir su precio con el precio del primer conspirador. Eso permitía que los productos de los

⁶ Comunicado de prensa, Oficina de Asuntos Públicos del Departamento de Justicia de los EE. UU.: Ex ejecutivo de comercio electrónico acusado de fijar precios en el primer procesamiento de un mercado en línea de la División antimonopolio (6 de abril de 2015), <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>; Comunicado de prensa, Oficina de Asuntos Públicos del Departamento de Justicia de los EE. UU.: Ejecutivo de compañía de comercio electrónico y minorista en línea acusados de la fijación de precios de pósters de pared (4 de diciembre de 2015), <https://www.justice.gov/opa/pr/e-commerce-exec-and-online-retailer-charged-price-fixing-wall-posters>; Comunicado de prensa, Oficina de Asuntos Públicos del Departamento de Justicia de los EE. UU.: Minorista en línea se declara culpable de la fijación de precios de pósters de pared (11 de agosto de 2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/online-retailer-pleads-guilty-fixing-prices-wall-posters>.

conspiradores aparecieran cerca del primer puesto de la consulta de búsqueda sin tener que competir entre sí. Aunque programaban sus algoritmos de forma distinta, los conspiradores usaban algoritmos para fijar los precios y evitar la competencia.

Es preocupante que una vez se programaban los algoritmos, la conspiración se autoejecutaba en gran medida, dificultando la detección de la conducta.

Aunque se puede hacer uso de algoritmos para facilitar la fijación de precios, es importante tener en cuenta que no es una práctica inherentemente anti-competitiva. De hecho, los algoritmos son una parte importante de la economía digital y pueden ser responsables de muchas eficiencias que beneficien a los consumidores. Seguimos estudiando las implicaciones que tienen los algoritmos para la política de la competencia y ejecutaremos rigurosamente las leyes de competencia contra cualquier acuerdo ilegal.

Asimismo, trabajaremos para asegurarnos de tener las herramientas para detectar y procesar cualquier acuerdo ilegal, sin importar el tipo de tecnología utilizada para celebrar el contrato o implementarlo.

III. Reto N.º 2: Obstáculos para ingresar a la economía digital

Un segundo reto para las autoridades de protección de la competencia a nivel global es cómo evaluar el poder de mercado y los obstáculos para ingresar a la economía digital.

a. Poder de mercado

El poder de mercado es la capacidad que tiene una compañía de cobrar más que el precio competitivo o de excluir a la competencia. Las evaluaciones precisas del poder de mercado son esenciales para la aplicación de la normativa de competencia, donde de lo

contrario, un comportamiento benigno a la competencia puede volverse ilícito si un demandado tiene poder de mercado.⁷

Dadas las consecuencias significativas que se adhieren al poder de mercado y al hecho de que el poder de mercado es un factor motivador para la inversión en una economía de libre mercado, debemos ser cuidadosos en analizar la dinámica competitiva del mundo real antes de atribuir el poder de mercado a una compañía. Debemos ser especialmente cuidadosos con los mercados innovadores que están sujetos a rápidos cambios.

Al evaluar el poder de mercado, con frecuencia usamos la participación de mercado como medida inicial. No obstante, esto puede ser engañoso en la economía digital. Las plataformas en línea compiten entre sí de formas nuevas y distintas. Las categorías de productos y servicios se transforman rápida y fácilmente. Los líderes del mercado con frecuencia son desplazados en categorías generales y especiales. Además, la existencia de plataformas de facetas múltiples complica el análisis, especialmente si las plataformas ofrecen servicios gratuitamente a un grupo de usuarios subsidiado a través de las ventas a otro grupo de consumidores. El cálculo tradicional de la participación de mercado puede no ser tan útil en tales casos.⁸

Definir el mercado relevante y calcular las participaciones no pone fin a la investigación, ya que una alta participación de mercado no siempre equivale a *poder de mercado*. Dependiendo de las circunstancias, una compañía con una alta participación de mercado todavía podría carecer de la capacidad de incrementar sus precios o excluir a los competidores.

⁷ Herbert Hovenkamp, *Tecnologías de la información y derecho de competencia*, 68 FLA. L. REV. 419, 423 (2016).

⁸ *Id.* en 432.

Déjenme explicarles.

Las altas participaciones de mercado pueden ser fugaces, especialmente en los mercados dinámicos. Una alta participación de mercado o amplias ganancias pueden reflejar la ventaja que viene con ser el "primero en mover la ficha". Las grandes ganancias permiten a las compañías recuperar sus inversiones en costos irrecuperables y ofrecen incentivos para asumir los riesgos inherentes en la innovación.

Los precios continuamente elevados también pueden funcionar como un motor de innovación, invitando el ingreso e incluso la disrupción, por parte de nuevos competidores. En la economía digital de hoy en día, podría ser totalmente posible que las compañías populares con grandes participaciones de mercado sean rápidamente reemplazadas por competidores nuevos e innovadores. Las compañías que fallan en innovar, a menudo se quedan a la zaga. Como lo advirtió cierta vez Semon Knudsen, un ejecutivo estadounidense de la industria automotriz: "En los negocios, la competencia te va a morder si te mantienes corriendo; en el momento en que te detengas, te van a tragar".

Esto es verdad tanto en los Estados Unidos como en México. Por ejemplo, un estudio observó los 20 sitios web más populares de México entre 2006 y 2013.⁹ Facebook saltó del puesto 14 en popularidad en 2006 al puesto 1 para 2013, mientras que sus competidores MySpace y Hi5 cayeron del puesto 7 y 13, respectivamente, hasta quedar completamente fuera del ranking. Twitter no figuraba para nada en la lista en 2006, pero subió al puesto 7 hacia 2013. ¿Quién sabe cómo se verá una lista comparable en 2025?

En un mercado dinámico con pocos obstáculos para ingresar, una alta participación de mercado podría no traducirse en la capacidad de cobrar un precio supra competitivo o

⁹ David S. Evans y Elisa V. Mariscal, *Análisis de definición de mercado en Latinoamérica con aplicaciones para industrias con base en Internet*, 9 ISJLP 531,567 (2014).

excluir a los competidores. La pregunta para las autoridades de la competencia es si una compañía tiene un poder de mercado duradero. Esta pregunta requiere una cuidadosa evaluación del mercado con base en la evidencia, y de las limitaciones competitivas relevantes, incluyendo los obstáculos para ingresar.¹⁰

Para ser claro, el poder de mercado por sí mismo no es una infracción anti-competitiva, pero cuando el poder de mercado se establece a través de un análisis cuidadoso, analizamos la conducta más de cerca. Si una compañía usa el poder de mercado para perjudicar o excluir a la competencia, es necesario ejecutar la ley oportuna y rigurosamente. Para mantener los mercados libres y abiertos, debemos protegerlos contra compañías ya presentes que puedan utilizar el poder de mercado para aplastar o bloquear a los nuevos ingresantes innovadores. No obstante, debemos hacer esto de una forma que no inhibamos equivocadamente la innovación.

b. Obstáculos para ingresar

Otro reto consiste en evaluar los obstáculos para ingresar. En términos generales, existen dos tipos de obstáculos principales. El primer tipo existe de forma natural en el mercado o lo crean los participantes del mercado. El segundo tipo son obstáculos regulatorios creados a través de las acciones del gobierno. Estos son fundamentalmente distintos y requieren una respuesta distinta por parte de las autoridades de competencia.

Los obstáculos para ingresar creados por las fuerzas del mercado (como un producto superior o estructuras de costos más eficientes) normalmente no justifican una intervención de la División. En tales casos, el enfoque general de la División es seguir el

¹⁰ *Id.* en 577.

Juramento Hipocrático y "lo primero es no hacer daño". Un mercado libre y abierto es, a menudo, la mejor medicina.

Los competidores pueden sobrepasar los altos obstáculos para ingresar a través de la innovación disruptiva, creando así nuevos productos y servicios para el beneficio de los consumidores. A esto le llamamos "competencia dinámica". La reciente historia de los avances en telecomunicaciones demuestra esta característica. La industria de las telecomunicaciones se ha visto caracterizada por costos fijos elevados y costos irrecuperables, economías de escala y alcance, y efectos de red. No obstante, las innovaciones tecnológicas han provocado la competencia de nuevos ingresantes, incluyendo proveedores de TV por cable, de servicios inalámbricos y satelitales.

Aunque la mera existencia de tales obstáculos no requiere normalmente una acción del estado, debemos estar atentos para identificar a las compañías dominantes que puedan tomar acciones para erigir o utilizar obstáculos para ingresar, con el fin de excluir a los competidores innovadores. Por supuesto, en los Estados Unidos, se necesitaron muchas acciones en defensa de la competencia contra nuestra compañía de telefonía dominante, AT&T, en el siglo veinte para crear competencia.

Los obstáculos regulatorios para ingresar son, no obstante, fundamentalmente diferentes. Los obstáculos regulatorios pueden perjudicar más a la competencia porque no se pueden deshacer mediante las fuerzas del mercado. La regulación a veces puede actuar como un obstáculo para ingresar, manteniendo fuera a los ingresantes potenciales, quienes de lo contrario, aumentarían la competencia, bajarían los precios y aumentarían las opciones para los consumidores.

La regulación de los precios, los topes de precios y la compartición forzosa también pueden disuadir el ingreso. Al limitar la cantidad de ganancias que una compañía puede generar o al requerir que una compañía exitosa comparta sus activos con los competidores, el gobierno puede retirar los incentivos necesarios para alentar nuevos ingresos.

El prospecto de hacer nuevas ganancias, incluso si son de corta duración, es un impulsor importante de competencia e innovación. Como lo explicaba quien entonces era el juez (y ahora juez de la Corte Suprema) Gorsuch en la decisión de *Novell vs. Microsoft*: “El monopolista puede verse disuadido de invertir, innovar o expandirse (o incluso ingresar a un mercado, en primer lugar) sabiendo que cualquier cosa que cree, será forzado a compartirla; la compañía más pequeña puede verse disuadida también, sabiendo que sólo podría exigir el derecho a la reserva sobre su rival más grande”.¹¹ Estoy totalmente de acuerdo con el juez Gorsuch.

Por supuesto, no le sorprenderá oír que los competidores ya existentes frecuentemente prefieren la regulación. Preserva el *status quo* y entorpece la competencia de los nuevos ingresantes. Las compañías que tienen poder de mercado dentro de un mercado regulado también suponen una mayor amenaza para la competencia porque no pueden ser desalojadas a través de una competencia feroz o disruptiva.

Es, por tanto, importante distinguir entre los obstáculos regulatorios que son el producto desafortunado de un intento de competidores existentes para bloquear a los ingresantes innovadores y aquellos obstáculos que están justificados por razones legítimas. En ciertos casos, las autoridades de la competencia pueden tener que intervenir para eliminar los obstáculos regulatorios y abrir el mercado para nuevos ingresantes.

¹¹ *Novell, Inc. vs. Microsoft Corp*, 731 F.3d 1064, 1073 (10^o Cir. 2013).

La regulación gubernamental también puede ser problemática en las industrias de rápido movimiento porque suele ser rígida y lenta; quedándose rezagada ante los cambios de las tecnologías y las condiciones del mercado. Este "rezago regulador" puede retrasar el ingreso, la expansión y la innovación. Las autorizadas de la competencia no son ni inventores ni expertos técnicos, pero, es tarea nuestra mantener a los mercados libres. Son aquellos mercados libres y competitivos los que son los mejores medios para determinar qué tecnología funciona mejor para los consumidores y para la economía.¹²

Como dijo una vez Morris Sayre, ex jefe de la Asociación Nacional de Fabricantes: “La idea de imponer restricciones a la libre economía para asegurar la libertad de la competencia, es como romper la pierna de un hombre para hacer que corra más rápido”.

Para promover mejor la innovación y la competencia, el gobierno debería en vez, despejar el camino para la innovación y permitir a las compañías experimentar con nuevas tecnologías, así como ofrecer alternativas a los consumidores. Los gobiernos también pueden trabajar en eliminar o simplificar las reglas para obtener licencias en lo posible y en disminuir la complejidad para obtener permisos y derechos de paso cuando corresponda.

Afortunadamente, tanto en los Estados Unidos como en México, ha habido una tendencia hacia la desregularización en la industria de las telecomunicaciones; abrir los mercados a nuevas compañías y nuevas tecnologías que beneficien a los consumidores y a la economía.

La presión de los Estados Unidos para la desregularización de los últimos dos años dio como resultado, la eliminación de cientos de regulaciones engorrosas y redujo los

¹² Véase David J. Teece, *Telecomunicaciones en Transición: Desagregación, reintegración y competencia*, 1 MICH. TELECOMM. L. REV. 47, 68 (1995) (haciendo hincapié en que, en la medida de lo posible, el gobierno debe ser neutral ante la tecnología).

costos reguladores en \$23,000 millones en los últimos dos años. Neomi Rao, ex colega mía y la actual jefa de la Oficina de Información y Asuntos Reguladores en la Casa Blanca, explicó la política de la Administración frente a la regulación: “A menos que la ley requiera lo contrario, progresamos sólo cuando podemos identificar un grave problema o falla del mercado que sería mejor abordada por una regulación federal”.¹³

Mientras hacemos eso, nosotros, como protectores de la competencia, necesitamos estar más alertas. Como señaló en 1995 Anne Bingaman, una de mis predecesoras en la División de Competencia: “A medida que progresamos con la desregularización de más industrias, como las telecomunicaciones y los ferrocarriles, debemos tener en cuenta que la meta de la desregularización es promover y proteger la competencia, no reemplazar los monopolios regulados por otros no regulados”.¹⁴ Estoy de acuerdo. La desregularización y la aplicación de la normativa de competencia deben ir de la mano. Cuando se abren los mercados, las autoridades de competencia deben estar alertas para investigar y detener los comportamientos anti-competitivos.

IV. Reto N.º 3: ¿Cómo deberían informar los avances tecnológicos la revisión de las fusiones en las telecomunicaciones?

Permítanme ahora hablar del tercer reto que la economía digital trae a la aplicación de la normativa de competencia: determinar cómo los avances tecnológicos deberían informar las revisiones de fusiones, especialmente en las telecomunicaciones.

¹³ Neomi Rao, “Los esfuerzos de desregularización de la administración de Trump están ahorrando miles de millones de dólares”, The Wash. Post, (17 de octubre de 2017), https://www.washingtonpost.com/opinions/the-trump-administration-is-deregulating-at-breakneck-speed/2018/10/17/09bd0b4c-d194-11e8-83d6-291fceed2ab1_story.html?utm_term=.519941048a8d.

¹⁴ Anne Bingaman, Fiscal General Adjunto de la División antimonopolio, Departamento de Justicia de los EE. UU.: *Inyección de competencia en las industrias y servicios públicos regulados*, Comentarios como se presentan ante la Sección de servicios públicos, comunicaciones y transporte, Colegio de Abogados de los Estados Unidos (20 de abril de 1995), <https://www.justice.gov/atr/file/519086/download>.

La revisión de fusiones es distinta de la revisión de la conducta que acabo de mencionar porque la revisión de fusiones es principalmente una proyección futura. Cuando se examina una fusión propuesta, nos preguntamos: “¿Es probable que el efecto "reduzca la competencia o tienda a crear un monopolio?”.¹⁵ Si la respuesta a la pregunta es "sí", entonces la fusión es ilegal.

Este enfoque permite a la División de Competencia actuar antes que surja un problema en el mercado. También permite que la División aborde problemas que no estarían necesariamente cubiertos en un caso concreto. Por ejemplo, una fusión para monopolio es ilegal. La División de Competencia demandaría para bloquear dicha fusión. Fuera del contexto de la fusión, la División de Competencia no busca disolver un monopolio que es legítimamente adquirido.

La Corte Suprema de los EE. UU. reconoció explícitamente en su caso emblemático *Trinko* que “la mera posesión del poder del monopolio y el cobro inherente de los precios del monopolio, no solamente es ilícito, sino también es un elemento importante del sistema de libre mercado”.¹⁶

El crecimiento de la economía digital y la importancia creciente de Internet y los avances tecnológicos en telecomunicaciones, afectan la manera en que pensamos acerca de algunas fusiones. Los hechos importan bastante en la aplicación de la normativa de competencia. Mientras la ley y los principios subyacentes no han cambiado, la economía digital frecuentemente cambia los hechos y siempre tomamos esos hechos en consideración.

¹⁵ 15 U.S.C. § 18.

¹⁶ *Verizon Communications, Inc. vs. Firmas de abogados de Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

Un hecho que ha cambiado en el mundo de los medios de comunicación es el desarrollo de nuevas tecnologías y nuevos ingresantes, como Netflix, Amazon, Hulu y YouTube. Como lo comenté anteriormente, la programación no lineal cambió los hábitos de ver TV de los consumidores y permitió la creación de nuevos modelos de negocio. Estos cambios crearon una explosión de contenido nuevo disponible para los espectadores.

A la luz de esta proliferación de contenidos, las fusiones como la que se dio entre Disney y Fox que revisamos recientemente, plantean menos inquietudes competitivas que lo que hubieran planteado en el pasado.

Los mismos hechos subyacentes que nos hacen estar menos preocupados acerca de ciertos tipos de fusiones, podrían hacernos más preocupados sobre otros. Por ejemplo, una fusión que combinaba una compañía de creación de contenido significativo con una compañía de distribución de contenido significativo podría plantear la posibilidad de impedir el acceso. Independientemente, cada lado de la fusión podría haber tenido el incentivo, pero no la capacidad de perjudicar a sus rivales horizontales. Juntos y dependiendo de las circunstancias, la compañía combinada puede tener el incentivo y la capacidad de perjudicar a sus rivales, y finalmente a los consumidores.

Estas preocupaciones competitivas podrían ser tan drásticas como impedir completamente el acceso al sistema de distribución o más sutil como cuando los precios se incrementan por encima de los niveles competitivos. De forma similar, el sistema de distribución de legado puede perjudicar a los demás distribuidores limitando su acceso al contenido de la entidad recién fusionada.

Estas preocupaciones no son estrictamente hipotéticas en lo que a telecomunicaciones se refiere. La División de Competencia se enfrentó a una versión de esta situación en 2011 cuando Comcast compró NBCUniversal.¹⁷ Al respecto y bajo la Administración anterior, la División, junto con nuestro regulador de telecomunicaciones, la FCC, buscó resolver sus preocupaciones y preservar la competencia firmando un acuerdo de remedios de conducta altamente regulador.

Más recientemente, nos enfrentamos a esta situación cuando AT&T compró Time Warner.¹⁸ Ese asunto tiene una apelación pendiente, con una defensa oral programada para el seis de diciembre. No diré más, sólo que hay que tomar en cuenta que el tema puede aclararse en los meses por venir.

Otro problema potencial podría surgir si un distribuidor de contenido verticalmente integrado busca fusionarse con otro distribuidor. Aunque el análisis depende de los hechos específicos, existe la posibilidad de que la entidad combinada pudiera actuar como un equipo selector para los servicios de Internet que dependen de una conexión de banda ancha para llegar a los consumidores. La compañía combinada puede tener el incentivo y la capacidad de estrangular a los competidores incipientes en Internet, desde sus orígenes. Nuevamente, esta preocupación no es estrictamente hipotética. Aunque ocurrió hace mucho tiempo, la División de Competencia confrontó esta situación en 2015, cuando Comcast pensó en comprar Time Warner Cable. En ese caso, las partes abandonaron la transacción luego de que la División expresara su preocupación.¹⁹

¹⁷ Véase *Queja, Estados Unidos vs. Comcast Corp.*, 1:11-cv-00106 (D.D.C., 18 de enero de 2011).

¹⁸ *Estados Unidos vs. AT&T Inc.*, No. 17-2511, slip op. (D.D.C. 12 de junio de 2018).

¹⁹ Comunicado de prensa, Oficina de Asuntos Públicos del Departamento de Justicia de los EE. UU.: Comcast Corporation abandona la adquisición propuesta de Time Warner Cable luego de que el

Dada la importancia de Internet en la economía digital, estamos especialmente enfocados en las preocupaciones de equipos selectores o cuellos de botella en las fusiones de telecomunicaciones. Dichos problemas se abordan mejor durante el proceso de revisión de la fusión porque se hacen mucho más difíciles de resolver posteriormente.

Una vez que se determina que el efecto de una fusión propuesta “puede reducir la competencia sustancialmente”, la próxima pregunta sería qué hacer al respecto. En las telecomunicaciones, como con otras industrias, favorecemos firmemente los remedios estructurales. Entonces, si no se encuentra disponible un remedio estructural, salvo en las circunstancias más insólitas, se buscará bloquear una fusión ilegal.

La División prefiere más los remedios estructurales que los de conducta.²⁰ Los remedios de conducta presentan tres problemas. El primero es que son inherentemente regulatorios, lo que quiere decir que sustituyen la toma de decisiones del libre mercado preferido por un sistema centralizado.

El segundo motivo está muy relacionado con el primero: La División de Competencia ejecuta la ley, e incluso cuando la regulación pueda ser apropiada, no está equipada para ser el regulador permanente.

El tercer motivo por el cual los decretos de comportamiento son problemáticos es porque son arreglos meramente temporales para un problema constante. Una vez que el plazo del acuerdo se vence, ya sea en cinco, siete o diez años, las condiciones desaparecen, pero la fusión y cualquier efecto contra la competencia en curso

Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comunicaciones informara a las partes sobre sus preocupaciones (24 de abril de 2015), <https://www.justice.gov/opa/pr/comcast-corporation-abandons-proposed-acquisition-time-warner-cable-after-justice-department>.

²⁰ Makan Delrahim, Fiscal General Adjunto de la División de Competencia del Departamento de Justicia de los EE. UU.: Discurso sobre la competencia y la desregularización en el Foro de otoño, sección de competencia del Colegio de Abogados de los Estados Unidos (16 de noviembre de 2017), <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1012086/download>.

permanecen. En contraste, un remedio estructural arregla más eficientemente los problemas competitivos que provienen de la fusión.

V. Conclusión

Los retos a los que nos enfrentamos hoy en día en la economía digital no son algo que México y los Estados Unidos estén confrontando solos. Cuando hablé hace un rato sobre la convergencia tecnológica, también estamos viendo una mayor convergencia internacional en relación a la cooperación y los principios de la política de competencia. Tanto los Estados Unidos como México se benefician de la cooperación y el diálogo regional e internacional en materia de competencia.

Relacionada con la convergencia en cooperación y normas sustantivas, e igualmente importante a mi modo de ver, es la convergencia en procedimientos razonables y justos para las investigaciones y la aplicación de la normativa de competencia. En el tratado recientemente anunciado entre Estados Unidos, México y Canadá, conocido como el USMCA, los tres socios norteamericanos introdujeron un robusto conjunto de disposiciones de procedimientos justos. Estas cubren temas tales como: no discriminación, transparencia, tiempo de las investigaciones, derecho a ser escuchado y a ser representado por un abogado, protección de información privilegiada y confidencial, y revisión judicial de las decisiones de la autoridad.

El USMCA es un gran paso hacia asegurar procedimientos justos, lo que mejorará la calidad de nuestra toma de decisiones y reforzará la legitimidad de nuestra misión de protección de la competencia. Al mismo tiempo, facilitará más la cooperación entre las autoridades.

Permítanme concluir agradeciendo al IFT por invitarme el día de hoy a esta excelente conferencia. Como vecinos cercanos, ambos tenemos tanto que aprovechar al trabajar juntos para preservar la competencia y ayudar a crear las condiciones para la innovación y el crecimiento económico continuos.

Gracias.