

Los textos que aparecen como “Confidencial” corresponden a información clasificada con el carácter de confidencial, de conformidad con los artículos 31 bis, fracción II de la Ley Federal de Competencia Económica; 111 y 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; 113 fracciones I y III, y 118 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como en lo dispuesto por los Lineamientos Trigésimo Octavo fracciones I y II, y Cuadragésimo de los Lineamientos Generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas

Índice de contenido

| | |
|--|-----|
| I. GLOSARIO | 3 |
| II. ANTECEDENTES..... | 15 |
| III. CONSIDERANDOS..... | 19 |
| Primero. Competencia..... | 19 |
| Segundo. Elementos del OPR | 21 |
| 2.1. Mercado Relevante | 22 |
| 2.2. Poder sustancial..... | 23 |
| 2.3. Conducta imputada..... | 23 |
| 2.4. Objeto de la conducta imputada | 25 |
| 2.5. Duración de la conducta..... | 26 |
| 2.6. Conclusiones del OPR | 26 |
| Tercero. Otras Prácticas Denunciadas..... | 26 |
| 3.1. Fracción V del artículo 10 de la LFCE | 28 |
| 3.2. Fracción XI del artículo 10 de la LFCE..... | 29 |
| 3.3. Conclusiones | 29 |
| Cuarto. Consideraciones Previas | 31 |
| Quinto. Análisis de los argumentos de las Emplazadas | 39 |
| 5.1. Cuestiones Previas | 39 |
| 5.2. Argumentos en contra del OPR..... | 102 |
| Sexto. Valoración y Alcance de las Pruebas..... | 202 |
| 6.1. Elementos probatorios del OPR..... | 202 |

| | |
|---|------------|
| 6.2. Elementos probatorios aportados por las Emplazadas..... | 215 |
| Séptimo. Alegatos..... | 231 |
| Octavo. Acreditación de la Práctica Monopólica Relativa..... | 231 |
| 8.1. Elementos constitutivos de una práctica monopólica relativa..... | 231 |
| 8.2. Conducta..... | 233 |
| 8.2.1. Existencia de una relación comercial entre AMX y Telcel con BLM..... | 234 |
| 8.2.2. Evolución de la relación comercial entre AMX y Telcel con BLM..... | 236 |
| 8.2.3. Otorgamiento de incentivos de las Emplazadas a BLM..... | 239 |
| 8.2.4. Conclusión..... | 241 |
| 8.3. Mercado Relevante y Mercados Relacionados..... | 242 |
| 8.3.1. Mercado Relevante..... | 242 |
| 8.3.2. Mercados Relacionados..... | 247 |
| 8.4. Poder Sustancial en el Mercado Relevante..... | 248 |
| 8.5. Objeto de la Conducta..... | 255 |
| 8.6. Ausencia de Ganancias en Eficiencia..... | 263 |
| 8.7. Conclusiones del análisis..... | 265 |
| NOVENO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PECUNIARIA..... | 267 |
| 9.1. Propósito..... | 267 |
| 9.2. Disposiciones y criterios aplicables..... | 268 |
| 9.3. Elementos para determinar la multa aplicable..... | 269 |
| 9.3.1. Tamaño del mercado afectado, duración de la práctica y participación de los infractores..... | 269 |
| 9.3.2. Daño causado..... | 274 |
| 9.3.3. Indicios de intencionalidad y gravedad de la infracción..... | 275 |
| 9.3.4. Reincidencia o antecedentes..... | 278 |
| 9.3.5. Capacidad económica..... | 279 |
| 9.3.6. Límite legal máximo..... | 279 |
| 9.4. Determinación del monto de la multa..... | 280 |
| IV. Resolutivos..... | 282 |

RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE SOBRE LA PRÁCTICA MONOPÓLICA RELATIVA, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 10, FRACCIÓN VIII, DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, IMPUTADA A AMÉRICA MÓVIL, S.A.B. DE C.V. Y RADIOMÓVIL DIPSA, S.A. DE C.V. EN EL EXPEDIENTE E-IFT/UCE/DGIPM/PMR/0006/2013

En la Ciudad de México, a doce de abril de dos mil dieciocho.- Visto el expediente E-IFT/UCE/DGIPM/PMR/0006/2013, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto y vigésimo, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Séptimo Transitorio del "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos", publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece; 1, 2, 3, 8, 10, fracción VIII, 24, fracciones IV y XIX, y 33, fracción VI, de la Ley Federal de Competencia Económica;¹ así como 1, 4, fracción I, 6, fracción XVII, 7, 8, 11 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones,² el Pleno de este Instituto Federal de Telecomunicaciones, en su XV Sesión Ordinaria celebrada en esta misma fecha, resuelve de acuerdo a los antecedentes, los considerandos y los resolutivos que a continuación se expresan.

En la presente resolución se utilizarán los siguientes acrónimos y términos.

I. GLOSARIO

| Término | Definición |
|----------------|---------------------------------|
| A-móvil | Avance en Calidad, S.A. de C.V. |

¹ El ordenamiento legal aplicable al presente procedimiento es aquél que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, mismo que se reformó en cuatro ocasiones. Las reformas se encuentran publicadas en el Diario Oficial de la Federación en las siguientes fechas: **(I)** veintiocho de junio de dos mil seis; **(II)** diez de mayo de dos mil once; **(III)** treinta de agosto de dos mil once, y **(IV)** nueve de abril de dos mil doce.

² Ordenamiento publicado en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de septiembre de dos mil catorce y modificado mediante acuerdos del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, publicados en el Diario Oficial de la Federación el diecisiete de octubre de dos mil catorce, el diecisiete de octubre de dos mil dieciséis y el veinte de julio de dos mil diecisiete.

| Término | Definición |
|------------------------------|---|
| Acuerdo de Conclusión | Acuerdo emitido el treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete por el Director General de Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas, en suplencia por ausencia del Titular de la Autoridad Investigadora del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante el cual se dio por finalizado el periodo de investigación, comprendido entre el veintidós de octubre de dos mil nueve a la fecha en que concluyó la investigación, esto es, al treinta de mayo de dos mil diecisiete, sustanciado en el expediente E-IFT/UCE/DGIPM/PMR/0006/2013. |
| Acuerdo de Inicio | Acuerdo emitido el quince de octubre de dos mil catorce por el Director General de Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas, en suplencia por ausencia del Titular de la Autoridad Investigadora del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante el cual ordenó el inicio de la investigación a ser tramitada en el expediente E-IFT/UCE/DGIPM/PMR/0006/2013. |
| AMX o América Móvil | América Móvil, S.A.B. de C.V. |
| AT&T | AT&T Comercialización Móvil, S. de R.L. de C.V. |
| Autoridad Investigadora o AI | Autoridad Investigadora del Instituto Federal de Telecomunicaciones. |
| Banamex | Banco Nacional de México, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Banamex. |
| Bancomer | BBVA Bancomer, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo financiero BBVA Bancomer. |
| BLM | Blue Label México, S.A.P.I. de C.V. |
| BMV | Bolsa Mexicana de Valores, S.A.B. de C.V. |

| Término | Definición |
|-----------------|--|
| Brink's EPAGO | Brink's EPAGO, S.A. de C.V. |
| Celular Express | Celular Express, S.A. de C.V. |
| Celular Kit | Celular Kit, S. de R.L. de C.V. |
| CFC | La extinta Comisión Federal de Competencia, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, creada mediante decreto por el que se expidió la Ley Federal de Competencia Económica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos. |
| CFPC | Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, mismo que fue reformado en diversas ocasiones, cuya última reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el nueve de abril de dos mil doce. |
| Chedraui | Grupo Comercial Chedraui, S.A.B. de C.V. |
| CIERTO | Teligentia, S.A. de C.V. |
| Círculo K | Comercializadora Círculo CCK,, S.A. de C.V. |
| Cofece o CFCE | Comisión Federal de Competencia Económica, órgano constitucional autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, creado mediante el " <i>Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones</i> ", publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece. |
| Cofetel | La extinta Comisión Federal de Telecomunicaciones, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, creado mediante el " <i>Decreto</i> |

| Término | Definición |
|-----------------------------|---|
| | <i>por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el nueve de agosto de mil novecientos noventa y seis.</i> |
| Comparecencia HCT | Diligencia en la que compareció la C. “Confidencial” en las oficinas del Instituto Federal de Telecomunicaciones, el dieciocho de abril de dos mil diecisiete, la cual fue ordenada mediante el oficio IFT/110/AI/DG-PMCI/089/2017 de fecha veintiocho de marzo de dos mil diecisiete. ³ |
| Comparecencia SFCG | Diligencia en la que compareció el C. “Confidencial” en las oficinas del Instituto Federal de Telecomunicaciones, el once de mayo de dos mil diecisiete, la cual fue ordenada mediante el oficio número IFT/110/AI/DG-PMCI/116/2017 de fecha veinticinco de abril de dos mil diecisiete. ⁴ |
| Comparecencia I VMGC | Diligencia en la que compareció el C. “Confidencial” en las oficinas del Instituto Federal de Telecomunicaciones, el veintiuno de abril de dos mil diecisiete, la cual fue ordenada mediante el oficio número IFT/110/AI/DG-PMCI/093/2017 de fecha veintinueve de marzo de dos mil diecisiete. ⁵ |
| Comparecencia II VMGC | Diligencia en la que compareció el C. “Confidencial” en las oficinas del Instituto Federal de Telecomunicaciones, el veintiocho de abril de dos mil diecisiete, la cual fue ordenada mediante el oficio número IFT/110/AI/DG-PMCI/114/2017 de fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete. ⁶ |
| Contrato de Venta de Saldos | Contrato celebrado por América Móvil, S.A.B. de C.V., Blue Label México, S.A. de C.V. y Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V. el veinticinco de junio de dos mil doce. ⁷ |

³ Folios 26222 a 26294.

⁴ Folios 34181 a 34201.

⁵ Folios 26736 a 26765.

⁶ Folios 30300 a 30322.

⁷ Folios 3918 a 3951.

| Término | Definición |
|------------------------|---|
| CPEUM | Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. |
| DAT | Distribuidor Autorizado Telcel. |
| Decreto Constitucional | Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la CPEUM, en materia de telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece. |
| Decreto LFCE | <i>“Decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica y se reforman y adicionan diversos artículos del Código Penal Federal”</i> publicado en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce. |
| Denuncia | Escrito presentado ante la oficialía de partes del Instituto Federal de Telecomunicaciones el veinticinco de octubre de dos mil trece, mediante el cual Pegaso PCS, S.A. de C.V.; Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V.; Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V.; Celular de Telefonía, S.A. de C.V.; Telefonía Celular del Norte, S.A. de C.V. y Movitel del Noreste, S.A. de C.V. denunció a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V. y BLM y/o sus empresas controladoras, filiales o subsidiarias y/o cualesquiera otros agentes económicos que resulten responsables directos de la realización de las conductas denunciadas por la probable comisión de diversas prácticas monopólicas relativas. |
| Denunciadas | Radiomóvil Dipsa S.A. de C.V., Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V. y BLM. |
| Denunciante | Pegaso PCS, S.A. de C.V.; Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V.; Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V.; Celular de Telefonía, S.A. de C.V.; Telefonía Celular del Norte, S.A. de C.V. y Movitel del Noreste, S.A. de C.V. |

| Término | Definición |
|------------------------|--|
| DGPMCI | Dirección General de Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas, adscrita a la Autoridad Investigadora del Instituto; o en su caso, el titular de esa dirección general. |
| Diestel | Diestel, S.A. de C.V. |
| DOF | Diario Oficial de la Federación. |
| Emplazadas | AMX y Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. |
| Elektra | Grupo Elektra, S.A.B. de C.V. |
| Emida | Emida de México, S. de R.L. de C.V. |
| ENIGH | Encuesta Nacional de Ingreso y Gasto de los Hogares, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía. |
| Estatuto Orgánico | Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones publicado en el DOF el cuatro de septiembre de dos mil catorce. |
| Estatuto Orgánico 2014 | Estatuto Orgánico del Instituto publicado en el DOF el cuatro de septiembre de dos mil catorce, modificado mediante acuerdo publicado en el mismo medio de difusión el diecisiete de octubre de dos mil catorce. |
| Estatuto Orgánico 2016 | Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones publicado en el DOF el cuatro de septiembre de dos mil catorce, modificado mediante acuerdos publicados en el mismo medio de difusión el diecisiete de octubre de dos mil catorce y el diecisiete de octubre de dos mil dieciséis. |
| Estatuto Orgánico 2017 | Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones publicado en el DOF el cuatro de septiembre de dos mil catorce, modificado mediante |

| Término | Definición |
|-----------------------|---|
| | acuerdos publicados en el mismo medio de difusión el diecisiete de octubre de dos mil catorce, el diecisiete de octubre de dos mil dieciséis y el veinte de julio de dos mil diecisiete. |
| Expediente | Las constancias del expediente administrativo número E-IFT/UCE/DGIPM/PMR/0006/2013 del índice del Instituto Federal de Telecomunicaciones. Toda referencia de folios que se haga en esta resolución se entenderá realizada respecto a dicho sumario, salvo que expresamente se establezca lo contrario. |
| Ezuzá | Ezuzá México, S. de R.L. de C.V. |
| Farmacias del Ahorro | Comercializadora Farmacéutica de Chiapas, S.A. de C.V. |
| Farmacias Guadalajara | Corporativo Fragua, S.A.B. de C.V. |
| Femsa | Fomento Económico Mexicano, S.A.B. de C.V. |
| GIE | Grupo de Interés Económico. |
| Gigante | Grupo Gigante, S.A.B. de C.V. |
| Grupo Bimbo | Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V. |
| ICONN | Innovación y Conveniencia, S.A. de C.V. |
| IHH | Índice de Herfindahl-Hirschman. |
| IMPI | Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. |
| INEGI | Instituto Nacional de Estadística y Geografía. |

| Término | Definición |
|-----------------------------|---|
| Instituto o IFT | Instituto Federal de Telecomunicaciones, órgano constitucional autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, creado en virtud del Decreto Constitucional. |
| Iusacell | Comunicaciones Celulares de Occidente, S.A. de C.V., Sistemas Telefónicos Portátiles Celulares, S.A. de C.V., Telecomunicaciones del Golfo, S.A. de C.V., Portatel del Sureste, S.A. de C.V., SOS Telecomunicaciones, S.A. de C.V., Iusacell PCS, S.A. de C.V., y Iusacell PCS de México, S.A. de C.V. |
| IVA | Impuesto al Valor Agregado. |
| Juzgado Primero de Distrito | Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República. |
| LFCE | Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el DOF el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, cuya última reforma se publicó en el mismo medio de difusión el nueve de abril de dos mil doce, norma vigente al inicio de la investigación tramitada en el Expediente. |
| LFTR | Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada en el DOF el catorce de julio de dos mil catorce, cuyas reformas han sido publicadas en el mismo medio de difusión el diecisiete y dieciocho de diciembre de dos mil quince, el primero de junio de dos mil dieciséis y el veintisiete de enero de dos mil diecisiete. |
| Mercados Investigados | Los mercados de la distribución y comercialización de recargas electrónicas de tiempo aire para el uso del servicio móvil en territorio nacional. |

| Término | Definición |
|-----------------------|---|
| Mercados Relacionados | Servicios minoristas de venta de tiempo aire en las localidades del país en las que, durante la exclusividad, Telcel enfrentaba o podía enfrentar competencia de otros Operadores de Servicios de Telefonía Móvil y en las cuales los únicos puntos de venta disponibles y a los que podían acceder los suscriptores o consumidores finales, eran los abastecidos por BLM a través de la <i>Red Qiubo</i> . |
| Mercado Relevante | Para efectos de la presente resolución, se refiere a la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los Operadores de Servicios de Telefonía Móvil a los distribuidores y/o comercializadores, cuya dimensión geográfica es nacional. |
| Movistar | Pegaso PCS, S.A. de C.V. |
| MXN | Corresponde a pesos mexicanos. |
| N/A | No aplica. |
| Nextel | Comunicaciones Nextel de México, S.A. de C.V. |
| Oficialía | Oficialía de partes del Instituto. |
| Oficio 068 | Requerimiento de información vía oficio número IFT/110/AI/DG-PMCI/068/2017, emitido por el DGPMCI el diez de marzo dos mil diecisiete, dirigido a BLM. ⁸⁹ |

⁸ Término empleado por el Banco de México, disponible en: <http://www.banxico.org.mx/portal-mercado-cambiario/foreign-exchange-markets--exc.html>

⁹ Folios 17548 a 17580.

| Término | Definición |
|-------------------------|---|
| Oficio 071 | Requerimiento de información dirigido a BLM vía oficio número IFT/110/AI/DG-PMCI/071/2015, emitido por el DGPMCI el dieciséis de diciembre de dos mil quince. ¹⁰ |
| Oficio 136 | Requerimiento de información dirigido a Telcel vía oficio número IFT/110/AI/DG-PMCI/136/2016, emitido por el DGPMCI el tres de noviembre de dos mil dieciséis. ¹¹ |
| OMV(s) | Operador(es) Móvil(es) Virtual(es). |
| OPR | Oficio de probable responsabilidad emitido el treinta de agosto de dos mil diecisiete por el Titular de la Autoridad Investigadora, dentro del Expediente. |
| OSTM | Operadores de Servicios de Telefonía Móvil, incluyendo a los OMVs. |
| Periodo de Exclusividad | Periodo que duró la exclusividad entre AMX-Telcel con BLM, comprendido del treinta y uno de marzo de dos mil doce al treinta y uno de agosto de dos mil catorce, de conformidad con lo señalado en el OPR. |
| Periodo Investigado | Periodo que comprende del veintidós de octubre de dos mil nueve a la fecha de conclusión de la investigación, esto es, al treinta de mayo de dos mil diecisiete. Lo anterior tomando en consideración lo prescrito en el artículo 34 bis 3 de la LFCE, a la fecha en que se publicó el extracto del Acuerdo de Inicio en el DOF (y con ello se dio inicio al periodo de investigación) y a la fecha que concluyó el procedimiento de investigación. |
| Perito | "Confidencial" , designada por AMX y Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. |

¹⁰ Folios 3337 a 3349.

¹¹ Folios 12671 a 12703.

| Término | Definición |
|---------------------------------------|---|
| PJF | Poder Judicial de la Federación. |
| Pleno | El Pleno del Instituto. |
| Primer Tribunal Colegiado de Circuito | Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República. |
| Profeco | Procuraduría Federal del Consumidor. |
| Red Qiubo | Se refiere al conjunto de establecimientos afiliados por BLM como puntos de venta de tiempo aire de OSTM. |
| Reporte Anual 2014 de AMX | Reporte anual por el año terminado el treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, presentado de conformidad con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores de AMX. |
| Reporte Anual 2016 de AMX | Reporte anual por el año terminado el treinta y uno de diciembre de dos mil dieciséis, presentado de conformidad con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores de AMX. |
| Reporte Anual 2012 GB | Reporte anual por el año terminado el treinta y uno de diciembre de dos mil doce, presentado de conformidad con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores de Grupo Bimbo. |
| RLFCE | Reglamento de la LFCE, publicado en el DOF el doce de octubre de dos mil siete, mismo que es aplicable al presente procedimiento seguido en forma de juicio. |

| Término | Definición |
|----------------------|--|
| RPT(s) | Red(es) Pública(s) de Telecomunicación(es). |
| SCJN | Suprema Corte de Justicia de la Nación. |
| SCT | Secretaría de Comunicaciones y Transportes. |
| Soriana | Organización Soriana, S.A.B. de C.V. |
| Tarjetas del Noreste | Tarjetas del Noreste, S.A. de C.V. |
| Telcel | Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. |
| Telefónica | Pegaso PCS, S.A. de C.V.; Pegaso Comunicaciones y Sistemas, S.A. de C.V.; Baja Celular Mexicana, S.A. de C.V.; Celular de Telefonía, S.A. de C.V.; Telefonía Celular del Norte, S.A. de C.V. y Movitel del Noreste, S.A. de C.V. |
| UAFIDA | Utilidad antes de Costos de Financiamiento, Impuestos, Depreciación y Amortización. |
| UC | Unidad de Cumplimiento del Instituto. |
| UCE | Unidad de Competencia Económica del Instituto. |
| Unefon | Operadora Unefon, S.A. de C.V. |
| USD | Moneda de curso legal en los Estados Unidos de América. |
| Virgin Mobile | Virgin Mobile México, S. de R.L. de C.V. |
| Wal-Mart | Wal-Mart de México, S.A.B. de C.V. |
| Weex | Truu Innovation, S.A.P.I. de C.V. |
| Xtreme Card | Xtreme Card, S.A. de C.V. |

II. ANTECEDENTES

Primero.- El veinticinco de octubre de dos mil trece, Telefónica presentó ante la Oficialía el escrito de Denuncia en contra de Telcel, Grupo Bimbo y BLM, por la posible comisión de las prácticas monopólicas relativas previstas en el artículo 10, fracciones V, VIII y XI, de la LFCE.¹²

Segundo.- El ocho de noviembre de dos mil trece, el Director General de Concesiones y Concentraciones, en suplencia por ausencia del Titular de la UCE, con fundamento en los artículos 28, párrafo décimo quinto, de la CPEUM, Séptimo Transitorio, párrafo cuarto, del Decreto Constitucional, y 30, fracción III, del RLFCE, previno a Telefónica a efecto de que aclarara y proporcionara diversa información y documentación necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 32 de la LFCE y 29, fracciones IV y V, del RLFCE.¹³ El cuatro de diciembre de dos mil trece, Telefónica presentó el escrito de desahogo a esta prevención.¹⁴

Tercero.- El diecinueve de diciembre de dos mil trece, la Titular de la UCE, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto y décimo quinto, de la CPEUM; Séptimo Transitorio, párrafo cuarto, del Decreto Constitucional; 32 de la LFCE, así como 30, fracción II, y 31, fracción I, del RLFCE, desechó la Denuncia por ser considerada notoriamente improcedente, de conformidad con lo establecido en los artículos 2, 8, 10, primer párrafo, y 32 de la LFCE; así como 28, 29 y 31, fracción I, del RLFCE.¹⁵

Cuarto.- El veintinueve de enero de dos mil catorce, Telefónica promovió demanda de amparo indirecto en contra de los acuerdos referidos en los numerales Segundo y Tercero de los presentes antecedentes.

El treinta y uno de enero de dos mil catorce, el Juzgado Primero de Distrito, desechó por improcedente la demanda de amparo respecto del acuerdo referido en el numeral Segundo, y admitió a trámite la demanda de amparo respecto del acuerdo referido en el numeral Tercero. El juicio de amparo fue radicado bajo el número de expediente 8/2014.

El veintitrés de junio de dos mil catorce, el Juzgado Primero de Distrito, resolvió conceder el amparo solicitado por Telefónica, ordenando al Instituto dejar insubsistente el acuerdo de diecinueve de diciembre de dos mil trece; y posteriormente, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 30 del RLFCE, a través de autoridad legalmente competente, dictar un acuerdo por medio del cual se admitiera a trámite la denuncia presentada por Telefónica el veinticinco de octubre de dos mil trece.

Quinto.- Inconforme con la sentencia dictada en el juicio de amparo indirecto referido en el antecedente anterior, el ocho de julio de dos mil catorce, el Director

¹² Folio 1194.

¹³ Folios 1144 a 1152.

¹⁴ Folios 1153 a 1239.

¹⁵ Folios 1240 a 1248.

General de Defensa Jurídica del Instituto, interpuso recurso de revisión en contra de dicha sentencia, el cual fue turnado al Primer Tribunal Colegiado de Circuito. Dicho recurso de revisión fue registrado con el índice R.A. 44/2014.

El diecinueve de septiembre de dos mil catorce, dicho órgano jurisdiccional confirmó la sentencia recurrida dictada en el juicio de amparo indirecto número 8/2014.

Sexto.- El cuatro de octubre de dos mil catorce, el Instituto emitió su Estatuto Orgánico a través del cual se constituye la Autoridad Investigadora con facultades para conocer de la etapa de investigación, separada de la autoridad que resuelve de los procedimientos que se sustancian en forma de juicio.

Séptimo.- El siete de octubre de dos mil catorce, Telefónica presentó ante la Oficialía un escrito mediante el cual solicitó al Instituto se le tuviera por desistida de la Denuncia.¹⁶

A dicha promoción recayó el Acuerdo de Inicio, mediante el cual se indicó a Telefónica que se tenía por presentada dicha promoción y que dicho proveído se emitía en acatamiento a lo resuelto por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en el juicio de amparo en revisión R.A. 44/2014.

Octavo.- En estricto cumplimiento a la sentencia ejecutoriada de diecinueve de septiembre de dos mil catorce emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito, en el juicio de amparo en revisión R.A. 44/2014, el quince de octubre de dos mil catorce, el DGPMCI, en suplencia por ausencia del Titular de la Autoridad Investigadora, emitió el acuerdo por el cual admitió a trámite la Denuncia de diecinueve de diciembre de dos mil trece y ordenó el inicio de la investigación por denuncia, por la probable comisión de prácticas monopólicas relativas previstas en las fracciones V, VIII y XI del artículo 10, de la LFCE.

Noveno.- En cumplimiento al Acuerdo de Inicio y con fundamento en los artículos 30 de la LFCE y 32 del RLFCE, el veintidós de octubre de dos mil catorce se publicó en el DOF un extracto del acuerdo referido.¹⁷

Décimo.- Los periodos de investigación transcurrieron como se presenta en el siguiente cuadro:

Tabla 1. Periodos de investigación

| Periodo | Inicio | Vencimiento | Emisión del acuerdo de ampliación | Publicación en Listas |
|-----------------------|------------|-------------|-----------------------------------|-----------------------|
| Primero ¹⁸ | 22.10.2014 | 04.05.2015 | 28.04.2015 ¹⁹ | 29.04.2015 |

¹⁶ Folios 1288 a 1289.

¹⁷ Folios 1302 a 1304.

¹⁸ Acuerdo emitido por el DGPMCI en suplencia por ausencia del Titular de la Autoridad Investigadora. Folios 1290 a 1298.

¹⁹ Folios 1556 y 1557.

| Periodo | Inicio | Vencimiento | Emisión del acuerdo de ampliación | Publicación en Listas |
|---------|------------|-------------|-----------------------------------|-----------------------|
| Segundo | 05.05.2015 | 03.11.2015 | 30.10.2015 ²⁰ | 30.10.2015 |
| Tercero | 04.11.2015 | 17.05.2016 | 12.05.2016 ²¹ | 12.05.2016 |
| Cuarto | 18.05.2016 | 16.11.2016 | 14.11.2016 ²² | 14.11.2016 |
| Quinto | 17.11.2016 | 30.05.2017 | ----- | ----- |

Décimo primero.- Durante la investigación, el Instituto emitió diversos requerimientos de información y documentos a los agentes económicos investigados y/o relacionados con los Mercados Investigados, mismos que son detallados en el OPR.²³

Décimo Segundo.- Asimismo, la Autoridad Investigadora del Instituto citó a declarar a diversas personas relacionadas con los hechos investigados, lo cual se describe con claridad dentro del OPR.²⁴

Décimo Tercero.- Por otra parte, el DGPMCI ordenó integrar al Expediente copia certificada de diversa información procedente de páginas de Internet, o bien, que obraba dentro de los archivos de este Instituto, por considerarla relevante y pertinente para la realización de la investigación, misma que es detallada en el OPR.²⁵

Décimo Cuarto.- El treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete, el DGPMCI, en suplencia por ausencia del Titular de la Autoridad Investigadora, emitió el Acuerdo de Conclusión. El mismo día fue publicado un extracto de dicho acuerdo en la lista diaria de notificaciones de la Autoridad Investigadora.

Décimo Quinto.- El treinta de agosto de dos mil diecisiete, la Titular de la Autoridad Investigadora emitió el OPR,²⁶ el cual fue notificado a las Emplazadas el cuatro de septiembre de dos mil diecisiete.²⁷

Décimo Sexto.- Mediante escritos presentados ante la Oficialía el veinte de octubre de dos mil diecisiete, tanto AMX como Telcel realizaron diversas manifestaciones respecto del OPR y ofrecieron pruebas.²⁸

²⁰ Folios 3310 y 3311.

²¹ Folios 7313 a 7315.

²² Folios 12709 a 12710.

²³ Folios 40428 a 40434.

²⁴ Folios 40434 y 40435.

²⁵ Folios 40435 a 40452.

²⁶ Folios 40416 a 40619.

²⁷ Folios 40625 a 40628.

²⁸ Folios 40633 a 40830 y 40916 a 41109.

Décimo Séptimo.- Mediante acuerdos de veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, se tuvieron por presentados los escritos de AMX y Telcel a través de los cuales dieron contestación al OPR. Asimismo, se admitieron pruebas y se ordenó dar vista con dichos acuerdos a Telefónica, a fin de que en un término de cinco días coadyuvara con este Instituto y adicionara preguntas a los cuestionarios que debía contestar la Perito de AMX y Telcel, apercibido que en caso de no hacerlo, se le tendría por conforme con los cuestionarios propuestos por las oferentes de las pruebas.²⁹

Décimo Octavo.- Mediante acuerdos de treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete, se tuvo a la Perito designada por AMX y Telcel, protestando y aceptando el cargo conferido dentro del Expediente, para el desahogo de las pruebas periciales en materia de economía.³⁰

Décimo Noveno.- El treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete, Telefónica presentó ante la oficialía de partes del Instituto un escrito mediante el cual manifestó que no consideró necesario adicionar preguntas a los cuestionarios relacionados con las periciales en materia de economía ofrecidas por AMX y Telcel.³¹

Vigésimo.- Mediante acuerdo de fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete, se tuvo a Telefónica por conforme con los cuestionarios entregados por AMX y Telcel para el desahogo de las pruebas periciales en economía ofrecidas por dichos agentes económicos.³²

Vigésimo Primero.- El quince de noviembre de dos mil diecisiete, AMX y Telcel presentaron sendos escritos, por virtud de los cuales solicitaron una prórroga para que la Perito designada rindiera los dictámenes periciales correspondientes.³³

Vigésimo Segundo.- Mediante acuerdo de veintiuno de noviembre de dos mil diecisiete, se otorgó a la Perito la prórroga solicitada para el desahogo de las pruebas periciales en materia de economía ofrecidas por AMX y Telcel.³⁴

Vigésimo Tercero.- El trece de diciembre de dos mil diecisiete, la Perito en economía, designada por AMX y Telcel, rindió sus dictámenes periciales,³⁵ los cuales se tuvieron por presentados mediante acuerdo de quince de diciembre de dos mil diecisiete.³⁶

Vigésimo Cuarto.- Mediante acuerdo emitido el nueve de enero de dos mil dieciocho,³⁷ se requirió a la Perito en economía designada por AMX y Telcel, con el objeto de practicar una nueva diligencia para aclarar diversas cuestiones

²⁹ Folios 41148 a 41151 y 41153 a 41156.

³⁰ Folios 41169 a 41178.

³¹ Folio 41179.

³² Folio 41209.

³³ Folios 41221 a 41224.

³⁴ Folios 41225 a 41226.

³⁵ Folios 41234 a 41453.

³⁶ Folios 41454 y 41455.

³⁷ Folios 41458 y 41459.

relacionadas con los dictámenes periciales rendidos el trece de diciembre de dos mil diecisiete.

De esta manera, el dieciocho de enero de dos mil dieciocho, la Perito en economía designada por AMX y Telcel, realizó diversas manifestaciones en relación a lo acordado en el proveído antes señalado. Por lo que, mediante acuerdo de veintidós de enero de dos mil dieciocho, se tuvieron por presentados los escritos por virtud de los cuales la Perito desahogó las nuevas diligencias ordenadas para aclarar diversas cuestiones de los dictámenes periciales.

Vigésimo Quinto.- Mediante acuerdo de treinta de enero de dos mil dieciocho, en virtud de que se habían desahogado todas las pruebas y no era necesario ordenar el desahogo de pruebas para mejor proveer, se citó a los agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento para que en el término de diez días presentaran alegatos.

Vigésimo Sexto.- Por escritos presentados el quince de febrero de dos mil dieciocho AMX y Telcel formularon sus alegatos. Mediante acuerdo de fecha dieciséis de febrero de dos mil dieciocho, se tuvieron por presentados los escritos de alegatos; y con fundamento en los artículos 33, fracción VI, de la LFCE y 60 del RLFCE, se tuvo por integrado el Expediente con fecha quince de febrero de dos mil dieciocho.

Vigésimo Séptimo.- Mediante oficio IFT/200/P/033/2018, de fecha veintiuno de febrero de dos mil dieciocho, el Presidente del Instituto turnó el Expediente al Comisionado Adolfo Cuevas Teja en su carácter de Comisionado Ponente, con fundamento en los artículos 33, fracción VI, de la LFCE; 11, primer párrafo del Estatuto Orgánico 2017; y el Acuerdo número P/IFT/EXT/160714/114, aprobado por el Pleno del Instituto en su XVI Sesión Extraordinaria celebrada el dieciséis de julio de dos mil catorce.

Vigésimo Octavo.- Mediante escritos presentados ante la Oficialía el dos y cinco de marzo de dos mil dieciocho, Telcel y AMX, respectivamente, solicitaron la celebración de una audiencia oral en términos de lo dispuesto por el artículo 33, fracción VI, párrafo tercero de la LFCE.

Vigésimo Noveno.- Mediante acuerdo emitido el siete de marzo de dos mil dieciocho, la Titular de la Unidad de Competencia Económica del Instituto determinó que no era posible atender la petición de AMX y Telcel para celebrar una audiencia oral, toda vez que los escritos de AMX y Telcel fueron presentados de manera posterior al vencimiento del plazo otorgado para tales efectos.

En virtud de los antecedentes relacionados y los siguientes:

III. CONSIDERANDOS

PRIMERO. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto y vigésimo, fracción I, de la CPEUM, reformado mediante el Decreto Constitucional; el artículo 7 de la LFTR; y el artículo 1 del

Estatuto Orgánico 2017, el Instituto es un órgano autónomo, independiente en sus decisiones y funcionamiento, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión en el ámbito de las atribuciones que le confieren la CPEUM y en los términos que fijan la LFTR y demás disposiciones aplicables; asimismo, es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejerce en forma exclusiva las facultades que el artículo 28, de la CPEUM, la LFCE y demás disposiciones legales aplicables establecen para la Cofece.

De acuerdo con lo anterior, el Instituto es competente para conocer, tramitar y resolver el Expediente, en virtud de que los mercados relevantes y relacionados involucrados en la conducta imputada forman parte del sector de telecomunicaciones.

A partir de la notificación del OPR inicia la etapa seguida en forma de juicio en la que las Emplazadas presentan manifestaciones y ofrecen pruebas en su defensa, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 33 de la LFCE. Lo anterior, toda vez que esa ley estaba vigente al momento en que la Denuncia fue presentada y por ello resulta la ley aplicable de conformidad con lo dispuesto en el artículo Segundo Transitorio del Decreto de la LFCE, el cual establece que los procedimientos se sustanciarán conforme a las disposiciones vigentes al momento de su inicio.

La etapa seguida en forma de juicio,³⁸ en sede administrativa, concluye con la emisión de esta resolución por parte del Pleno del Instituto que debe decidir si las premisas y conclusiones en las que el OPR basó su imputación se sustentan con los elementos contenidos en el Expediente — que incluye las manifestaciones y pruebas ofrecidas por las Emplazadas, en ejercicio del derecho de audiencia — y,

³⁸ ***COMPETENCIA ECONÓMICA. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, LO IDENTIFICAN COMO ADMINISTRATIVO Y NO COMO CIVIL.*** El procedimiento establecido en los artículos 33 y 39 de la ley mencionada tiene características que no corresponden a las del proceso civil, donde, predominan los intereses particulares, las defensas y recursos son más pormenorizados y los juicios más prolongados, lo que no sucede en los procedimientos administrativos, fundamentalmente, porque en estos predomina el interés general, que exige eficiencia, seguridad y expeditéz, en virtud de que tiende al aseguramiento de los fines del Estado, estableciendo vías rápidas y eficaces, eliminando todos los actos que dilaten o entorpezcan la acción de la administración pública, sin perjuicio de que ante la presencia de intereses particulares, se respeten, esencialmente, las garantías individuales de los gobernados. Estas peculiaridades corresponden al procedimiento establecido en las disposiciones citadas y, por consiguiente, no cabe exigir de su normatividad, recursos y defensas que son propios de un proceso civil.”

No. Registro: 191,431. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XII, Agosto de 2000 Tesis: P. CXII/2000 Página: 108. Amparo en revisión 643/99. Warner Bros. (México), S.A. 15 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Presidente Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy once de julio en curso, aprobó, con el número CXII/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de julio de dos mil.

en caso necesario, tomando en consideración hechos notorios.³⁹ Lo anterior, con el objeto de determinar si se acredita la existencia de una práctica monopólica relativa contraria a la LFCE.⁴⁰

Por ende, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto y vigésimo, fracción I, de la CPEUM, Séptimo Transitorio, segundo párrafo, del Decreto; 1, 2, 3 y 33, de la LFCE, así como 1, 4 fracción I, 6, fracción XVII, 7, 8, 11 y 12, del Estatuto Orgánico 2017, el Pleno de este Instituto es competente para resolver el Expediente.

SEGUNDO. ELEMENTOS DEL OPR⁴¹

Como se ha señalado anteriormente, este Pleno toma en consideración la totalidad de los elementos contenidos en el OPR emitido por la AI, los cuales no se

³⁹ En términos de lo establecido por el artículo 34 bis, de la LFCE, en relación con lo dispuesto por el artículo 88, del CFPC, constituyen hechos notorios para efectos de este cumplimiento: los acontecimientos de dominio público, el contenido de las páginas web de diversos agentes económicos y la documentación contenida en los expedientes que obren en sus archivos. Sirven de base a lo anterior las siguientes tesis:

"HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO". Época: Novena Época. Registro: 174899. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Junio de 2006. Materia(s): Común. Tesis: P./J. 74/2006. Página: 963.

"HECHOS NOTORIOS. LOS MAGISTRADOS INTEGRANTES DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO PUEDEN INVOCAR CON ESE CARÁCTER LAS EJECUTORIAS QUE EMITIERON Y LOS DIFERENTES DATOS E INFORMACIÓN CONTENIDOS EN DICHAS RESOLUCIONES Y EN LOS ASUNTOS QUE SE SIGAN ANTE LOS PROPIOS ÓRGANOS". Novena Época, Registro número 164049, Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito, Tesis Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Agosto de 2010, Materia Común, Tesis: XIX, 1o. PTJ/4, página: 2023.

"HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL QUE SE REGISTRAN EN EL SISTEMA INTEGRAL DE SEGUIMIENTO DE EXPEDIENTES". Décima Época, Registro 2009054, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo III, Materia Común, Tesis I.10o.C.2 K (10a.), página: 2187.

"PÁGINAS WEB O ELECTRÓNICAS. SU CONTENIDO ES UN HECHO NOTORIO Y SUSCEPTIBLE DE SER VALORADO EN UNA DECISIÓN JUDICIAL". Época: Décima Época. Registro: 2004949. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXVI, Noviembre de 2013, Tomo 2. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.35 K (10a.). Página: 1373.

⁴⁰ En el estudio de las prácticas monopólicas relativas, en forma consistente con la práctica internacional, se aplica un estándar identificado como regla de la razón (*rule of reason*). En términos generales, este estándar establece que para que una conducta resulte ilícita debe acreditarse que afecta el proceso de competencia. Resulta aplicable la siguiente tesis.

"PRÁCTICA MONOPÓLICA RELATIVA. PARA SU DEMOSTRACIÓN DEBE ACUDIRSE A LA "REGLA DE LA RAZÓN". Época: Décima Época. Registro: 2004949. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXVI, Noviembre de 2013, Tomo 2. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.35 K (10a.). Página: 1373.

⁴⁰ En el estudio de las prácticas monopólicas relativas, en forma consistente con la práctica internacional, se aplica un estándar identificado como regla de la razón (*rule of reason*). En términos generales, este estándar establece que para que una conducta resulte ilícita debe acreditarse que afecta el proceso de competencia. Resulta aplicable la siguiente tesis.

Época: Décima Época. Registro: 2012165. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro 32. Tomo III, Julio de 2016. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.1o.A.E.163 A. Página: 2181.

⁴¹ Folios 40534 a 40615.

transcriben por economía procesal, sin que ello mine la exhaustividad en su revisión y evaluación,⁴² en virtud de que ese OPR está a vista de esta autoridad.

El OPR imputó a AMX y Telcel la conducta consistente en otorgar diversos incentivos a BLM, con el requisito de que dicho agente económico no comercializara o proporcionara tiempo aire de los competidores de Telcel en el servicio de telefonía móvil y distribuyera de forma exclusiva tiempo aire de la marca "Telcel"; y determinó de manera presuntiva que esta conducta actualiza el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE.⁴³ Los principales elementos del OPR se presentan a continuación.

2.1. Mercado Relevante⁴⁴

El Mercado Relevante se define en forma presuntiva como la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los OSTM a los distribuidores y/o comercializadores, con una dimensión geográfica nacional.

Con fundamento en el artículo 12 de la LFCE, el OPR concluye que se actualizan los siguientes elementos que sustentan la definición del mercado relevante en sus dimensiones de servicio y dimensión geográfica:

- i) La venta de tiempo aire a través de canales de distribución propios es un mercado independiente (i.e. distinto) de la venta de bolsas virtuales de tiempo aire a distribuidores y/o comercializadores;
- ii) Los modelos o esquemas comerciales de los distintos distribuidores y/o comercializadores mayoristas de bolsas virtuales pertenecen al mismo mercado;
- iii) La venta mayorista de tiempo aire a través de tarjetas físicas no es sustituto de la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire, ya sea por el lado de la demanda o de la oferta;
- iv) No existen costos de distribución, ya que los distribuidores y/o comercializadores pueden adquirir las bolsas virtuales de tiempo aire

⁴² Sirve de referencia "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. PARA CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO ES INNECESARIA SU TRANSCRIPCIÓN."

Época: Novena Época. Registro: 164618. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Mayo de 2010. Materia(s): Común. Tesis: 2a./J. 58/2010. Página: 830.

⁴³ "Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

(...)

VIII. El otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;"

⁴⁴ Consideración de Derecho Sexta. Mercado relevante, páginas 82 a 92 del OPR.

independientemente de su ubicación y la oferta es prácticamente homogénea en todo el país respecto de sus áreas de cobertura, y

v) No se aprecian restricciones normativas.

2.2. Poder sustancial⁴⁵

El OPR concluye en forma presuntiva que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante debido a que:

- i) Durante el Periodo de Exclusividad tuvo una “Confidencial” ado definido como relevante superior al “Confidencial” en términos de ingresos por ventas de bolsas virtuales de tiempo aire y de suscriptores. Esta participación es “Confidencial” de su competidor más cercano;
- ii) Debido a la alta participación de mercado de Telcel en el Mercado Relevante, las Emplazadas tenían la posibilidad de pagar comisiones inferiores en comparación con otros OSTM;
- iii) El Mercado Relevante está altamente concentrado, indicador significativo de un agente económico con poder sustancial;
- iv) Hay barreras de entrada como los elevados costos para la instalación y operación de una RPT, entre los que destacan: a) la escasa rentabilidad de usos alternativos de la infraestructura y equipo, b) elevados costos hundidos, y c) significativos montos de inversión en publicidad para tener y mantener presencia en el Mercado Relevante;
- v) Es limitado el poder de los competidores de Telcel;
- vi) Un agente económico debe incurrir en costos elevados para acceder a fuentes de insumos;
- vii) La marca de Telcel está fuertemente posicionada en el Mercado Relevante, y
- viii) Los distribuidores y/o comercializadores enfrentan altas pérdidas al dejar de distribuir y/o comercializar tiempo aire de la marca Telcel.

2.3. Conducta imputada⁴⁶

El OPR manifiesta que la conducta se materializó a través del otorgamiento de incentivos a BLM, durante el Periodo de Exclusividad, con el requisito de que dicho agente económico no comercializara o proporcionara el tiempo aire de los competidores de Telcel en el servicio de telefonía móvil y sólo distribuyera en sus puntos de venta tiempo aire de la marca Telcel. Los incentivos, se ofrecieron a BLM de forma diferenciada para los esquemas multimarca y exclusivo, con un porcentaje más alto para el esquema exclusivo. Los términos de la propuesta realizada a BLM se presentan en las Tablas 15 y 16 del OPR.

⁴⁵ Consideración de Derecho Séptima. Mercado relevante, páginas 92 a 119 del OPR.

⁴⁶ Consideración de Derecho Octava, páginas 119 a 200 del OPR.

Tabla 15 del OPR. Propuestas de AM y Telcel a BLM

| | |
|-----------------|--|
| <p>Modelo 1</p> | <p>“Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” (Énfasis añadido)</p> |
| <p>Modelo 2</p> | <p>“Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial”</p> |
| <p>Modelo 3</p> | <p>“Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” “Confidencial” ⁴⁷ (Énfasis añadido)</p> |

⁴⁷ Folio 4357.

Tabla 16 del OPR. Propuestas de Telcel a BLM explicados en la Comparecencia HCT.

| | |
|----------|-------------------------------|
| Modelo 1 | "Confidencial" ⁴⁸ |
| Modelo 2 | "Confidencial". ⁴⁹ |
| Modelo 3 | "Confidencial". ⁵⁰ |

La práctica imputada se implementó mediante el Contrato de Venta de Saldos, celebrado por AMX, BLM y Grupo Bimbo, éste último en su carácter de obligado solidario, el "Confidencial" que surtió efectos desde el "Confidencial" el cual tuvo una modificación de fecha "Confidencial" y continuó surtiendo efectos hasta el "Confidencial".

El instrumento jurídico mencionado, formalizó la relación entre AMX-Telcel y BLM, en virtud de la cual se establece expresamente el inicio de una relación comercial exclusiva entre BLM y Telcel, a través de AMX.⁵¹ Las condiciones comerciales entre AMX-Telcel y BLM fueron plasmadas en el Contrato de Venta de Saldos,⁵² las cuales se detallan en la tabla que se muestra a continuación:

Tabla 18 del OPR. Condicionales comerciales otorgadas por Telcel, a través de AMX, a BLM⁵³

| Instrumento | Fecha de firma | Porcentajes de descuento y/o comisión | Observaciones | Vigencia de los porcentajes de comisión y/o descuento |
|-----------------------------------|----------------|---------------------------------------|----------------------------------|---|
| Contrato marco de Venta de Saldos | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" "Confidencial" | "Confidencial" |

2.4. Objeto de la conducta imputada⁵⁴

⁴⁸ Folio 26238.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ La situación anterior incluso fue advertida por BLM en los términos siguientes: "Por supuesto, *estos condicionamientos sobre exclusividad, no fueron plasmados por América Móvil en los contratos respectivos, porque regularmente dicha empresa no lo hace de esa manera* (...)"⁵¹ (Énfasis añadido). Folio 3898.

⁵² Esta autoridad advierte que las condiciones comerciales del contrato de mérito son consistentes con las que Telcel le propuso a BLM en el "Modelo 2" del "Proyecto de Venta de Líneas Celulares y/o Tiempo Aire Electrónico, Bimbo (BLM), Versión 1.0 Julio 7, 2011. Confidencial: para uso exclusivo de BLM/Bimbo."

⁵³ Folios 3918 al 3951.

⁵⁴ Sección 8.6. Objeto de la conducta imputada de manera presuntiva, páginas 170 a 200 del OPR.

El OPR establece que la conducta tuvo el objeto de desplazar indebidamente a los competidores de Telcel del Mercado Relevante, así como desplazar indebidamente a otros agentes económicos e impedirles sustancialmente su acceso a mercados relacionados de consumo minorista de tiempo aire, donde para sus competidores es difícil o imposible acceder si no se tiene acceso a la red de distribución de BLM; considerando lo siguiente:

1. En virtud de la celebración del contrato de exclusividad del “Confidencial” Telcel prohibió que BLM venda tiempo aire a puntos de venta multimarca.
2. AMX y Telcel tuvieron personal que corroboraba el cumplimiento efectivo del instrumento jurídico, a efecto de que los comercios afiliados a BLM sólo vendieran tiempo aire de la marca de Telcel.
3. AMX y Telcel previnieron a BLM con hacer efectiva una penalización o disminuir el porcentaje de comisión, en caso de que no hubiese un cumplimiento efectivo del contrato.

De lo expuesto, se colige que la relación comercial entre Telefónica y BLM concluyó como consecuencia directa de la relación comercial de exclusividad entre Telcel y BLM.

2.5. Duración de la conducta⁵⁵

El OPR concluye que se acredita la probable responsabilidad de AMX y Telcel de realizar la conducta prevista en la fracción VIII del artículo 10 de la LFCE durante **dos años, cuatro meses y cinco días** contados a partir del treinta y uno de marzo de dos mil doce al doce de agosto de dos mil catorce.

El OPR imputa la conducta hasta el doce de agosto de dos mil catorce porque concluye que a partir de la entrada en vigor al día siguiente de la LFTR, la disposición aplicable para evaluar los hechos denunciados era el artículo 208, segundo párrafo, fracción V, que obliga al agente económico declarado preponderante en el sector de telecomunicaciones a “(a)bstenerse de celebrar contratos de exclusividad para puntos de venta y de distribución, incluyendo la compra de tiempo aire, distintos a los del agente económico preponderante, que impidan u obstaculicen a otros concesionarios a acceder a dichos puntos de venta.”

2.6. Conclusiones del OPR

Con base en los elementos expuestos en las Consideraciones de Derecho Sexta a Octava, la AI concluye que presuntivamente se actualizan los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE, por lo que imputó a AMX y Telcel como probables responsables de realizar la práctica monopólica relativa prevista en la fracción VIII del artículo 10 del mismo ordenamiento.

TERCERO. OTRAS PRÁCTICAS DENUNCIADAS

⁵⁵ Sección 8.8. Conclusiones de la conducta imputada de manera presuntiva, página 200 del OPR.

En la Denuncia, Telefónica señaló la existencia de hechos que pudiesen actualizar la conducta prevista en el artículo 10, fracción V, de la LFCE, de conformidad con lo siguiente:

“(...) Asimismo, los hechos narrados con anterioridad constituyen una negativa de trato a mis representadas. En efecto, por virtud de la estrategia implementada por Telcel, BLMéxico y Bimbo se rehúsan a prestar el servicio de distribución de recargas. En otras palabras, le impiden a Telefónica tener acceso a un canal susceptible de alcanzar aproximadamente “Confidencial” puntos de venta en todo el país.

Con ello, se daña el proceso de competencia y a los consumidores impidiéndoles tener a su disposición un portafolio completo de recargas electrónicas. Lo anterior se agrava si se considera que Telcel, BLMéxico y Bimbo podrían estar imponiendo en las tiendas detallistas un régimen de exclusividad (...).”⁵⁶

En el mismo sentido, a consideración de la Denunciante esta conducta podría actualizar, eventualmente, el artículo 10, fracción XI, de la LFCE, de acuerdo con lo siguiente:

“(...) se advierte que la intervención maliciosa de Telcel en la red compartida de distribución actualiza lo dispuesto por la fracción XI, del artículo 10, de la LFCE. En efecto, mediante la aplicación de incentivos monetarios condicionados, refuerzos negativos y castigos, ha logrado que los distribuidores multimarca enfrenten el dilema de duplicar sus plataformas tecnológicas, o bien, adoptar un régimen exclusivo con Telcel. Cualquiera de estos resultados tiene por objeto y efecto elevar los costos que Telefónica enfrenta para llevar las bolsas/paquetes de saldo al consumidor final, lo cual se advierte del financiamiento que ha dado para el desarrollo de estructuras tecnológicas innecesarias, o bien, de la inversión que ha tenido que realizar en el desarrollo de nuevos distribuidores multimarca.

Lo anterior, daña el proceso de competencia y libre concurrencia en la medida en la que obstaculiza que el consumidor final tenga a su disposición el portafolio de productos que habría en caso de no existir la estrategia que se denuncia (...). De hecho, las prácticas que se denuncian son particularmente graves si se considera que las plataformas tecnológicas de los distribuidores multimarca no han sido desarrolladas con inversión de Telcel, sino del propio distribuidor.”⁵⁷

Dicho lo anterior, de las constancias que integran el Expediente, incluyendo los elementos aportados en la Denuncia, así como los contenidos en el OPR, se verifica que los hechos investigados no actualizaban las conductas previstas por el artículo 10, fracciones V y XI, de la LFCE, sino que efectivamente cumplen los extremos de la práctica prevista en la fracción VIII de la misma disposición.

⁵⁶ Folio 1220.

⁵⁷ Folios 1225 y 1226.

A este respecto, para efectos de identificar si los hechos denunciados, investigados o imputados constituyen o pueden constituir alguna o algunas de las conductas previstas en el artículo 10 de la LFCE, como prácticas monopólicas relativas, es necesario que esta autoridad verifique que los hechos acreditados en efecto se adecuen a las hipótesis normativas previstas en las fracciones de esta disposición.⁵⁸

Así, al decidir sobre el tipo legal que corresponde a los hechos investigados, esta autoridad debe analizar y verificar que la totalidad de los hechos cumple con la adecuación típica prevista en alguna(s) de las fracciones previstas en el artículo 10 de la LFCE, sin excluir elementos constitutivos de los hechos ni acudir a complementaciones legales que den lugar a una creación normativa.

Cabe aclarar que, dentro de la etapa de Investigación corresponde a la Autoridad Investigadora determinar si los hechos investigados constituyen una conducta imputable en términos de la LFCE. En la etapa seguida en forma de juicio que concluye con la emisión de esta resolución, corresponde a este Pleno determinar si efectivamente los hechos imputados se adecuan a la hipótesis prevista en la disposición normativa que en el OPR se presume actualizada.

3.1. Fracción V del artículo 10 de la LFCE

El artículo 10, fracción V, de la LFCE se refiere a conductas atribuibles a un agente económico que en forma unilateral se rehúse a vender, comercializar o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles normalmente ofrecidos a terceros.

En el Expediente se tienen elementos que permiten concluir que la negativa de BLM de prestar servicios a determinados OSTM no constituye un acto unilateral de ese agente económico, sino que resulta del acuerdo de exclusividad con incentivos (positivos y negativos) de las Emplazadas con BLM.⁵⁹

⁵⁸ "TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. El principio de tipicidad, que junto con el de reserva de ley integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. En otras palabras, dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción; supone en todo caso la presencia de una *lex certa* que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones. En este orden de ideas, debe afirmarse que la descripción legislativa de las conductas ilícitas debe gozar de tal claridad y univocidad que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma. Ahora bien, toda vez que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y dada la unidad de ésta, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador debe acudirse al aducido principio de tipicidad, normalmente referido a la materia penal, haciéndolo extensivo a las infracciones y sanciones administrativas, de modo tal que si cierta disposición administrativa establece una sanción por alguna infracción, la conducta realizada por el afectado debe encuadrar exactamente en la hipótesis normativa previamente establecida, sin que sea lícito ampliar ésta por analogía o por mayoría de razón". Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: P./J. 100/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Número 174326, Tomo XXIV, Agosto de 2006, página 1667.

⁵⁹ Folios 4367, 4368, 4372, 4373, 4374 y 26230.

Los hechos denunciados no se adecuan a este supuesto porque la negativa de trato tendría que ser atribuible a BLM, lo cual excluiría del análisis la participación de AMX y Telcel en el acuerdo de exclusividad con incentivos — que incluye la suscripción del Contrato de Venta de Saldos — con el objeto de tener una relación comercial exclusiva con BLM, sujeta a la condición de no dar trato a los OSTM competidores.

Lo anterior se confirma, entre otros elementos, con la siguiente información aportada en la Comparecencia HCT:

“21. ¿Nos podría señalar la temporalidad en que Telcel “al principio” les permitio ser multicarrier?”

Hasta marzo de dos mil doce fuimos multicarrier, fecha en que Telcel nos puso un ultimátum. El ultimátum y está en un correo de “Confidencial” señala claramente que o dábamos por finalizado lo que ellos llaman una “prueba piloto” y desconectábamos a los otros carriers o no nos vendían. Luego en septiembre de dos mil catorce volvieron a aceptar que fuésemos multicarriers, no sin antes volvernos a bajar el margen por ese hecho. (...)”⁶⁰ (subrayado añadido).

Por ende, esta autoridad confirma que los hechos investigados constituyen un esquema de exclusividad con incentivos que se adecua al supuesto de la fracción VIII del artículo 10 de la LFCE y no una negativa de trato, prevista en la fracción V de la misma disposición.

3.2. Fracción XI del artículo 10 de la LFCE

La denunciante propone que los hechos denunciados podrían actualizar el supuesto previsto en el artículo 10, fracción XI, de la LFCE, dado que la acción de AMX y Telcel tuvo como objeto o efecto, directo o indirecto, incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores, sin que haya presentado elementos que probaran su dicho.

Esta autoridad confirma, con base en los elementos contenidos en el Expediente, que los hechos investigados no se adecuan al supuesto previsto en la fracción XI del artículo 10 de la LFCE. Lo anterior, debido a que el posible incremento en los costos, obstaculización del proceso productivo o reducción de la demanda de los OSTM que compiten con Telcel correspondería únicamente al impacto del acuerdo de exclusividad — que incluye la suscripción del Contrato de Venta de Saldos— en los mercados analizados, pero excluiría del análisis de la conducta el acto específico (cuya realización se tiene por acreditada)⁶¹ que genera esos impactos, es decir, la existencia de ese acuerdo de exclusividad con incentivos.

3.3. Conclusiones

Con base en las constancias que obran en el Expediente, este Pleno concluye que no existen elementos en el Expediente que permitan concluir que los hechos

⁶⁰ Folio 26230.

⁶¹ En términos de lo señalado en el numeral 2.3 de esta resolución.

denunciados se adecuan a los supuestos previstos en el artículo 10, fracciones V y XI, de la LFCE.

La consecuencia legal correspondiente es tener por concluido el procedimiento y por cerrado el expediente en lo respecta a la posible existencia de las conductas previstas en las fracciones V y XI del artículo 10 de la LFCE.

Resulta aplicable el siguiente criterio:

“PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. ACTOS Y PROCEDIMIENTOS DERIVADOS DE LA DENUNCIA RELATIVA Y CONGRUENCIA DE LAS RESOLUCIONES CORRESPONDIENTES. De los artículos 30, 32 y 33 de la Ley Federal de Competencia Económica abrogada y 28, 29, 30 y 41 de su reglamento, se advierte que los particulares están legitimados para presentar denuncias por la posible comisión de prácticas monopólicas (en las cuales, entre otras cuestiones, deben describir los hechos que estimen violatorios de la ley), y que dicha promoción puede dar lugar a diversos actos y/o procedimientos. Así, en un primer momento, la autoridad en la materia deberá dictar un auto para proveer sobre la denuncia presentada, ya sea en el sentido de: a) admitirla y dar inicio a la investigación; b) desecharla (por improcedente); o, c) prevenir al promovente para determinado efecto y, en caso de no cumplir con el requerimiento correspondiente, tenerla por no presentada. Posteriormente, si se admitió a trámite la denuncia, la autoridad deberá realizar la investigación correspondiente y, a partir de los elementos, documentación e información obtenidos, podrá: a) emitir un oficio de probable responsabilidad, cuando encuentre elementos suficientes para sustentar la existencia de hechos constitutivos de probables infracciones a la ley cometidos por uno o varios agentes económicos; o bien, b) decretar el cierre del expediente, cuando no existan elementos suficientes para sustentar esa probable responsabilidad. Finalmente, si se emite un oficio de probable responsabilidad, la autoridad tendrá por iniciado el procedimiento sancionatorio correspondiente, el cual transita por el emplazamiento al probable responsable (a fin de que comparezca ante la autoridad para que manifieste lo que a su derecho convenga); una fase de pruebas (ofrecimiento, admisión y desahogo) y otra de alegatos, y concluye con una resolución que dilucida sobre la comisión de la infracción y la responsabilidad del agente económico llamado al procedimiento como probable responsable. En resumen, a fin de respetar las formalidades esenciales del procedimiento y los derechos de legalidad y seguridad jurídica, la autoridad debe recibir la denuncia y proveer lo conducente, atendiendo a la totalidad de las prácticas y/o los hechos referidos, de modo que si decide admitirla a trámite, su resolución, sea el cierre del expediente o la apertura del procedimiento sancionatorio, debe ser congruente con los hechos o las prácticas denunciadas, es decir, en el auto de cierre tiene que informar cuáles atañen a esa determinación y las razones en que ésta descansa; en el oficio de probable responsabilidad debe hacer referencia a la denuncia presentada y al resultado de la investigación efectuada (sin que ello implique que tenga que pronunciarse de manera puntual sobre todas y cada una de las manifestaciones del denunciante) y, en su caso, expresar las razones por las cuales el procedimiento sancionatorio no se abrirá respecto de ciertas conductas o hechos materia de la investigación; por último, en la resolución final del procedimiento de sanción debe establecer

*si las prácticas o hechos de la denuncia que quedaron precisados en el acto de apertura del procedimiento y respecto de los cuales se emplazó al agente, se tuvieron o no por acreditados, y la consecuencia legal de ello.*⁶²

CUARTO. CONSIDERACIONES PREVIAS

En los escritos de contestación al OPR presentados por las Emplazadas, éstas plantearon y manifestaron diversos argumentos, mismos que no se transcriben textualmente, sin que ello implique que no se estudien en su totalidad,⁶³ ya que se han agrupado temáticamente con objeto de exponer de mejor manera la línea de argumentación. Lo anterior es apegado a derecho, de conformidad con diversos criterios del PJF, que exponen que al realizar el estudio de los argumentos no es obligatorio analizarlos en la forma o estructura en que se presenten, pues lo importante es que se examinen todos los puntos controvertidos.⁶⁴

Asimismo, con el fin de evitar repeticiones, a continuación, se citan las tesis aplicables por analogía a cada una de las consideraciones expresadas con motivo de las manifestaciones o argumentos de las emplazadas que sean declaradas inoperantes. Una manifestación o argumento es **inoperante** cuando se actualiza algún impedimento técnico que imposibilita el examen del planteamiento

⁶² Época: Décima Época; Registro: 2013267; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Publicación: viernes 02 de diciembre de 2016 10:14 h; Materia(s): (Administrativa); Tesis: I.2o.A.E.37 A (10a.)

⁶³ Sirven de apoyo por analogía a lo anterior, las tesis aisladas y de jurisprudencia siguientes: (1) Tesis aislada, con número de registro: 214,290. En materia Civil, emitida en la Octava Época, por el Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, visible en el SJF tomo: XII, noviembre de 1993, página: 288, bajo el rubro y texto "**CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. EL JUEZ NO ESTÁ OBLIGADO A TRANSCRIBIRLOS.** El hecho de que el Juez Federal no transcriba en su fallo los conceptos de violación expresados en la demanda, no implica que haya infringido disposiciones de la Ley de Amparo, a la cual sujeta su actuación, pues no hay precepto alguno que establezca la obligación de llevar a cabo tal transcripción; además de que dicha omisión no deja en estado de indefensión al quejoso, dado que no se le priva de la oportunidad para recurrir la resolución y alegar lo que estime pertinente para demostrar, en su caso, la ilegalidad de la misma."; tesis aislada con número de registro: 214,290, en materia Civil, emitida en la Octava Época, por el Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, visible en el SJF Tomo: XII, Noviembre de 1993, página: 288, bajo el rubro y texto "**AGRAVIOS. LA FALTA DE TRANSCRIPCIÓN DE LOS MISMOS EN LA SENTENCIA. NO CONSTITUYE VIOLACIÓN DE GARANTÍAS.** El hecho de que la sala responsable no haya transcrito los agravios que el quejoso hizo valer en apelación, ello no implica en manera alguna que tal circunstancia sea violatoria de garantías, ya que no existe disposición alguna en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que obligue a la sala a transcribir o sintetizar los agravios expuestos por la parte apelante, y el artículo 81 de éste solamente exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes con las demandas, contestaciones, y con las demás pretensiones deducidas en el juicio, condenando o absolviendo al demandado, así como decidiendo todos los puntos litigiosos sujetos a debate".

⁶⁴ Sirven de apoyo, por analogía, las tesis de jurisprudencia que a continuación se citan: registro: 241,958. Jurisprudencia en materia: Civil, dictada en la Séptima Época, por la Tercera Sala. Visible en el SJF en el Tomo: 48, Cuarta Parte. Página: 15. Bajo el rubro y texto siguientes: "**AGRAVIOS. EXAMEN DE LOS.** Es obvio que ninguna lesión a los derechos de los quejosos puede causarse por la sola circunstancia de que los agravios se hayan estudiado en su conjunto, esto es, englobándolos todos ellos, para su análisis, en diversos grupos. Ha de admitirse que lo que interesa no es precisamente la forma como los agravios sean examinados, en su conjunto, separando todos los expuestos en distintos grupos o bien uno por uno y en el propio orden de su exposición o en orden diverso, etcétera; lo que importa es el dato sustancial de que se estudien todos, de que ninguno quede libre de examen, cualesquiera que sea la forma que al efecto se elija".

efectuado.⁶⁵ Respecto de ellos deberán entenderse aplicables por analogía, según correspondan, los siguientes criterios del PJJ:

| Inoperantes por... | Criterios aplicables por analogía |
|---|--|
| <p>Manifestaciones genéricas, gratuitas o abstractas y negación lisa y llana.</p> | <p>“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. LO SON LAS SIMPLES EXPRESIONES GENÉRICAS Y ABSTRACTAS CUANDO NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. Si no se está en el caso de suplir la deficiencia de los agravios en términos del artículo 76 bis, fracción VI, de la Ley de Amparo, <u>no basta que el recurrente exprese sus agravios en forma genérica y abstracta</u>, es decir, que se concrete a hacer simples aseveraciones para que el Tribunal Colegiado emprenda el examen de la legalidad de la Resolución recurrida del Juez de Distrito a la luz de tales manifestaciones, sino que <u>se requiere que el inconforme en tales argumentos exponga de manera razonada los motivos concretos en los cuales sustenta sus propias alegaciones</u>, esto es, en los <u>que explique el porqué de sus aseveraciones</u>, pues de lo contrario los agravios resultarán inoperantes.”⁶⁶</p> <p>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO. El hecho de que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya establecido en su jurisprudencia que para que proceda el estudio de los conceptos de violación o de los</p> |

⁶⁵ Sirve de apoyo la Jurisprudencia con número de registro 166031, emitida en la Novena Época, por la Segunda Sala de la SCJN. Contradicción de tesis 27/2008-PL, SJF y su Gaceta, tomo XXX, Noviembre de 2009. Página 424. Con el rubro: “**AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. SON AQUELLOS EN LOS QUE SE PRODUCE UN IMPEDIMENTO TÉCNICO QUE IMPOSIBILITA EL EXAMEN DEL PLANTEAMIENTO QUE CONTIENEN.** Conforme a los artículos 107, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 83, fracción IV, 87, 88 y 91, fracciones I a IV, de la Ley de Amparo, el recurso de revisión es un medio de defensa establecido con el fin de revisar la legalidad de la sentencia dictada en el juicio de amparo indirecto y el respeto a las normas fundamentales que rigen el procedimiento, de ahí que es un instrumento técnico que tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función jurisdiccional, cuya materia se circunscribe a la sentencia dictada en la audiencia constitucional, incluyendo las determinaciones contenidas en ésta y, en general, al examen del respeto a las normas fundamentales que rigen el procedimiento del juicio, labor realizada por el órgano revisor a la luz de los agravios expuestos por el recurrente, con el objeto de atacar las consideraciones que sustentan la sentencia recurrida o para demostrar las circunstancias que revelan su ilegalidad. En ese tenor, la inoperancia de los agravios en la revisión se presenta ante la actualización de algún impedimento técnico que imposibilite el examen del planteamiento efectuado que puede derivar de la falta de afectación directa al promovente de la parte considerativa que controvierte; de la omisión de la expresión de agravios referidos a la cuestión debatida; de su formulación material incorrecta, por incumplir las condiciones atinentes a su contenido, que puede darse: a) al no controvertir de manera suficiente y eficaz las consideraciones que rigen la sentencia; b) al introducir pruebas o argumentos novedosos a la litis del juicio de amparo; y, c) en caso de reclamar infracción a las normas fundamentales del procedimiento, al omitir patentizar que se hubiese dejado sin defensa al recurrente o su relevancia en el dictado de la sentencia; o, en su caso, de la concreción de cualquier obstáculo que se advierta y que impida al órgano revisor el examen de fondo del planteamiento propuesto, como puede ser cuando se desatienda la naturaleza de la revisión y del órgano que emitió la sentencia o la existencia de jurisprudencia que resuelve el fondo del asunto planteado”.

⁶⁶ Tesis número I.11o.C.15 K dictada en la Novena Época, Instancia: Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Fuente: SJF y su Gaceta, Tomo: XVIII, Agosto de 2003, Página: 1671.

| Inoperantes por... | Criterios aplicables por analogía |
|--|--|
| | <p><i>agravios, basta con que en ellos se exprese la causa de pedir, obedece a la necesidad de precisar que aquéllos no necesariamente deben plantearse a manera de silogismo jurídico, o bien, bajo cierta redacción sacramental, pero ello <u>de manera alguna implica que los quejosos o recurrentes se limiten a realizar meras afirmaciones sin sustento o fundamento, pues es obvio que a ellos corresponde (salvo en los supuestos legales de suplencia de la queja) exponer razonadamente el porqué (sic) estiman</u> inconstitucionales o <u>ilegales los actos que reclaman</u> o recurren. Lo anterior se corrobora con el criterio sustentado por este Alto Tribunal en el sentido de que resultan inoperantes aquellos argumentos que no atacan los fundamentos del acto o resolución que con ellos pretende combatirse.”⁶⁷</i></p> <p><i>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES CUANDO LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR EL QUEJOSO O EL RECURRENTE SON AMBIGUOS Y SUPERFICIALES. Los actos de autoridad y las sentencias están investidos de una presunción de validez que debe ser destruida. Por tanto, <u>cuando lo expuesto por</u> la parte quejosa o <u>el recurrente es ambiguo y superficial, en tanto que no señala ni concreta algún razonamiento capaz de ser analizado, tal pretensión de invalidez es inatendible</u>, en cuanto no logra construir y proponer la causa de pedir, <u>en la medida que elude referirse al fundamento, razones decisorias o argumentos y al porqué de su reclamación</u>. Así, tal deficiencia revela una falta de pertinencia entre lo pretendido y las razones aportadas que, por ende, no son idóneas ni justificadas para colegir y concluir lo pedido. Por consiguiente, los argumentos o causa de pedir que se expresen en los conceptos de violación de la demanda de amparo o en los agravios de la revisión deben, invariablemente, estar dirigidos a descalificar y evidenciar la ilegalidad de las consideraciones en que se sustenta el acto reclamado, porque de no ser así, las manifestaciones que se viertan no podrán ser analizadas por el órgano colegiado y deberán calificarse de inoperantes, ya que se está ante argumentos non sequitur para obtener una declaratoria de invalidez.”⁶⁸</i></p> |
| <p>Combatir parcialmente el OPR</p> | <p><i>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES, CUANDO NO ATACAN LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA. Los conceptos de violación resultan inoperantes si los argumentos que aduce la quejosa <u>no atacan las</u></i></p> |

⁶⁷ Jurisprudencia por reiteración 1a./J. 81/2002, con número de registro 185,425, emitida en la novena época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el SJF y su Gaceta, tomo XVI, Diciembre de 2002, a página 61.

⁶⁸ Jurisprudencia I.4o.A. J/48, con número de Registro: 173593, dictada en la Novena Época. Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: SJF y su Gaceta, tomo XXV, Enero de 2007. Materia Común. Página: 2121.

| Inoperantes por... | Criterios aplicables por analogía |
|--------------------|---|
| | <p><u><i>consideraciones de la sentencia impugnada.</i></u>⁶⁹</p> <p>“CONCEPTO DE VIOLACIÓN DIRIGIDO CONTRA LA DESESTIMACIÓN DE UN AGRAVIO. RESULTA INOPERANTE POR INSUFICIENTE SI NO ATACA TODAS LAS CONSIDERACIONES QUE SUSTENTAN ESA DETERMINACIÓN. <u><i>Si la autoridad responsable se basó en varias consideraciones</i></u> para desestimar un específico agravio que, por sí solas, cada una por separado sustentan el sentido de esa determinación, <u><i>y el concepto de violación</i></u> formulado sobre ese particular <u><i>sólo controvierte una o algunas de esas consideraciones, sin desvirtuarlas todas, entonces se torna inoperante por insuficiente</i></u>, pues aun fundado lo aducido no produciría beneficio conceder la protección constitucional por ese solo motivo, ante la subsistencia de la consideración o consideraciones no destruidas que continúan rigiendo esa desestimación.”⁷⁰</p> <p>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LOS RAZONAMIENTOS EN QUE SE APOYA EL FALLO RECLAMADO. <u><i>Si en los conceptos de violación no se combaten o desvirtúan todos y cada uno de los razonamientos de la sentencia reclamada, aquéllos se consideran inoperantes</i></u>, ya que aun cuando alguno fuera fundado, no sería suficiente para conceder el amparo solicitado, puesto que existen otras consideraciones de la sentencia que no se impugnaron y que este Tribunal Colegiado no puede estudiar, por ser el amparo en materia administrativa de estricto derecho; conclusión que hace innecesario el estudio de las infracciones que se aducen en los conceptos de violación, en virtud de que lo expresado en ellos carece de trascendencia jurídica, al subsistir la sentencia reclamada con base en los intocados razonamientos en que se apoya.”⁷¹</p> <p>“CONCEPTOS DE VIOLACION INOPERANTES. Los conceptos de violación deben consistir en razonamientos de carácter lógico jurídico, tendientes a poner de manifiesto que las consideraciones que rigen la sentencia reclamada, son contrarias a la ley o a su interpretación jurídica, por lo que <u><i>los afectados tienen</i></u></p> |

⁶⁹ Jurisprudencia I.6o.C. J/15, con número de registro: 191572. Novena Época. Materia(s): Común. Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: SJF y su Gaceta. Tomo: XII, Julio de 2000. Página: 621.

⁷⁰ Tesis Aislada XVII.1o.C.T.38 K, con número de Registro 171512. Novena Época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Fuente: SJF y su Gaceta, tomo XXVI, Septiembre de 2007. Página: 2501. Tesis: Materia(s): Común.

⁷¹ Tesis aislada II.A.62 A., con número de registro: 194,031, dictada en la Novena Época. Materia Administrativa. Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: SJF y su Gaceta. Tomo: IX, Mayo de 1999. Página: 1001.

| Inoperantes por... | Criterios aplicables por analogía |
|-------------------------------|---|
| | <u><i>el deber de combatir la totalidad de los argumentos en que la responsable se apoyó para fallar</i></u> en determinado sentido. ⁷² |
| No justifican la transgresión | <p>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON SI NO CONTIENEN DE MANERA INDISPENSABLE, LOS ARGUMENTOS NECESARIOS QUE JUSTIFIQUEN LAS TRANSGRESIONES DEL ACTO RECLAMADO. <u><i>Si en los conceptos de violación no se expresan los razonamientos lógicos y jurídicos que expliquen la afectación que le cause a la quejosa el pronunciamiento de la sentencia reclamada, los mismos resultan inoperantes</i></u>, toda vez que todo motivo de inconformidad, no por rigorismo o formalismo, sino por exigencia indispensable, debe contener los argumentos necesarios, tendientes a justificar las transgresiones que se aleguen, de tal manera que si carecen de aquéllos, no resultan idóneos para ser analizados por el tribunal federal correspondiente, en el juicio de amparo.”⁷³</p> <p>“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. CARGA PROCESAL MÍNIMA DEL QUEJOSO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 166, FRACCIÓN VI, DE LA LEY DE AMPARO). Los conceptos de violación deben consistir, en su mejor expresión, en la exposición de argumentos jurídicos dirigidos a demostrar la invalidez constitucional de los actos reclamados, total o parcialmente. Los elementos propios de estos argumentos deben ser, ordinariamente, los de cualquier razonamiento, esto es, la precisión de (sic) o las partes del acto reclamado contra las que se dirigen; las disposiciones o principios jurídicos que se estiman contravenidos, y los elementos suficientes para demostrar racionalmente la infracción alegada. Sin embargo, con el ánimo de optimizar el goce del derecho constitucional a la jurisdicción, conocido en otros países como la garantía de acceso efectivo a la justicia, los criterios de tribunales federales mexicanos se han orientado hacia una mayor flexibilidad respecto a los requisitos exigidos en los motivos de las impugnaciones, y con la inspiración en el viejo principio procesal relativo a que las partes exponen los hechos y el Juez aplica el derecho, <u><i>la exigencia ha quedado en que se precise la causa de pedir, aunada a la manifestación, sencilla y natural, de la afectación al ámbito personal, patrimonial, familiar, laboral, etcétera, sufrida por la peticionaria</i></u> de garantías, desde su punto de vista y mediante el uso de lenguaje directo y llano, con el propósito evidente de abandonar las exigencias técnicas extremas a las que se había llegado, que sólo los abogados con suficiente experiencia en cada materia jurídica podían satisfacer, con la consecuencia, no intencional pero real, de alejar cada vez más a la generalidad de la población de la posibilidad de obtener la protección de la justicia, a través de la apreciación e interpretación del</p> |

⁷² Tesis aislada II.2o.C.T.2 K., con número de registro 204,439, dictada en la Novena Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Materia Común. Fuente: SJF y su Gaceta. Tomo: II, Agosto de 1995. Tesis. Página: 483.

⁷³ Jurisprudencia I.6o.C. J/21, con número de registro 191,370, dictada en la Novena Época. Materia Común. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: SJF y su Gaceta. Tomo: XII, Agosto de 2000. Página: 1051.

| Inoperantes por... | Criterios aplicables por analogía |
|--------------------------------|---|
| | <p>derecho. No obstante, ni la legislación ni la jurisprudencia se han orientado absolutamente por los principios del sistema procesal inquisitorio, hacia una revisión oficiosa de los actos reclamados, respecto a su constitucionalidad y legalidad, sino que <u>prevalece una carga procesal mínima para el agraviado, consistente en precisar en la demanda la causa petendi de su solicitud de amparo y la afectación que estime lesiva en su perjuicio</u>. En consecuencia, cuando los peticionarios de la protección constitucional no colman siquiera esa mínima exigencia, lo alegado debe declararse inoperante.”⁷⁴</p> <p>“PRUEBAS. CASO DE INOPERANCIA DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACION EN QUE SE RECLAMA SU FALTA DE ESTUDIO. Para la operancia de los conceptos de violación en que se reclama la falta de estudio de algunas de las pruebas rendidas, <u>es necesario, no sólo que la omisión exista, sino que la misma trascienda al sentido de la sentencia</u>, entrañando así una verdadera transgresión a las garantías constitucionales de la parte quejosa.”⁷⁵</p> |
| Ineficaz | <p>“CONCEPTOS DE VIOLACION FUNDADOS PERO INOPERANTES. <u>Si del análisis que en el juicio de amparo se hace de un concepto de violación se concluye que es fundado, pero si por diversas razones que ven al fondo de la cuestión omitida, el mismo resulta ineficaz para resolver el asunto en favor de los intereses del quejoso, el concepto aun cuando es fundado debe declararse inoperante</u>; consecuentemente, por economía procesal procede negar la protección constitucional en lugar de concederse para efectos, es decir, para que la responsable reparando la violación haga el estudio de lo omitido, lo cual a nada práctico conduciría, pues no obstante cumplir con ello, la misma autoridad o bien el tribunal colegiado respectivo en un amparo diverso promovido en su oportunidad, tendría que resolver el negocio en contra de los intereses del solicitante de garantías; por lo tanto, es innecesario esperar otra ocasión para resolverlo negativamente.”⁷⁶</p> |
| Combatir argumentos accesorios | <p>“AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE COMBATEN ARGUMENTOS ACCESORIOS EXPRESADOS EN LA SENTENCIA RECURRIDA, MÁXIME CUANDO ÉSTOS SEAN INCOMPATIBLES CON LAS RAZONES QUE SUSTENTAN EL SENTIDO TORAL DEL FALLO. En términos del artículo 88 de la Ley de Amparo, la parte a quien perjudica una sentencia tiene la carga procesal de demostrar su ilegalidad a través de los agravios correspondientes, lo que se cumple cuando los argumentos expresados se encaminan a combatir todas las</p> |

⁷⁴ Jurisprudencia I.4o.C. J/27, con número de registro 171511, dictada en la Novena Época, por los Tribunales Colegiados de Circuito. Visible en el SJF, Tomo XXVI, Septiembre de 2007. Página 2362.

⁷⁵ Tesis aislada (común), con número de registro número 237383, dictada en la Séptima Época, por la Segunda Sala de la SCJN, fuente SJF, Localización: volumen 187-192 Tercera parte, página 122.

⁷⁶ Jurisprudencia II.3o. J/17, con número de registro: 218729, dictada en la Octava Época. Instancia: Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Fuente: Gaceta del SJF. Localización: 56, Agosto de 1992. Materia: Común. Página. 45 (J);

| Inoperantes por... | Criterios aplicables por analogía |
|---|--|
| | <p>consideraciones en que se apoya la resolución impugnada. Ahora bien, <u>los agravios resultan inoperantes cuando tienen como finalidad controvertir argumentos expresados por el órgano de control constitucional en forma accesoria a las razones que sustentan el sentido del fallo</u>, sobre todo cuando sean incompatibles con el sentido total de éste, porque aunque le asistiera la razón al quejoso al combatir la consideración secundaria expresada a mayor abundamiento, ello no tendría la fuerza suficiente para que se revocara el fallo combatido, dado que seguiría rigiendo la consideración principal, en el caso la inoperancia del concepto de violación.”⁷⁷</p> |
| <p>Partir de premisas erróneas, incorrectas o falsas.</p> | <p>“AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN FISCAL. LO SON AQUELLOS QUE SE SUSTENTAN EN PREMISAS INCORRECTAS. <u>Los agravios son inoperantes cuando parten de una hipótesis que resulta incorrecta o falsa, y sustentan su argumento en ella, ya que en tal evento resulta inoficioso su examen por el tribunal revisor, pues aun de ser fundado el argumento, en un aspecto meramente jurídico sostenido con base en la premisa incorrecta, a ningún fin práctico se llegaría con su análisis y calificación</u>, debido a que al partir aquél de una suposición que no resultó cierta, sería ineficaz para obtener la revocación de la sentencia recurrida; como en el caso en que se alegue que la Sala Fiscal determinó que la resolución administrativa era ilegal por encontrarse indebidamente motivada, para luego expresar argumentos encaminados a evidenciar que al tratarse de un vicio formal dentro del proceso de fiscalización se debió declarar la nulidad para efectos y no lisa y llana al tenor de los numerales que al respecto se citen, y del examen a las constancias de autos se aprecia que la responsable no declaró la nulidad de la resolución administrativa sustentándose en el vicio de formalidad mencionado (indebida motivación), sino con base en una cuestión de fondo, lo que ocasiona que resulte innecesario deliberar sobre la legalidad de la nulidad absoluta decretada, al sustentarse tal argumento de ilegalidad en una premisa que no resultó verdadera”.⁷⁸</p> <p>“AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE SUSTENTAN EN PREMISAS FALSAS. Los agravios cuya construcción parte de premisas falsas son inoperantes, ya que a ningún fin práctico conduciría su análisis y calificación, pues al partir de una suposición que no resultó verdadera, su conclusión resulta ineficaz para obtener la revocación de la sentencia recurrida.”⁷⁹</p> |

⁷⁷ Jurisprudencia 1a./J. 19/2009, con número de registro: 167801. Dictada en la Novena Época. Instancia: PRIMERA SALA. Fuente: SJF y su Gaceta. Localización: XXIX, Marzo de 2009. Materia: Común. Página 5.

⁷⁸ Tesis aislada, con número de registro 171511, dictada en la Novena Época, por los Tribunales Colegiados de Circuito, Visible en el SJF, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Página 1769

⁷⁹ Tesis de jurisprudencia 2a./J. 108/2012 con número de registro 2001825, dictada en la Décima Época, por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el SJF y su Gaceta Libro XIII, Tomo 3, Octubre de 2012, Página: 1326

| Inoperantes por... | Criterios aplicables por analogía |
|--|--|
| | <p>"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE TIENEN COMO SUSTENTO UN POSTULADO NO VERÍDICO (APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA 2a./J. 108/2012 (10a.)). La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia en cita, determinó que los agravios cuya construcción parte de premisas falsas son inoperantes, ya que a ningún fin práctico conduciría su estudio pues, al partir de una suposición no verdadera, su conclusión es ineficaz para obtener la revocación de la sentencia recurrida; principio que aplica a los conceptos de violación cuyo sustento es un postulado que resultó no verídico; de ahí que sea ocioso su análisis y, por ende, merecen el calificativo de inoperantes."⁸⁰</p> |
| <p>Basarse en interpretaciones parciales o aisladas del OPR.</p> | <p>"SENTENCIAS, RELACION ÍNTIMA DE SUS ELEMENTOS. Una sentencia no es sino una relación lógica de antecedentes dados, para llegar a una conclusión que resuelve la controversia sometida al juzgador; por lo mismo, la sentencia la constituyen tanto la conclusión lógica de sus antecedentes, como las proposiciones que fijan el sentido de tal relación, y no puede sostenerse que cuando se aclara la congruencia de los elementos del razonamiento que el Juez hace, para llegar a una conclusión, se viole la sustancia del fallo, sólo porque en razón de dicha congruencia, sea necesario aclarar el sentido de la proposición, pues <u>no puede tenerse por sentencia una parte de la misma, como es la resolutive, sin la relación de los hechos que aparezcan en el proceso y los fundamentos legales de la resolución</u>"⁸¹</p> <p>"SENTENCIAS. RELACION ÍNTIMA DE SUS ELEMENTOS. Los puntos resolutive de una sentencia son el resultado de las consideraciones jurídicas que los determinan y sirven para interpretarlos, de acuerdo con el principio de congruencia interna de las sentencias, de modo que <u>no puede tenerse por sentencia una parte de la misma, como lo es la resolutive, sin la relación de hechos que aparezcan en el proceso y los fundamentos legales de la determinación.</u>"⁸²</p> |

Del mismo modo, en la presente resolución se hará alusión a argumentos **infundados**. Un argumento es infundado cuando al actor no le asiste la razón, porque no probó los hechos afirmados, es incorrecta su apreciación sobre los hechos o sobre la aplicabilidad de un criterio jurisprudencial,⁸³ si la norma invocada

⁸⁰ Tesis de jurisprudencia XVII.1o.C.T. J/5, con número de registro 2008226, dictada en la Décima Época, por los Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la Gaceta del SJF, Libro 14, Tomo II, Enero de 2015, Página: 1605.

⁸¹ Registro: 353,345. Tesis aislada, Materia (s): Común Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, SJF, LXX. Página: 3764.

⁸² Registro: 240,090, Tesis aislada, Materia (s): Común, Séptima Época, Tercera Sala, SJF, 199-204 Cuarta Parte, Tesis: Página: 44.

⁸³ Análisis de agravios y redacción de sentencia, Centro de Capacitación Judicial Electoral, disponible en: http://www.teever.gob.mx/files/analisis_de_agravios_y_redaccion_de_sentencias.pdf.

no es aplicable, si la norma no está correctamente aplicada o si no se tiene el derecho que se argumenta.⁸⁴

A continuación, se da contestación a los argumentos realizados por las Emplazadas en los escritos de contestación al OPR, en los términos ya precisados.

QUINTO. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LAS EMPLAZADAS.

5.1. Cuestiones Previas

5.1.1. Contestación *ad cautelam*⁸⁵

Las contestaciones no implican el consentimiento de AMX y Telcel sobre la constitucionalidad, legalidad, validez o aplicabilidad de precepto o acto alguno, ya que tienen por único objeto el refutar las imputaciones de la Denunciante y de la AI, para el efecto de que se cierre el Expediente, pues las presunciones alcanzadas son falsas, incorrectas e infundadas.

La contestación se formula *ad cautelam*, sin que por ello consientan las disposiciones jurídicas y/o reglamentarias aplicadas y que estiman contrarias a la CPEUM, ni los actos del procedimiento, y sin que por ello pierdan el derecho de hacer valer su inconstitucionalidad e ilegalidad en la impugnación que tuviesen que promover en contra de la resolución definitiva, los preceptos que sirvieron de fundamento para ello, los actos intraprocesales y las normas.

Finalmente, AMX y Telcel niegan y objetan la imputación que se formula en su contra. Además, manifiestan que las conclusiones del OPR y las consideraciones previas, incluyendo las actuaciones de la investigación, son indebidas y parten de supuestos inexactos y equivocados, así como de apreciaciones incorrectas e ilegales.

Al respecto, las manifestaciones que las Emplazadas realizan dentro de los apartados "*Aclaración previa y reserva de derechos*" y "*Contestación ad cautelam*" de sus escritos de contestación al OPR, devienen en **inoperantes**. Esto, porque en dichos apartados, AMX y Telcel no hacen referencia a pruebas contenidas en el Expediente, ni a argumentos lógico-jurídicos, mediante los cuales acrediten la supuesta improcedencia, ilegalidad y/o inconstitucionalidad de la Denuncia, la investigación y las imputaciones realizadas en el OPR, o bien de la tramitación del Expediente en general.

Por el contrario, las Emplazadas, se limitan a realizar manifestaciones abstractas y genéricas mediante las cuales sostienen, sin evidencia, que las conclusiones a las que arriba la Autoridad Investigadora en el OPR son incorrectas. Asimismo, es importante precisar que AMX y Telcel no relacionan de manera argumentativa los apartados "*Aclaración previa y reserva de derechos*" y "*Contestación ad cautelam*" con

⁸⁴ Campuzano Gallegos, Adriana Leticia, Manual para entender el Juicio de Amparo, Teórico-Práctico, México, Thomson Reuters, 2015, p. 118.

⁸⁵ Folios 40635, 40640 de Telcel y 40918, 40923 y 40924 de AMX.

el análisis específico de los argumentos vertidos por la AI en el OPR. Por lo cual, la contestación a cada uno de esos argumentos se realiza en los apartados correspondientes.

5.2.1. Violaciones procesales⁸⁶

Las actuaciones del Expediente, incluyendo el OPR, son violatorias de la ley y de los derechos de AMX y Telcel, pues derivan de un procedimiento en el que se han cometido violaciones procesales que se objetan desde este momento. Por ello, se objetan las actuaciones respectivas y se plantean las violaciones procesales de mérito, que en su caso serían extendidos de obtener un resultado desfavorable en el procedimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, desde este momento se hace valer la improcedencia del procedimiento, en virtud de las violaciones procesales que han negado el derecho de AMX y Telcel a una debida defensa.

Los señalamientos de las Emplazadas se consideran inoperantes toda vez que consisten en manifestaciones genéricas, ya que omiten acreditar mediante elementos de convicción contenidos en el Expediente y argumentos lógico-jurídicos, que efectivamente ocurrieron las “*violaciones procesales*” a las que hacen referencia, así como señalar de forma específica los preceptos legales que a consideración de AMX y Telcel fueron transgredidos u obviados, y los hechos que sustentan tales transgresiones.⁸⁷

En ese sentido, a continuación, se analizan de manera específica cada una de las violaciones procesales señaladas por AMX y Telcel, respecto de las cuales sí presentan manifestaciones concretas y atendibles, pero no por ello operantes y/o fundadas.

5.1.3. Sobre los antecedentes del OPR⁸⁸

A. El primer antecedente no es propio de AMX ni de Telcel. Tal numeral acredita

⁸⁶ Folio 40713 de Telcel, 40996 y 40997 de AMX.

⁸⁷ Resulta aplicable la siguiente tesis de jurisprudencia, cuyo rubro, contenido y datos de localización son del tenor siguiente: “**CONCEPTOS O AGRAVIOS INOPERANTES. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR “RAZONAMIENTO” COMO COMPONENTE DE LA CAUSA DE PEDIR PARA QUE PROCEDA SU ESTUDIO.** (...) un verdadero razonamiento (independientemente del modelo argumentativo que se utilice), se traduce a la mínima necesidad de explicar por qué o cómo el acto reclamado, o la resolución recurrida se aparta del derecho, a través de la confrontación de las situaciones fácticas concretas frente a la norma aplicable (de modo tal que evidencie la violación), y la propuesta de solución o conclusión sacada de la conexión entre aquellas premisas (hecho y fundamento). Por consiguiente, en los asuntos que se rigen por el principio de estricto derecho, una alegación que se limita a realizar afirmaciones sin sustento alguno o conclusiones no demostradas, no puede considerarse un verdadero razonamiento y, por ende, debe calificarse como inoperante; sin que sea dable entrar a su estudio so pretexto de la causa de pedir, ya que ésta se conforma de la expresión de un hecho concreto y un razonamiento, entendido por éste, cualquiera que sea el método argumentativo, la exposición en la que el quejoso o recurrente realice la comparación del hecho frente al fundamento correspondiente y su conclusión, deducida del enlace entre uno y otro, de modo que evidencie que el acto reclamado o la resolución que recurre resulta ilegal; pues de lo contrario, de analizar alguna aseveración que no satisfaga esas exigencias, se estaría resolviendo a partir de argumentos no esbozados, lo que se traduciría en una verdadera suplencia de la queja en asuntos en los que dicha figura está vedada”. Localización: (TA); 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 31, junio de 2016; Tomo II; Pág. 1205. 2a. XXXII/2016 (10a.). Registro No. 2011952.

⁸⁸ Folios 40641 a 40653 de Telcel y 40924 a 40936 de AMX.

la improcedencia del OPR por su incongruencia e inconsistencia con la Denuncia como causa del procedimiento. Se recoge en beneficio de AMX y Telcel el reconocimiento de la AI de que la Denuncia que constituye la causa y origen único del mismo, en concreto sólo se dirigió contra Telcel, Grupo Bimbo y BLM, no así en contra de AMX.

B. El segundo antecedente tampoco es propio ni de AMX ni de Telcel. Con la notificación del OPR a AMX y Telcel, no se les corrió traslado con copia del acuerdo de ocho de noviembre de dos mil trece, lo que es ilegal. En dicho acuerdo se previno a la Denunciante para que *"aclarara y completara"* su Denuncia, lo que demuestra la parcialidad de la autoridad.

Tampoco se entregó a AMX ni a Telcel el escrito mediante el cual la Denunciante desahogó tal prevención, ni sus anexos, ni se les permitió ver las constancias, no obstante que habría de considerarse como integrante de la Denuncia. Todo ello coloca en indefensión a AMX y Telcel, quienes se ven impedidas de conocer íntegramente los cargos que se les imputan, la causa única de este procedimiento y de saber si es que la Denuncia debía ser desechada.

C. El tercer antecedente no es propio ni de AMX ni de Telcel. Tal numeral acredita violaciones procesales, pues tampoco se les corrió traslado ni, se les dio oportunidad de defensa debida y oportuna a AMX y Telcel respecto del acuerdo por medio del cual se desechó inicialmente la Denuncia.

D. El cuarto antecedente no es propio ni de AMX ni de Telcel. Las Emplazadas no fueron notificadas ni se les corrió traslado del amparo indirecto interpuesto por Telefónica en contra del acuerdo que desechó la Denuncia, juicio de garantías en que no fueron parte y por consecuencia no puede pararles perjuicio.

En el mismo sentido, AMX y Telcel tampoco fueron notificadas ni se les corrió traslado de la sentencia de veintitrés de junio de dos mil catorce, dictada por el Juzgado Primero de Distrito, en la que se resolvió amparar a Telefónica y ordenó dejar insubsistente el acuerdo de desechamiento, ordenando emitir otro mediante el cual se admitiera a trámite la Denuncia. Todo ello es ilegal, pues coloca en indefensión a AMX y a Telcel, quienes se ven impedidas de conocer íntegramente los cargos que se les imputan, la causa del procedimiento y de saber si es que la Denuncia debía ser desechada.

E. El quinto antecedente tampoco es propio ni de AMX ni de Telcel. Las Emplazadas nunca fueron notificadas, ni se les corrió traslado de la revisión interpuesta por el Director General de Defensa Jurídica del Instituto en contra de la sentencia de veintitrés de junio de dos mil catorce, misma que fue confirmada mediante sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil catorce. Todo ello coloca en indefensión a AMX y a Telcel, quienes se ven impedidas de conocer íntegramente los cargos que se les imputan, la causa del procedimiento y de saber si la Denuncia debía ser desechada.

F. El sexto antecedente tampoco es propio ni de AMX ni de Telcel. Mediante escrito de siete de octubre de dos mil catorce, Telefónica presentó un escrito en

el que solicitó al Instituto se le tuviera por desistida de la Denuncia. Este numeral acredita la total improcedencia del inicio y tramitación de la pretendida investigación y del OPR, al haber acordado el inicio de la investigación con posterioridad a la solicitud de desistimiento de Telefónica.

G. El séptimo antecedente tampoco es propio ni de AMX ni de Telcel. Al escrito de desistimiento de Telefónica le recayó el Acuerdo de Inicio, en el que se ordenó el inicio de la investigación. Lo cierto es que, ante el indubitable desistimiento de la Denuncia, el procedimiento carece de plano de causa eficiente y de razón de ser, luego el OPR que se contesta adolece de sustento y de necesidad.

H. El octavo antecedente tampoco es propio ni de AMX ni de Telcel. Cabe destacar la insuficiencia y falta de claridad de la publicación hecha en el DOF del extracto del Acuerdo de Inicio, y su referencia a mercados diversos de aquél al que se refiere el OPR como Mercado Relevante.

I. El noveno antecedente tampoco es propio ni de AMX ni de Telcel. Las Emplazadas desconocen el contenido de los acuerdos de cierre de los periodos de investigación y si en cada caso se justificó debidamente la necesidad de ampliación y los acuerdos, con los que no se corrió traslado. A partir de la versión reservada del OPR es posible destacar los siguientes aspectos:

Llama la atención que en el caso se hubieran requerido los cinco periodos de investigación a partir de una Denuncia presentada en dos mil trece, es decir, hace más de cuatro años, para que las autoridades emitieran el OPR. Además, en el OPR no se aprecia si durante estos más de cuatro años hubo periodos de más de sesenta días sin actividad procesal, ni se indica que las pretendidas actuaciones se hubiesen hecho públicas mediante las publicaciones debidas, por lo que cabe reservar toda acción o derecho que pueda surgir de caducidad del procedimiento.

Se hace notar la falta de fundamentación de los cómputos y plazos, pues no se indica con base en qué precepto se habría formulado, ni se acredita que en cada caso se cumplieron los requisitos de ley para ello, ni que tal situación hubiese sido determinada de forma debida ni oportuna ni por autoridad verdaderamente competente para ello, ya no se diga con la motivación debida necesaria.

J. El décimo antecedente no es propio ni de AMX ni de Telcel. En cuanto se refiere a las Emplazadas y demás agentes involucrados, los requerimientos de información que ahí se mencionan, resultan insuficientes, tendenciosos, improcedentes, excesivos e ilegales.

Resultan improcedentes todos aquellos requerimientos formulados a terceros que no fueron las sociedades denunciadas, por demostrar la suplenia de la queja deficiente de la Denunciante, no obstante, la naturaleza de éstas y los requisitos aplicables. Los escritos, documentos e información presentada nada prueban en contra de AMX y Telcel, quienes no han podido conocerlos en forma plena, ni debida ni oportuna.

Es cierto lo que se refiere a la emisión de los requerimientos de información y documentos formulados a AMX y Telcel a través de diversos oficios emitidos a lo largo del periodo de investigación. También es cierto que el representante legal de AMX y Telcel, *ad cautelam* y bajo reserva, atendió esos requerimientos.

En el OPR no se analizó, valoró ni consideró en forma debida, congruente, puntual ni exhaustiva todo lo que al respecto AMX y Telcel dijeron y demostraron durante la investigación. Tal irregularidad ha motivado que en lugar de decretar el cierre del Expediente, ahora se hubiere emitido un OPR que deviene incongruente y carente de fundamentación y motivación debidas.

Se destaca la falta de fundamentación y justificación de los requerimientos, pues en el OPR no se indica por quién (funcionario/cargo) ni con base en qué precepto se habría formulado, ni qué los habría justificado en el caso. En el OPR no se indica la forma o fecha en que cada uno de los "*requerimientos de información*" aludidos en el antecedente quinto hubiese sido publicado en la respectiva lista de notificación de la autoridad correspondiente del IFT.

Tampoco se desprende quién habría dado contestación a cada uno de dichos "*requerimientos de información*"; que dicha persona en realidad represente a la requerida; que sus facultades hubiesen sido suficientes y vigentes; en qué consistió la información aportada, en su caso, si es que lo hizo bajo alguna reserva; si es que manifestó algún conflicto de interés; si se verificó el contenido y veracidad de lo proporcionado; si compareció en tiempo y forma; si la información solicitada y la presentada guarda relación directa con la materia de la investigación iniciada a partir de la denuncia de Telefónica. En esta virtud, AMX y Telcel están imposibilitadas para ejercer de forma debida su derecho de defensa, pues han sido indebidamente emplazadas, máxime que del OPR no se desprenden todos los elementos.

K. El décimo primer antecedente tampoco es propio ni de AMX ni de Telcel. En cuanto se refiere a las Emplazadas y demás agentes involucrados en las comparecencias que se llevaron a cabo durante la etapa de investigación y que ahí se mencionan, su contenido y uso resultan insuficientes, tendenciosos, improcedentes, excesivas e ilegales.

Los antecedentes de las comparecencias que se llevaron a cabo y aquellas en las que se citó a declarar a personas ajenas y distintas de AMX y Telcel, no son propios ni guardan relación alguna con ella. En adición, resultan improcedentes todas aquellas comparecencias desahogadas respecto a terceros que no fueren alguna de las Denunciadas, por demostrar la suplencia de la queja deficiente planteada por la Denunciante.

AMX y Telcel desconocen el alcance y contenido de las comparecencias que se hubieran llevado a cabo con las demás personas y autoridades, pues no se les corrió traslado con toda la información correspondiente y no han podido tener acceso debido y oportuno a todas las constancias referidas, por lo que ningún perjuicio puede pararles.

L. El décimo segundo antecedente tampoco es propio ni de AMX ni de Telcel.

La integración de información de fuentes públicas y páginas de Internet para el trámite de este procedimiento no se hizo del conocimiento oportuno y debido de AMX y Telcel, amén de que en el OPR no se indica que se hubieren hecho las publicaciones en lista respectivas. Tampoco hay impulso procesal con tales actuaciones.

No hay debida precisión sobre la integración de los documentos, información y copias al Expediente; no se indica debidamente en qué consistían tales archivos y documentos; de qué fuentes provienen; cuándo, cómo ni de quién se obtuvieron; menos aún las razones, causas y fundamento de su integración al Expediente. No se entiende por qué habría necesidad de estas adiciones de constancias, cuando previamente se dijo que se habrían formulado y contestado una serie de requerimientos de información.

No puede ni debe tener valor probatorio ni circunstancial alguno frente a AMX y Telcel información, documentos o elementos obtenidos de fuentes ajenas e inciertas, elaborados por terceros ajenos y que se refieren a cuestiones diversas, con objetos distintos, a la materia y alcance del Expediente.

Según las tablas que se observan en las páginas catorce a veintitrés del OPR, se trata de información ajena a AMX y Telcel, misma que ni se cita en su integridad ni ellos tendrían por qué conocerla ni podrán conocer, ni tendrían que haberlo sabido con anterioridad. Por ello, tal información no tiene el carácter de fehaciente y objetiva, sino que en todo caso se trata de consideraciones subjetivas de terceros y de partes interesadas, y "*en su mayoría, debe tratarse*" de apreciaciones y datos que no están firmes en sede alguna, que está sujeta a cambios en función de situaciones exógenas.

No se precisa de manera alguna cuáles constancias de los múltiples expedientes diversos habrían sido incorporadas o agregadas, ni los términos y las razones concretas existentes para ello que así lo justificaran, en su caso. Por lo demás, no se cita la fundamentación, ni justificación para allegarse de cualquier información.

M. El décimo tercer antecedente tampoco es propio ni de AMX ni de Telcel. Lo cierto es que la mención que se hace en el OPR en el sentido de que el extracto del acuerdo de conclusión de la investigación sí fue publicado en la lista diaria de notificaciones de la AI demuestra que todas las actuaciones y acuerdos de esta etapa debieron haberse publicado en esa lista, *so pena* de no poder atribuírseles efectos con relación a terceros.

En el apartado respectivo del OPR no se indica bajo qué preceptos el DGPMCI tendría facultades o competencia para emitir el acuerdo de conclusión de la investigación del Expediente. Al no haberse citado los preceptos legales aplicables, es evidente que tal oficio carece de fundamentación y motivación.

Las manifestaciones de las Emplazadas sobre los antecedentes que se describen en el OPR, se consideran infundadas e Inoperantes en los términos que a continuación se precisan.

En primer lugar, es **infundado** el señalamiento de AMX y Telcel en el sentido de que se dejó a las Emplazadas en estado de indefensión, e inseguridad, además de que se actuó con parcialidad, debido a que no se les corrió traslado con: **i)** la Denuncia, **ii)** el acuerdo por virtud del cual se previno inicialmente a Telefónica de ocho de noviembre de dos mil trece; **iii)** el escrito de cuatro de diciembre de dos mil trece, mediante el cual Telefónica dio contestación a la prevención realizada; **iv)** el acuerdo por el que se desechó originalmente la Denuncia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil trece; **v)** los documentos relacionados con el juicio de amparo número 8/2014 y el amparo en revisión número 44/2014, incluidas las resoluciones correspondientes, y **vi)** otros documentos contenidos en el Expediente, distintos del OPR.

Lo anterior, toda vez que el artículo 33, fracción II, de la LFCE, establece de manera terminante que para esta autoridad **únicamente es imperativo realizar el emplazamiento a los probables responsables con el OPR**. Es decir, que no es necesario, como sí ocurre con otros procedimientos jurisdiccionales de distinta naturaleza, que se entreguen a las Emplazadas todos los documentos que integran el expediente administrativo instaurado en su contra.

Resulta aplicable a estas consideraciones el siguiente criterio judicial:

"OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO RESPECTO DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. NO EXISTE OBLIGACIÓN DE CORRER TRASLADO CON EL EXPEDIENTE COMPLETO QUE LO RESPALDA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014). Como parte de las formalidades esenciales del procedimiento administrativo seguido en forma de juicio respecto de prácticas monopólicas absolutas, el artículo 33, fracción II, de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente hasta el 6 de julio de 2014, fecha en que se abrogó, prevé la obligación de emplazar al probable responsable con aquel oficio; sin embargo, ***las formalidades esenciales establecidas en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el derecho a una defensa adecuada, no conllevan exigir a la autoridad que con el emplazamiento corra traslado de todos y cada uno de los documentos y constancias que integran el expediente que respalda el oficio, pues para considerar que se respeta el derecho indicado, entendido como la posibilidad de participar en el procedimiento con conocimiento pleno de las promociones, argumentos y pruebas integradas al expediente, basta que se ponga éste a disposición del probable responsable, excluyendo la información confidencial y la que no sea determinante, ya que por medio de la consulta que realice conocerá los aspectos que integran la litis y podrá preparar su defensa.***"⁸⁹

Para mayor claridad, por lo que hace a los señalamientos sobre la supuesta ilegalidad del Expediente por no haber corrido traslado a las Emplazadas con la totalidad del Expediente, en obvio de repeticiones innecesarias se remite al

⁸⁹ Tesis: I.1º.A.E.184 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro 2013111, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo IV, Noviembre 2016, Pág. 2404, Tesis Aislada (Administrativa).

apartado “*Emplazamiento ilegal*” de esta resolución, donde se responden con puntualidad tales señalamientos.

En segundo término, por lo que se refiere al hecho de que AMX no fue denunciada y a pesar de ello se le incluyó en el Expediente como Emplazada, aunado a que BLM y Grupo Bimbo no fueron emplazadas no obstante que sí fueron parte de la Denuncia, se advierte que tales consideraciones resultan **infundadas**. Esto, porque el hecho de que un agente económico, en este caso Telefónica, haya denunciado a determinadas sociedades tales como BLM y Grupo Bimbo, no implica que el Instituto deba, necesariamente, considerarlas como probables responsables dentro del OPR.

Es preciso aclarar que la denuncia únicamente tiene por objeto proveer a la AI de una causa objetiva para iniciar una indagatoria.⁹⁰ Así, una denuncia no es un documento base de una acción, sino únicamente provee a la autoridad de una causa objetiva para iniciar una investigación. Precisamente, el objeto de la investigación a que se refiere el artículo 30 de la LFCE, consiste en determinar si es que efectivamente se encuentran indicios que soporten que la LFCE ha sido transgredida y quiénes son los responsables de la infracción identificada. En ese sentido, una vez que algún agente económico realiza una denuncia por posibles prácticas monopólicas, ya sean relativas o absolutas, la Autoridad Investigadora del IFT se encuentra facultada para conducir la investigación necesaria y determinar si existen probables violaciones a la LFCE y el RLFCE.

Sirve de apoyo a lo anterior, por analogía, el siguiente criterio judicial:

“COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. LA SEGUNDA ETAPA DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ES UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.

De los artículos 23, 24, fracción I, 30, 31, primer párrafo y 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, así como 23, fracción I, 25, fracción I, 27, primer párrafo, 30 y 31 de su reglamento, se advierte que el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas seguido por la Comisión Federal de

⁹⁰ Sirve de apoyo, el siguiente criterio judicial: ***“COMPETENCIA ECONÓMICA. LA DENUNCIA DE PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LEY FEDERAL RELATIVA ABROGADA REQUIERE DE UNA CAUSA OBJETIVA QUE HAGA RAZONABLE EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN CORRESPONDIENTE.*** De conformidad con los artículos 32 de la Ley Federal de Competencia Económica abrogada y 29, fracción IV, de su reglamento, cualquier persona podrá denunciar las prácticas monopólicas absolutas, en tanto que en las relativas o concentraciones la denuncia corresponderá al afectado, quien deberá expresar los elementos que puedan configurar la conducta que estime violatoria de dicha ley y, en su caso, los hechos que reflejen el daño o perjuicio sufrido o que pueda sufrir. En cualquiera de esos supuestos, deberá indicarse en qué consiste la práctica o concentración, así como la existencia de una causa objetiva que haga razonable el inicio de una investigación, entendiendo por ésta la que revele la posible correspondencia entre los hechos narrados como indicios y los supuestos previstos en la ley para su eventual configuración, es decir, que se esté en presencia de un supuesto interés legítimo serio, debido a que por su especial situación cualificada, quien formule la denuncia pudiese sufrir un daño real y efectivo en lo que se refiere a su participación en el mercado de que se trate y que, en caso de resultar procedente la denuncia formulada, consiga obtener alguna utilidad específica”.

Época: Décima Época. Registro: 2010174. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 09 de octubre de 2015 11:00 h. Materia(s): (Administrativa). Tesis: I.1o.A.E.85 A (10a.).

Competencia se compone de dos grandes etapas. La primera, tendiente a recabar medios de prueba que permitan suponer la existencia, a nivel presuntivo, de actos o prácticas prohibidas por la Ley Federal de Competencia Económica. La segunda etapa inicia con el oficio de presunta responsabilidad, por el que se especifica claramente cuáles son las conductas monopólicas o prohibidas observadas en la fase anterior, señalándose quién es el presunto infractor, ordenando su emplazamiento, para que aquél, en un término no mayor a treinta días comparezca a manifestar lo que a su interés convenga y exhibir las pruebas pertinentes; posteriormente, la comisión fijará un plazo no mayor a treinta días naturales para formular alegatos; hecho lo cual, la autoridad deberá dictar una resolución dentro de los sesenta días naturales siguientes. Esta última fase es un procedimiento seguido en forma de juicio para los efectos del artículo 114, fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, pues en él la Comisión Federal de Competencia realiza los actos necesarios para dictar una resolución definitiva en relación con las prácticas monopólicas investigadas, dando al presunto infractor la oportunidad de alegar y probar a su favor.”⁹¹ (énfasis añadido).

Esta lógica, aplica en el mismo sentido para el caso de AMX que, si bien no fue una de las sociedades denunciadas inicialmente por Telefónica, sí participó en la realización de la práctica imputada; lo cual, se concluye como resultado de la indagatoria realizada por la Autoridad Investigadora.⁹² Con el objeto de ahondar sobre estas consideraciones, se remite a las Emplazadas al apartado “*Indebida integración de la relación jurídica procesal*” e “*Indebida determinación del GIE*” de esta resolución, donde se responden de manera puntual en relación con diversas violaciones procesales alegadas por AMX y Telcel.

Como tercer punto, las Emplazadas manifiestan que no fueron parte del juicio de amparo interpuesto por Telefónica, ni la revisión requerida por el Director General de Defensa Jurídica del IFT; por lo cual, tales antecedentes no son propios ni pueden repararles perjuicio. No obstante, tales manifestaciones resultan **infundadas**, por las razones que se precisan en el apartado “*El desistimiento y la ilegal tramitación del Expediente*” de esta resolución, que en obvio de repeticiones innecesarias deben tenerse por reproducidas.

En cuarto lugar, como respuesta a los antecedentes señalados con los numerales sexto y séptimo del OPR, AMX y Telcel manifiestan que el Expediente es incongruente e ilegal porque Telefónica se desistió de la Denuncia; y a pesar de

⁹¹ Novena Época, Registro: 181773, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Abril de 2004, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.7o.A.285 A, Página: 1402.

⁹² Resulta relevante, además, la tesis de jurisprudencia que es del tenor siguiente: “**PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. CUANDO LAS CONDUCTAS ATRIBUIDAS A UNA EMPRESA FUERON DESPLEGADAS POR EL GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO AL QUE PERTENECE, LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DEBE VINCULAR TANTO AL AGENTE INVESTIGADO COMO A LA INTEGRACIÓN VERTICAL DE OPERACIÓN DEL ALUDIDO GRUPO.** (...) En esa tesitura, la Comisión Federal de Competencia en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por el grupo de interés económico al que pertenece, debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical de operación del aludido grupo, por ser la actividad económica de éste la que se juzga en su conjunto”. Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, octubre de 2008; Pág. 2286. I.4o.A. J/67. Registro No. 168587.

ello, la Autoridad Investigadora emitió el Acuerdo de Inicio. Estas manifestaciones devienen en **infundadas** e **inoperantes** por los argumentos que se desarrollan en el apartado “*El desistimiento y la ilegal tramitación del Expediente*” de esta resolución, a las cuales se remite con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

Por otra parte, AMX y Telcel manifiestan que en el Acuerdo de Inicio se hizo referencia de manera insuficiente y poco clara a mercados distintos del que se define como el Mercado Relevante en el OPR. Sin embargo, estos señalamientos resultan **infundados** debido a que las Emplazadas realizan una interpretación equivocada respecto de dos conceptos jurídicos que, si bien se encuentran relacionados, resultan distintos y atienden a propósitos diversos.

Al respecto, los mercados investigados que se señalan en el Acuerdo de Inicio, tienen por objeto delimitar las actuaciones de la Autoridad Investigadora a determinadas áreas de la actividad económica, así como hacer del conocimiento de los agentes económicos el inicio de la investigación a efecto de que puedan coadyuvar con la misma.⁹³ De hecho, el artículo 30, de la LFCE, al hacer referencia a los elementos legales que debe contener todo acuerdo de inicio hace referencia al “*mercado*” en sentido amplio, y no al “*Mercado Relevante*” que constituye un concepto distinto.⁹⁴

En ese sentido, el Mercado Relevante al que se refiere el artículo 12, de la LFCE, y que se define mediante la emisión del OPR, tiene por objeto definir en sentido estricto el mercado en el cual ocurrió la conducta; esto, con el propósito de determinar si los agentes económicos emplazados detentan o no poder sustancial. Lo anterior, porque en términos del artículo 10, de la LFCE, para el caso de sanciones por prácticas monopólicas relativas, es requisito indispensable que los agentes económicos responsables tengan poder sustancial en el mercado relevante en que ocurren las prácticas.

⁹³ Sirve de sustento, el siguiente criterio del PJF, cuyos rubro, contenido y datos de localización son: “**PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. CARACTERÍSTICAS DE LA DEFINICIÓN DE “MERCADO INVESTIGADO” QUE SE HACE EN EL ACUERDO DE INICIO RELATIVO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10 DE MAYO DE 2011)**. De conformidad con el artículo 30, segundo párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente hasta el 10 de mayo de 2011, actualmente abrogada, el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas absolutas comienza con la emisión del acuerdo inicial, del que debe elaborarse un extracto que ha de enviarse al Diario Oficial de la Federación para su publicación y el cual debe contener, cuando menos, la probable violación a investigar y el mercado en el que se realiza, con el objeto de que cualquier persona pueda coadyuvar en la investigación. De esto último se sigue que la definición del “mercado investigado” que se hace en el acuerdo de inicio, no es en favor, propiamente, del agente investigado, sino para que cualquier persona pueda auxiliar en la investigación, de manera que la falta de precisión en que puede incurrir la autoridad al respecto, no constituye un elemento sustancial que irroque indefensión a aquél (...)” (Énfasis añadido). Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 36, noviembre de 2016; Tomo IV; Pág. 2487. I.1o.A.E.179 A (10a.). Registro No. 2013122.

⁹⁴ El artículo 30, de la LFCE establece lo siguiente: “El Secretario Ejecutivo dictará el acuerdo de inicio y publicará en el Diario Oficial de la Federación un extracto del mismo, el cual deberá contener, cuando menos, la probable violación a investigar y el mercado en el que se realiza, con el objeto de que cualquier persona pueda coadyuvar en dicha investigación”. (Énfasis añadido).

Sobre estas manifestaciones, por último, es importante precisar que es imposible jurídicamente definir el Mercado Relevante antes de la realización de la investigación; ya que es precisamente a través del ejercicio de las facultades indagatorias de la AI, que resulta posible determinar con certeza, para cada caso, los elementos previstos en el artículo 12, fracciones I a IV, de la LFCE.⁹⁵

Ahora bien, como quinto punto, las Emplazadas manifiestan que, en el OPR no se precisa y, por lo tanto, desconocen: **i)** el contenido de los acuerdos de cierre de cada periodo de investigación; **ii)** la fundamentación y motivación; **iii)** las razones para necesitar los cinco periodos de investigación; **iv)** si transcurrieron más de sesenta días sin actividad procesal y, **v)** que se hayan publicado en lista las actuaciones realizadas. No obstante, tales manifestaciones se consideran **infundadas** e **inoperantes**, por las razones que se describen en los siguientes párrafos.

Las manifestaciones señaladas, son **inoperantes** toda vez que consisten en señalamientos gratuitos y abstractos, que no hacen referencia a actos de autoridad específicos, ni vicios o ilegalidades concretas en los mismos, y mucho menos a evidencia o argumentos lógico-jurídicos mediante los cuales AMX y Telcel acrediten, al menos parcialmente, sus afirmaciones. Es decir, que las Emplazadas omiten señalar de manera concreta y fehaciente, cuáles acuerdos de ampliación o actuaciones de la AI carecieron de fundamentación y motivación, así como los supuestos legales que, en su caso, hubieren sido obviados o transgredidos por dicha autoridad.

No es suficiente que AMX y Telcel señalen desconocer la fundamentación y motivación de todas las actuaciones de la Autoridad Investigadora para que el Pleno de este Instituto pueda determinar si tales señalamientos resultan fundados o no. Por el contrario, las Emplazadas deben precisar con exactitud a qué actuaciones se refieren, y no sólo eso, sino también las razones específicas por las

⁹⁵ Resulta aplicable, por analogía, el siguiente criterio del PJJ, en cuya parte conducente refiere que: ***"PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. NO ES EXIGIBLE QUE EN EL ACUERDO DE INICIO RELATIVO SE SEÑALE EXHAUSTIVAMENTE LA CAUSA QUE LO ORIGINÓ (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10 DE MAYO DE 2011). El procedimiento de investigación establecido en el artículo 30 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente hasta el 10 de mayo de 2011, actualmente abrogada, tiene el objetivo de recabar los medios de convicción suficientes que permitan verificar el cumplimiento de las normas de competencia y, en su caso, dictar las medidas para prevenir o erradicar prácticas monopólicas absolutas (...) Por tanto, no es exigible que en el acuerdo de inicio del procedimiento referido señale exhaustivamente la causa que lo originó. De ahí que al valorar en el juicio de amparo si la extinta Comisión Federal de Competencia, al emitir dicho acuerdo, así como los requerimientos relativos a los agentes económicos investigados, debió cumplir con la indicación puntual de ciertos datos que, a criterio de dichos agentes resultan indispensables, debe atenderse a la naturaleza y objetivos de la etapa de investigación, en la cual, aquella sólo posee un conocimiento elemental o superficial de una causa objetiva; asimismo, debe tomarse en cuenta que, hasta ese momento, no se formula imputación alguna, ni existe pretensión incriminatoria, la cual inicia con el oficio de probable responsabilidad, en el cual sí debe existir una precisión puntual de las irregularidades advertidas, de lo que se sigue que durante la investigación, esa autoridad no está compelida a definir los elementos de imputación y, en ese sentido, no es indispensable que indique a los requeridos, aspectos que no les irrogan indefensión"*** (Énfasis añadido). Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 36, noviembre de 2016; Tomo IV; Pág. 2488. I.1o.A.E.178 A (10a.). Registro No. 2013123.

que supuestamente hay una ausencia o error en la fundamentación y motivación de la Autoridad Investigadora, bajo los hechos y evidencia contenidos en el Expediente.

En adición, las manifestaciones de AMX y Telcel son **infundadas** porque en términos de lo establecido por el artículo 16, de la CPEUM,⁹⁶ en relación con el artículo 33, fracción I, de la LFCE, en el Oficio de Probable Responsabilidad la Autoridad Investigadora no está constreñida a fundar y motivar todos los actos que le precedieron. Esto, porque si bien tales actos sirven como antecedentes a la emisión del OPR, es claro que resultan actuaciones distintas, cuya fundamentación y motivación debe realizarse -tal como efectivamente ocurrió- al momento mismo de emitir el acto, y no después con la emisión del OPR.

De hecho, de las constancias que obran en el Expediente, se advierte que todos los actos de autoridad a los que genéricamente hacen referencia las Emplazadas sí cuentan con la debida fundamentación y motivación.⁹⁷ No sólo eso, sino que además los documentos señalados se encuentran en la versión reservada del expediente, y por lo tanto, estuvieron disponibles para consulta de AMX y Telcel.

Como sexto punto, AMX y Telcel señalan que las comparecencias y los requerimientos de información realizados durante la investigación carecen de la debida fundamentación y motivación, aunado a que son insuficientes, tendenciosos, improcedentes, excesivos e ilegales, debido a que se realizaron a terceros ajenos al procedimiento, suplen la deficiencia de la Denuncia y no han sido conocidos por las Emplazadas.

Al respecto, los señalamientos de AMX y Telcel devienen en **infundados** e **inoperantes**.

Por lo que hace a la supuesta falta de fundamentación y motivación de los requerimientos y comparecencias, se remite a las Emplazadas a los argumentos realizados en los párrafos precedentes donde se explica que el OPR no es el acto de autoridad mediante el cual se fundan y motivan las actuaciones que sirven como antecedente para la emisión de ese oficio. Por el contrario, es en los propios actos de autoridad, que la AI debe -como ocurrió- fundar y motivar el ejercicio de sus facultades y atribuciones. Para tales efectos, se tienen por aquí reproducidas las constancias del Expediente relativas a la emisión y notificación de los múltiples requerimientos y comparecencias realizados por la Autoridad Investigadora,⁹⁸ de

⁹⁶ El artículo 16, de la CPEUM, señala que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo."

⁹⁷ Tomos I a XXIII de la versión reservada del Expediente, que se encontraban a disposición de las Emplazadas para su oportuna consulta.

⁹⁸ Información disponible en los tomos I a XXIII de la versión reservada del Expediente.

donde se desprende que se cumplió para cada caso con los extremos a que se refiere el artículo 35, del RLFCE.⁹⁹

Ahora bien, los señalamientos de AMX y Telcel mediante los cuales afirman que las comparecencias y requerimientos realizados son “*insuficientes, tendenciosos, improcedentes, excesivos e ilegales*” son **inoperantes** por consistir en manifestaciones abstractas y genéricas. Esto, porque las Emplazadas no controvierten, mediante evidencia ni razonamientos lógico-jurídicos, los argumentos que sustentan las imputaciones del OPR, ni tampoco la legalidad de los antecedentes a los que se hace referencia.

En ese sentido, las Emplazadas se limitan a calificar la realización de diversos requerimientos como tendenciosa, excesiva e ilegal; sin embargo, no señalan de manera específica las razones por las que todos, y cada uno de los requerimientos en lo particular, son ilegales y deberían desestimarse por el Pleno de este Instituto. En otras palabras, AMX y Telcel no administran los supuestos errores o vicios de los requerimientos y comparecencias, con uno o varios preceptos legales que en su caso se hubieran omitido o violado por parte de la Autoridad Investigadora en perjuicio de las Emplazadas.

Por otra parte, es **infundado** el hecho de que AMX y Telcel aduzcan la ilegalidad de los emplazamientos y las comparecencias por haberse realizado a agentes económicos que no son “*parte*” en el procedimiento. Esto, porque de conformidad con las disposiciones aplicables a la investigación, y específicamente los artículos 24, fracciones I y II, y 31 de la LFCE, la Autoridad Investigadora está facultada para requerir la información y documentos que estime relevantes, no sólo a las Emplazadas sino a cualquier agente económico que tenga relación con los hechos que se investigan, ya sea por su participación en los mismos o porque concurre en los mercados en los que se realizaron las conductas.¹⁰⁰

⁹⁹ El artículo 35, del RLFCE establece lo siguiente: “*Los requerimientos que formule la Comisión deben contener por lo menos, los siguientes elementos: I. El extracto del acuerdo de inicio del procedimiento; II. La calidad o el carácter que tiene el requerido en el procedimiento que se tramita; III. La relación que guarda el requerido con los hechos que se investigan o con la materia del procedimiento; IV. La relevancia y pertinencia de la información y documentación requerida, así como la obligación que tiene de proporcionarla, bajo protesta de decir verdad, dentro del plazo que le sea fijado; V. El derecho que le asiste al requerido para determinar que cierta información sea clasificada como confidencial en términos del artículo 31 bis de la Ley; VI. En su caso, copia certificada del acuerdo de suplencia del funcionario que emite el requerimiento, y VII. Las consecuencias del incumplimiento. Lo dispuesto en las fracciones I a III, VI y VII anteriores serán aplicables para la citación a declarar*”.

¹⁰⁰ Resulta relevante el siguiente criterio del PJF, en cuya parte conducente refiere lo siguiente: “**REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN EMITIDOS EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. LA AUTORIDAD NO ESTÁ OBLIGADA A PRECISAR EN ÉSTOS SI EL AGENTE REQUERIDO TIENE EL CARÁCTER DE INVESTIGADO, PROBABLE RESPONSABLE O TERCERO INFORMANTE (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10 DE MAYO DE 2017).** (...) la autoridad que sustancia el procedimiento relativo no está obligada a indicar en los requerimientos de información que emita, si el agente requerido tiene el carácter de investigado, probable responsable o tercero informante, habida cuenta de que, hasta ese momento, no existe certeza sobre si algún agente económico es probable responsable, sino que, apenas se está en posibilidad de recabar los datos e informes de cualquier sujeto que pueda estar relacionado con los hechos que se investigan y pretenden aclararse. En consecuencia, cualquier persona que pueda razonablemente tener conexión con éstos tiene la obligación de atender los requerimientos mencionados”. Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 36, noviembre de 2016; Tomo IV; Pág. 2518. I.1o.A.E.181 A (10a.). Registro No. 2013127.

En cuanto a la supuesta suplencia de la Denuncia, es importante señalar que bajo los procedimientos previstos por la LFCE no se dirimen ni resuelven controversias entre particulares, sino que se investigan posibles violaciones a la legislación en materia de competencia económica. Es por ello, que, para el inicio de una investigación por denuncia, basta que del escrito mediante el cual se exponen los hechos, se desprenda una causa objetiva, es decir, cualquier indicio que presuma la realización de las conductas y su ilegalidad en términos de la LFCE, tal como lo establece el siguiente criterio judicial:

“COMPETENCIA ECONÓMICA. LA DENUNCIA DE PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LEY FEDERAL RELATIVA ABROGADA REQUIERE DE UNA CAUSA OBJETIVA QUE HAGA RAZONABLE EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN CORRESPONDIENTE. De conformidad con los artículos 32 de la Ley Federal de Competencia Económica abrogada y 29, fracción IV, de su reglamento, cualquier persona podrá denunciar las prácticas monopólicas absolutas, en tanto que en las relativas o concentraciones la denuncia corresponderá al afectado, quien deberá expresar los elementos que puedan configurar la conducta que estime violatoria de dicha ley y, en su caso, los hechos que reflejen el daño o perjuicio sufrido o que pueda sufrir. En cualquiera de esos supuestos, deberá indicarse en qué consiste la práctica o concentración, así como la existencia de una causa objetiva que haga razonable el inicio de una investigación, entendiendo por ésta la que revele la posible correspondencia entre los hechos narrados como indicios y los supuestos previstos en la ley para su eventual configuración, es decir, que se esté en presencia de un supuesto interés legítimo serio, debido a que por su especial situación cualificada, quien formule la denuncia pudiese sufrir un daño real y efectivo en lo que se refiere a su participación en el mercado de que se trate y que, en caso de resultar procedente la denuncia formulada, consiga obtener alguna utilidad específica.”¹⁰¹

Así, ante el presente caso no es posible asumir ni afirmar que existe una “suplencia” de la Denuncia presentada por Telefónica por haber realizado comparecencias y requerimientos en el Expediente. Por el contrario, simplemente se trata del debido ejercicio de las facultades indagatorias de la Autoridad Investigadora en cumplimiento a lo establecido por el artículo 28, de la CPEUM,¹⁰² en relación con el artículo 24, fracciones I y II, de la LFCE.

Con el propósito de ahondar sobre los señalamientos de las Emplazadas se remite al apartado “El desistimiento y la ilegal tramitación del Expediente” de esta resolución, donde se describe la naturaleza del procedimiento que nos ocupa.

¹⁰¹ Tesis Aislada I.1o.A.E.85 A, con número de registro 2010174, emitida en la Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 23, Tomo IV, octubre de 2015, página 3831.

¹⁰² El artículo 28, de la CPEUM, en su parte relevante establece de manera terminante que: “(...) El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. (...) El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica”.

En séptimo lugar, las Emplazadas aseguran que la integración de información de fuentes públicas y páginas de internet son ilegales porque: **i)** no se hizo del conocimiento de AMX y Telcel; **ii)** no se acredita que se hayan publicado en listas; **iii)** no implican impulso procesal; **iv)** no se precisa en qué consisten, de donde provienen, cuando y quién las obtuvo, ni las razones, fundamentos y causas de su integración, y **v)** fueron elaborados por terceros.

Sobre el particular, el Pleno de este Instituto advierte que las manifestaciones de las Emplazadas resultan **inoperantes** e **infundadas** y, por lo tanto, ineficaces para controvertir las imputaciones del OPR, así como los antecedentes del Expediente que sirven de base para la emisión del propio oficio y esta resolución.

En específico, los señalamientos de AMX y Telcel se consideran **inoperantes** porque no hacen referencia específica o particular a una o varias violaciones a las disposiciones jurídicas aplicables al presente caso, en relación con los actos de autoridad emitidos por la AI. Más bien, las Emplazadas se limitan a realizar **calificaciones genéricas y abstractas** sobre la totalidad de la información incorporada al Expediente, ya sea que estuviera disponible en Internet o en fuentes de acceso público, sin acreditar mediante evidencia o razonamientos lógico-jurídicos la ilegalidad en las actuaciones de la Autoridad Investigadora.

Los señalamientos de las Emplazadas, por otra parte, devienen en **infundados** toda vez que: **i)** la fundamentación y motivación, **ii)** la fecha de incorporación y publicación de las actuaciones, **iii)** la personalidad del servidor público que integra las actuaciones, y **iv)** el origen de la información integrada al Expediente, en términos de lo establecido por el artículo 16, de la CPEUM,¹⁰³ en relación con el artículo 33, fracción I, de la LFCE, no se emite a través del OPR. Esto, toda vez que las actuaciones a las que hacen referencia las Emplazadas sí forman parte de los antecedentes que sustentan las imputaciones del OPR, pero constituyen actos de autoridad distintos, cuya fundamentación y motivación no puede señalarse hasta que se emite el OPR, sino que debe hacerse mediante la emisión del propio acto, tal como efectivamente aconteció.

Así, de las constancias que obran en el Expediente, se advierte que todos los actos de autoridad a los que hacen referencia las Emplazadas sí cuentan con la debida fundamentación y motivación.¹⁰⁴ No sólo eso, sino que además las certificaciones y acuerdos se encuentran en la versión reservada del expediente, y por lo tanto, estuvieron disponibles para consulta de AMX y Telcel por lo que tuvieron oportunidad de conocerlos y manifestarse al respecto mediante sus escritos de contestación al OPR.

¹⁰³ El artículo 16, de la CPEUM señala que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo."

¹⁰⁴ Información disponible en los tomos I a XXIII de la versión reservada del Expediente.

Finalmente, es importante hacer notar a las Emplazadas que el hecho de que la Autoridad Investigadora haya realizado diversos requerimientos, no implica, en forma alguna que no pueda integrar información que se encuentra en fuentes de acceso público. Estas facultades no son excluyentes, sino que forman parte de un cúmulo de atribuciones que tienen los servidores públicos adscritos a la AI, para el debido cumplimiento del objeto del Instituto, y de la propia Autoridad Investigadora.

Como último punto, las Emplazadas hacen referencia a que el Acuerdo de Conclusión sí fue publicado en la lista diaria de notificaciones, y por lo tanto todos los acuerdos del Expediente debieron ser publicados, aunado a que en el OPR no se indica bajo qué preceptos el DGPMCI tenía facultades para emitir el Acuerdo de Conclusión. Estas manifestaciones, sin embargo, resultan **inoperantes**, por una parte, e **infundadas** por otra.

Los señalamientos de AMX y Telcel son **inoperantes** porque consisten en manifestaciones abstractas y genéricas, pues no refieren con precisión cuál o cuáles son los supuestos acuerdos que no fueron publicados en la lista diaria de notificaciones de la Autoridad Investigadora, ni acreditan tal aseveración. Es decir, las Emplazadas se limitan a dudar o cuestionar, a nivel de presunción, si es que todos los acuerdos fueron publicados en la lista diaria de notificaciones, pero no hacen referencia específica a la emisión de un acuerdo en el Expediente cuya publicación en las listas diarias de notificaciones se hubiera omitido, y la prueba en la que se aprecia esa ilegalidad.

Las aseveraciones transcritas, por otra parte, se consideran **infundadas** porque no es a través del OPR que se debe dar fundamentación y motivación debidas a actos de autoridad que, si bien forman parte de los antecedentes, resultan anteriores e independientes del propio OPR. Tal como ya fue señalado en párrafos anteriores, el fundamento y motivo de cada acto de autoridad debe ser plasmado-como ocurrió- en la propia emisión del acto y no de forma posterior, a través del OPR. Es importante precisar que las constancias a las que se refieren AMX y Telcel se encuentran en el Expediente y, por lo tanto, pudieron ser conocidas por las Emplazadas de manera íntegra, una vez notificado el OPR; por lo cual, si las Emplazadas no se cercioraron de la veracidad de sus manifestaciones ello se debe a una omisión de su parte, y no a una supuesta negativa del Instituto para otorgar acceso al Expediente.

5.1.4. Manifestaciones sobre las consideraciones de derecho¹⁰⁵

AMX y Telcel se oponen al procedimiento iniciado mediante la improcedente e infundada Denuncia, así como se oponen y objetan el OPR, y niegan que se les considere responsables de prácticas monopólicas relativas que no cometieron y se les pretenda sancionar indebidamente y en violación de los principios jurídicos más elementales, todo con apoyo y sustento en la procedencia y fundamentación de las manifestaciones y de los argumentos de defensa que se

¹⁰⁵ Folios 40653 y 40654 de Telcel, y 40937 de AMX.

exponen.

Las manifestaciones de las Emplazadas se consideran **inoperantes** toda vez que consisten en manifestaciones genéricas; en las cuales, no se exponen ni tampoco se desarrollan argumentos lógico-jurídicos mediante los que se sustente la oposición de AMX y Telcel a la Denuncia, el OPR, y en general el procedimiento. En este apartado, las Emplazadas no hacen referencia específica a argumentos o pruebas para desvirtuar las imputaciones del OPR, ni la legalidad en las actuaciones llevadas a cabo por la Autoridad Investigadora; por lo tanto, las manifestaciones resultan **inoperantes**.

Independientemente de lo anterior, mediante la contestación a las manifestaciones resumidas en este apartado denominado "*Análisis de los argumentos de las Emplazadas*", se presentan de manera específica las razones y argumentos, por virtud de los cuales, el Pleno de este Instituto considera que las manifestaciones de las Emplazadas son **inoperantes** y/o **infundadas**, según corresponda a cada caso.

5.1.5. El desistimiento y la ilegal tramitación del Expediente¹⁰⁶

Previo al dictado del Acuerdo de Inicio, Telefónica presentó un escrito de desistimiento el siete de octubre de dos mil catorce respecto de la Denuncia. No se debe pasar por alto que el presente es un procedimiento iniciado a instancia de parte que se dice afectada. No es un procedimiento iniciado de oficio ni es uno de los que pueden ser denunciados o iniciados por cualquiera, sino que se trata de un procedimiento activado por el que se siente afectado por una conducta comercial que estima anticompetitiva.

Esta aclaración es pertinente, pues con ello es fácil entender que si en un procedimiento que inicia mediante denuncia, el que promueve se desiste de ella y la materia consistía en una afectación que esa persona alegaba, entonces el desistimiento debía ser causa de terminación del procedimiento. Por lo tanto, de conformidad con la LFCE el Instituto debió decretar el cierre del Expediente.

Ahora bien, ha de considerarse al respecto que no se está ante un procedimiento de derecho penal propiamente dicho, por lo que no pueden aplicarse razonamientos de esa materia para estimar que no cabe un desistimiento de la solicitud o denuncia. Estamos en presencia de un procedimiento administrativo iniciado y seguido a petición de la parte que se dice afectada. Esa solicitud, fue el sustento y la causa del inicio del procedimiento, por lo que al presentarse el desistimiento, ese sustento y causa feneció. Ello, con mayor razón, cuando el desistimiento se presenta antes de que se emita el acuerdo de inicio, como sucedió.

En los procedimientos que inician a instancia de parte afectada por prácticas monopólicas relativas, es claro que si no existe la excitativa del agente

¹⁰⁶ Folios 40736 a 40749 de Telcel y 41019 a 41032 de AMX.

económico promovente, no se puede actuar, ni siquiera de oficio. Esto es, si se pretende dar efectos jurídicos a la iniciativa de parte afectada para efectos del inicio de un procedimiento de investigación de prácticas monopólicas relativas, entonces por lógica jurídica procesal y por congruencia, es menester que de igual manera se reconozcan efectos jurídicos al desistimiento de tal iniciativa, lo que debe conducir al cierre.

Por lo que hace a las solicitudes de parte, no significa que se deje al arbitrio del denunciante todo el proceso de competencia y su orden público, pues, por un lado, sería la LFCE la que le atribuya la carga procesal de la iniciativa o de la instancia de parte afectada, pero además, el orden público y el propio proceso de libre concurrencia y competencia imponen que si ya no se actualiza la hipótesis legal prevista (en el caso la solicitud de parte afectada) no siga andando el proceso mismo *so pena* de resultar innecesario, ineficiente e insostenible.

En eso radica la "*relatividad*" de las prácticas monopólicas relativas, es decir, que afectan a ciertas partes nada más. Por ello es que la ley exige que, cuando inicien por denuncia, quien la presente tenga interés y se diga afectado con la práctica. Ello, de ninguna manera vulnera el interés público ni afecta el orden social, ya que la culminación de tal proceso por desistimiento no impide que la autoridad pueda actuar, con base en sus disposiciones normativas y hacer las declaraciones que considere necesario, lo que sólo podrá realizar en un proceso autónomo e independiente, ya que solo así se respeta el orden jurídico.

Cuando se inicia un procedimiento por denuncia, tal procedimiento sólo tiene entidad y causa en tanto esa parte sea eso, precisamente afectado. Por ello cuando desaparece el interés que dio origen al planteamiento del inicio de una investigación o procedimiento, debe cesar éste y sus consecuencias. Si la autoridad da inicio y continúa actuando en el mismo proceso estará siendo parcial, habrá prejuzgado respecto de lo que no se había resuelto al momento del desistimiento y necesariamente modifica la *litis* al resolver respecto de un interés distinto del que originó el proceso.

La naturaleza misma de las disposiciones que regulan la posibilidad de que los procedimientos de competencia económica puedan iniciar a petición de parte, parten del supuesto de que, si no se actualiza la hipótesis prevista, no se puede echar a andar el proceso de competencia ni tampoco debe continuar cuando esa hipótesis de impulso procesal deja de existir.

En este sentido, el artículo 30, de la LFCE, establece dos supuestos diferentes y no compatibles para determinar los supuestos a través de los cuales se iniciarán las investigaciones. El primero, siendo de oficio y, el segundo, a petición de parte. Así, se llama la atención en relación con el postulado expreso del artículo 30, de la LFCE, en el que efectivamente se alude que "*la investigación de la Comisión iniciará de oficio o a petición de parte*". Es decir, en la descripción de la LFCE se incluye una conjunción "*o*" disyuntiva, que en la especie excluye la aplicación de un supuesto al otro.

Por ello, el pretender aprovechar un procedimiento iniciado a instancia de parte, cuando ha habido un desistimiento, resulta contrario a la LFCE, a los principios generales de derecho y constituye un exceso en las atribuciones de la autoridad que lesiona los intereses de AMX y Telcel. Les coloca en indefensión y afecta su situación patrimonial, de imagen y su capacidad de negocios, además de causarles daños económicos y considerables perjuicios.

No obsta para lo anterior que se argumente en el OPR que habría una orden judicial de admitir a trámite la Denuncia de Telefónica. Ello es ilógico, ilegal y contrario a los fines que rigen el amparo.

En primer término, para ser congruentes y actuar conforme a la LFCE y la legislación de amparo, las autoridades de IFT debieron reconocer que el mismo interés que Telefónica tuvo para acudir al amparo en contra del desechamiento de la Denuncia, es el interés que la legitima para desistirse. Resulta ilógico que se haya reconocido que Telefónica podía decidir si acudir al amparo, pero que después se pretenda que no podría desistirse de la Denuncia.

En segundo término, el que se pretenda que la admisión a trámite de la Denuncia es un efecto necesario, imponente e ineludible del amparo que obtuvo Telefónica en su momento, implica también desconocer los principios que rigen al juicio de garantías y principalmente el principio de relatividad de las sentencias de amparo, amén de que significa atribuirle al juez de amparo decisiones sobre hechos y elementos que no fueron de su conocimiento ni materia del juicio.

Si bien Telmex y AMX no son ni fueron parte del juicio de amparo, que por lo tanto no puede pararle perjuicio alguno lo allí resuelto, lo cierto es que conforme al artículo 107, de la CPEUM, y la legislación en materia de amparo, las sentencias de amparo sólo se ocupan de los quejosos que lo solicitan, limitándose a ampararlos y protegerlos. Esto es, la ejecutoria de amparo sólo pudo haberse referido al acto reclamado consistente en el desechamiento de la Denuncia, pero en forma alguna puede haberse traducido en la pérdida del derecho e interés del quejoso en desistirse, que es un acto distinto.

Lo que debió hacerse era dejar sin efectos el acto de desechamiento y, posteriormente, tener por presentado y dar efectos debidos al desistimiento. Por lo anterior, el Instituto debe ordenar que se reponga el procedimiento desde su inicio, para que se decrete el cierre del Expediente. En el peor de los casos, si se decidió que el procedimiento debía iniciar y continuar, entonces al emitir el OPR, el desistimiento necesariamente tenía que ser valorado como actuación procesal y tendría que surtir efectos.

En todo caso, al valorar la emisión de un OPR debió tomarse en cuenta que, siendo un procedimiento iniciado a solicitud de parte por prácticas monopólicas relativas, al obrar en autos el desistimiento que demuestra que no hay tal parte afectada, el acuerdo de inicio resultaba improcedente o inoperante, o bien, que el procedimiento había quedado sin causa eficiente y sin materia.

En este sentido, conviene considerar lo establecido en el artículo 34, del RLFCE, que no impide que las autoridades investigadoras nieguen el cierre del expediente ante un desistimiento, lo único que dicho precepto establece es que la investigación debe continuar. En este caso, una vez concluida la investigación, la autoridad debe decretar el cierre del Expediente.

Por otra parte, de las actuaciones del procedimiento se desprende que el mismo es disponible y que, por ende, puede decretarse el cierre sin necesidad de la resolución definitiva. En efecto, consta en autos la naturaleza disponible del procedimiento como a continuación se demuestra.

Mediante escrito de veinticinco de octubre de dos mil trece, Telefónica presentó ante este Instituto, la Denuncia y a dicho escrito le recayó el auto de diecinueve de diciembre de dos mil trece donde se determinó desechar la Denuncia por ser notoriamente improcedente.

La Denunciante impugnó la determinación de desechamiento. Dicho medio de impugnación se tramitó bajo el expediente 8/2014 del índice del Juzgado Primero de Distrito, cuya resolución de veintitrés de junio de dos mil catorce, revocó el auto de diecinueve de diciembre de dos mil trece. Esta resolución, fue confirmada el diecinueve de septiembre de dos mil catorce por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en el recurso de revisión 44/2014.

Posteriormente al dictado de la ejecutoria mencionada, Telefónica presentó un escrito ante la oficialía de partes del Instituto, mediante el cual solicitó que se le tuviera por desistida de la Denuncia. Por lo que, lo que debió haberse decretado era la insubsistencia del acto reclamado y, posteriormente, el cierre del Expediente ante una causa nueva que es el desistimiento.

Lo que tuvo que haber sucedido es que la Autoridad Investigadora dictara un acuerdo en cumplimiento a la ejecutoria del Tribunal Federal y, posteriormente dictara un nuevo acuerdo a través del cual tuviera a la Denunciante desistiendo de su solicitud y ordenando el cierre del Expediente. Hacerlo como sucedió, en un solo acto y sin hacer una aplicación más favorable para todos los gobernados involucrados, trasgredió los derechos de AMX y Telcel, de los otros agentes económicos y de la Denunciante.

Si bien en los procedimientos administrativos se reconoce la existencia de interés general porque se tiende al aseguramiento de los fines del Estado, ello no significa que la autoridad pueda actuar sin atenerse a las disposiciones aplicables, por lo que si el procedimiento se inició por solicitud de parte afectada, se refiere a prácticas monopólicas relativas y el desistimiento se presenta antes de que inicie el procedimiento y antes de que se dicte la resolución definitiva, entonces la autoridad debe actuar en la forma más protectora y favorable a los involucrados y, por ello, debe resolver de conformidad con tal desistimiento.

Así, la Autoridad ha violado en detrimento de AMX y Telcel "*el espíritu*" y el texto de la LFCE, así como el artículo 373, fracciones I y II, del CFPC, de aplicación

supletoria, al no haber decretado la terminación anticipada del procedimiento administrativo y al no haber resuelto que el procedimiento quedó sin materia.

Al respecto, las manifestaciones de las Emplazadas son tanto **infundadas** como **inoperantes**, en los términos que se precisan a lo largo de los siguientes párrafos.

Efectivamente, de las constancias que obran en el Expediente, el Pleno de este Instituto advierte que mediante escrito de siete de octubre de dos mil trece, Telefónica presentó una solicitud para desistirse de la Denuncia y el trámite de la misma. Sin embargo, el señalamiento de las Emplazadas relativo a que de conformidad con la LFCE el Instituto debió determinar el cierre del Expediente, es **infundado**.

Lo anterior, porque las Emplazadas realizan una interpretación equivocada de las disposiciones jurídicas que son aplicables en materia de competencia económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. En particular, no pasa desapercibido que no existe disposición expresa en la LFCE y el RLFCE que permita al Instituto determinar el cierre de un expediente por el simple hecho de que se desista el agente económico que presentó inicialmente la denuncia. Y esto no es una mera omisión legislativa, sino que guarda una estrecha y profunda relación con la naturaleza de los procedimientos tramitados en materia de competencia económica, así como los bienes jurídicos tutelados. Por lo cual, no es aplicable de manera supletoria el CFPC por lo que hace a tales cuestiones.

Por principio de cuentas, esta autoridad se encuentra obligada a cumplir y hacer cumplir lo dispuesto en el texto Constitucional, concretamente lo establecido en los primeros dos párrafos de artículo 28 de la CPEUM, que textualmente establecen:

*"Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos **quedan prohibidos** los monopolios, las **prácticas monopólicas**, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.*

*En consecuencia, **la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia**, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, **que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia** entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo **que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general** o de alguna clase social.*

(...)" (énfasis añadido).

Conforme a ello, es claro que en la cúspide de nuestro orden jurídico está establecida la prohibición absoluta de llevar a cabo prácticas monopólicas, así como la obligación para todas las autoridades de perseguir con eficacia tales prácticas, sin que el Constituyente hubiera distinguido entre prácticas monopólicas relativas o absolutas, de modo que bajo el principio general de derecho que prevé que "donde la ley no distingue no es dable distinguir", es necesario concluir que este

Instituto está obligado a perseguir con eficacia las prácticas monopólicas que la CPEUM prohíbe, sean estas absolutas o relativas. Por lo cual, lo afirmado por las Emplazadas en el sentido de que se debió cerrar el Expediente con motivo del simple desistimiento de la Denunciante, carece por completo de sustento jurídico.

Por el contrario, sí existe además una norma expresa en la legislación de competencia económica al caso aplicable que prohíbe el cierre del Expediente, incluso cuando haya desistimiento. En concreto, el artículo 60 del RLFCE establece que el Instituto cuidará que los procedimientos no se suspendan ni se interrumpan incluso cuando existe desistimiento. Para ese efecto, el Instituto debe proveer lo necesario para que los procedimientos concluyan con la resolución que les corresponda.¹⁰⁷ Si no es posible suspender un procedimiento con motivo de un desistimiento, con mayor razón es factible concluir que no es posible cerrar un expediente por el mero efecto de la presentación de un desistimiento.

En ese sentido, en términos del artículo 30, de la LFCE, mediante los procedimientos de competencia económica tramitados ante el IFT, no se dirimen controversias entre particulares donde el Instituto determine si se afectaron o no los derechos de un agente económico en lo individual. Tampoco, se trata de un juicio del orden civil mediante el cual se realice la reclamación de daños por una posible afectación patrimonial como resultado de una práctica anticompetitiva.

Por el contrario, en las investigaciones y procedimientos seguidos en forma de juicio, el Instituto tiene el objeto de vigilar el debido cumplimiento a las disposiciones en materia de competencia económica por parte de todos los agentes económicos, así como velar por la protección al proceso de competencia y libre concurrencia. A mayor precisión, mediante los procedimientos por prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, el Instituto no se enfoca en determinar si algún agente sufrió un daño por la conducta de otro, independientemente de que el procedimiento haya iniciado de oficio o por denuncia. En estos casos, la labor del IFT se centra en resolver si la conducta de un agente económico afectó el proceso de competencia y libre concurrencia; para lo cual, puede servir como evidencia, entre otros elementos, algún detrimento o afectación en la posición competitiva de los agentes económicos que participan en el mercado, sin que ello sea el punto total del procedimiento.

En este sentido, la titularidad de los bienes jurídicos protegidos por el IFT en materia de competencia económica, no corresponde ni es disponible a los particulares, sino a la colectividad, que tiene el derecho de acceder a mercados en condiciones de competencia y libre concurrencia, en términos del artículo 28, de

¹⁰⁷ A la letra: "Artículo 60. La Comisión cuidará que los procedimientos no se suspendan ni se interrumpan, aun cuando exista desistimiento, para lo cual proveerá lo necesario para que concluya con la respectiva resolución. Asimismo, dictará todas las medidas necesarias para encauzar legalmente el procedimiento. De oficio o a petición de parte podrá regularizar el procedimiento."

la CPEUM.¹⁰⁸ Es por ello, que no resulta posible suponer que los agentes económicos tienen la capacidad disponer de los procedimientos de investigación y seguidos en forma de juicio a que se refieren la LFCE, para desistirse y/o resolver amistosamente sus “controversias”.

Dicho lo anterior, es cierto que en el caso de prácticas monopólicas relativas y concentraciones ilícitas las investigaciones pueden iniciar de oficio o a solicitud de parte afectada; sin embargo, esto no significa que los denunciante puedan disponer del procedimiento en cualquier momento para desistirse del mismo. Por el contrario, lo único que esto implica, es un reconocimiento expreso por parte del legislador de que pueden existir casos de prácticas monopólicas respecto de las cuales el Instituto no tenga conocimiento; por lo cual, se prevé la posibilidad de que los particulares -que tengan conocimiento y evidencia de conductas anticompetitivas- concurren a denunciar su realización. Pero una vez que el Instituto tiene conocimiento de tales hechos, es una obligación -y no una posibilidad dispositiva- que el IFT ejerza sus facultades y atribuciones, tanto indagatorias como de sanción.

Es decir, que independientemente de que una investigación haya iniciado por una denuncia, una vez que el Instituto-y específicamente la Autoridad Investigadora- advierte la existencia de indicios para suponer la realización de conductas anticompetitivas, es un mandato constitucional y legal realizar una investigación que permita sostener o desvirtuar las imputaciones.

Al respecto, el artículo 34, del RLFCE establece lo siguiente:

“Artículo 34.- La Comisión debe practicar y ordenar la realización de los actos que estime conducentes para determinar o esclarecer los hechos materia de la investigación.

La Comisión cuidará que la investigación no se suspenda ni se interrumpa para lo cual proveerá lo necesario para que concluyan en los términos previstos en la Ley, inclusive con el desistimiento del denunciante. Asimismo, dictará todas las medidas necesarias para encausar legalmente la investigación.” (énfasis añadido).

Por lo anterior, el hecho de que exista un desistimiento por parte del agente económico que presentó una denuncia por prácticas monopólicas relativas, no

¹⁰⁸ Lo anterior es consistente con el criterio del P.J.F que es de la literalidad siguiente: “**COMPETENCIA ECONÓMICA. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, LO IDENTIFICAN COMO ADMINISTRATIVO Y NO COMO CIVIL.** El procedimiento establecido en los artículos 33 y 39 de la ley mencionada tiene características que no corresponden a las del proceso civil, donde, predominan los intereses particulares, las defensas y recursos son más pormenorizados y los juicios más prolongados, lo que no sucede en los procedimientos administrativos, fundamentalmente, porque en estos predomina el interés general, que exige eficiencia, seguridad y expedituz, en virtud de que tiende al aseguramiento de los fines del Estado, estableciendo vías rápidas y eficaces, eliminando todos los actos que dilaten o entorpezcan la acción de la administración pública, sin perjuicio de que ante la presencia de intereses particulares, se respeten, esencialmente, las garantías individuales de los gobernados. (...)”. Localización: (TA); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, agosto de 2000; Pág. 108. P. CXII/2000. Registro No. 191431.

implica que el procedimiento deba cerrarse sin esclarecer los hechos investigados. Con lo cual, también se concluye que es **infundado** el señalamiento de las Emplazadas por el cual advierten que si no existe la “*excitativa*” del denunciante el procedimiento no puede continuar, ni si quiera de oficio. Esto, porque no corresponde a los particulares sino al IFT, encausar legalmente la investigación y el procedimiento en su totalidad, debido a que no se persiguen intereses de particulares, sino cuestiones de orden público e interés general.¹⁰⁹

De hecho, como se desprende del artículo transcrito, corresponde a la autoridad- en este caso el Instituto- cuidar que las investigaciones no se suspendan ni interrumpen por falta de actividad procesal o un indebido encause legal del Expediente. Es decir, que a pesar de que el denunciante, en este caso Telefónica, deje de tener interés en el procedimiento el IFT está jurídicamente obligado a continuarlo hasta su conclusión, ya sea emitiendo una sanción o determinando el cierre del Expediente por falta de elementos probatorios, pero nunca por el simple desistimiento de un agente económico.

Por otra parte, es **inoperante** por partir de una premisa equivocada el señalamiento de las Emplazadas mediante el cual sostienen que la “*relatividad*” de las prácticas monopólicas relativas radica en que “*sólo afectan a ciertas personas*” y por lo tanto al haber un desistimiento de Telefónica el Expediente carece de causa. Esto, porque la legislación, los precedentes¹¹⁰ y la propia doctrina en materia de competencia económica, establecen que la distinción entre las prácticas monopólicas “*relativas*” y las prácticas monopólicas “*absolutas*”, consiste en que las primeras no siempre deben considerarse como anticompetitivas, ya que bajo ciertos supuestos pueden generar beneficios al mercado (de ahí el término “*relativas*”), y por lo tanto deben analizarse bajo una regla de la razón; mientras que,

¹⁰⁹ Al respecto, por analogía, resulta aplicable el criterio emitido por el PJF que es del tenor siguiente: **“COMPETENCIA ECONÓMICA. EL PROCEDIMIENTO OFICIOSO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTENIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. *El referido procedimiento, establecido en el artículo 30 de la mencionada ley, tiene la finalidad de prevenir o descubrir prácticas monopólicas, por lo que por sí mismo, no puede ser violatorio de la garantía de audiencia que establece el artículo 14 constitucional, en virtud de que no tiene como objetivo la privación definitiva de bienes o derechos de los gobernados, sino sólo allegarse documentos, testimonios y otros elementos para lograr aquella finalidad (...)* De aceptarse la postura de que no se pueda realizar una investigación oficiosa si no se ha escuchado previamente al supuesto afectado, no se podría cumplir la finalidad del artículo 28 de la Constitución Federal de perseguir y castigar los monopolios y las prácticas monopólicas como una forma de proteger el interés general, pues precisamente la imposibilidad de la instauración oficiosa de una investigación implicaría que no se pudiera detectar quién incurre en ese tipo de prácticas”** (Énfasis añadido). Localización: (TA); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, agosto de 2000; Pág. 105. P. CIX/2000. Registro No. 191362.

¹¹⁰ Tesis número I.1o.A.E.163 A dictada en la Décima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: SJF y su Gaceta, Libro: 32 Tomo: III, Julio de 2016, Página: 2181. **“PRÁCTICA MONOPÓLICA RELATIVA. PARA SU DEMOSTRACIÓN DEBE ACUDIRSE A LA “REGLA DE LA RAZÓN”**. (...) Sin embargo, ***no todos los acuerdos que pudieran configurar esas prácticas deben sancionarse, en tanto que algunas permiten obtener beneficios o niveles de eficiencia favorables para la actividad empresarial o comercial, el desarrollo nacional o para los consumidores, sin tener un propósito de exclusión de la competencia; de ahí que para determinar si se configura este tipo de conducta anticompetitiva, debe realizarse una ponderación tanto de los beneficios, como de la afectación que pudiese ocasionar en casos concretos, lo que se conoce como “regla de la razón”, es decir, valorar en su conjunto las circunstancias del caso para determinar la licitud del acuerdo, en función de sus fines y efectos***”.

las prácticas monopólicas “*absolutas*”, siempre son anticompetitivas independientemente de cualquier elemento particular del caso, y nunca generan beneficios al mercado.

Sobre el particular, en términos del último párrafo, del artículo 10, de la LFCE, los agentes económicos denunciados por prácticas monopólicas relativas tienen el derecho de manifestar la existencia de ganancias en eficiencia derivadas de la práctica denunciada.¹¹¹ Y no sólo eso, sino que al momento de emitir la resolución correspondiente, el Instituto debe analizar esas posibles ganancias en eficiencia, resolviendo si es pertinente o no sancionar la conducta, y en qué medida debe hacerse considerando tanto los efectos anticompetitivos como aquellos que resulten pro competitivos. Para mejor referencia, el último párrafo del precepto citado establece lo siguiente:

“Para determinar si las prácticas a que se refiere este artículo deben ser sancionadas en términos de esta Ley, la Comisión analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia. (...)”.

Por el contrario, respecto de las prácticas monopólicas absolutas, el último párrafo, del artículo 9, de la LFCE, establece de manera terminante que tales conductas no producirán efectos jurídicos; es decir, que son nulas de pleno derecho, aunado a que no se prevé una posible defensa por ganancias en eficiencia. En ese sentido, el artículo 9, de la LFCE señala:

*“Los actos a que se refiere este artículo **no producirán efectos jurídicos** y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar”.* (Énfasis añadido).

Así, el requisito previsto por el artículo 29, fracción IV, del RLFCE,¹¹² relativo a la presentación de elementos que permitan acreditar que la conducta denunciada causa o puede causar una afectación al denunciante, cobra sentido porque las prácticas relativas no son anticompetitivas en todos los casos. Por lo tanto, la LFCE

¹¹¹ Las ganancias en eficiencia pueden incluir la introducción de productos nuevos; el aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos; las reducciones de costos derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción; la introducción de avances tecnológicos que produzcan bienes o servicios nuevos o mejorados; la combinación de activos productivos o inversiones y su recuperación que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes y servicios; las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución, entre otras.

¹¹² El artículo 29, fracción IV, del RLFCE establece que:

“El escrito de denuncia a que se refiere el artículo 32 de la Ley, debe contener: (...)

*IV. Descripción de los hechos que se estimen violatorios de la Ley y **los elementos que permitan determinar que es o puede ser afectado por la comisión de dichos hechos**. El denunciante no está obligado a señalar los artículos que se estime violados;”.*

establece y exige un estándar de prueba distinto de las prácticas monopólicas absolutas, que siempre son violatorias en términos de la legislación aplicable.¹¹³

La errada de la premisa radica precisamente en que las Emplazadas pretenden asemejar al desistimiento con ganancias en eficiencia que impidan a este Instituto sancionar la práctica. Sin embargo, un desistimiento no es equivalente, en tanto que no se traduce en eficiencia alguna ni en un impedimento para dejar de sancionar una conducta no solamente nociva para quien la denuncia, sino para el mercado en el que tiene lugar.

Ahora bien, son **infundadas** las manifestaciones de las Emplazadas por las que afirman que, al haberse presentado un desistimiento, si el Instituto quería investigar los hechos de los que tenía conocimiento, debía abrir un nuevo procedimiento independiente y autónomo del que se inició por la Denuncia.

Como ya fue descrito en párrafos anteriores, el hecho de que el interesado pretenda desistirse de algún procedimiento no es impedimento alguno para que el Instituto continúe la investigación e incluso el procedimiento seguido en forma de juicio. Esto, porque en materia de competencia económica el IFT no tutela bienes jurídicos de particulares que sean susceptibles de disposición o transacción entre ellos, sino que vela por la protección del proceso de competencia y libre concurrencia así como el desarrollo eficiente de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, mediante procedimientos de orden público e interés general.¹¹⁴

Nuevamente, el hecho de que se puedan iniciar investigaciones por denuncia, no implica que los procedimientos sean dispositivos del denunciante ni que requieran del “impulso” de dicho agente económico para continuar. Más bien, es la previsión legal mediante la cual el legislador reconoció que podrían existir hechos desconocidos por la autoridad, pero conocidos por los agentes económicos participantes del mercado. Pero una vez que el Instituto tiene conocimiento de conductas anticompetitivas, ya sea por procedimientos de oficio o por denuncia, la autoridad debe ejercer todas sus facultades y atribuciones para el debido

¹¹³ Sirve de apoyo **contrario sensu** el siguiente criterio del P.J.F., cuyo rubro y contenido son del tenor siguiente: **“PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. SON ILEGALES, PER SE.** (...) Esto es, en el artículo 9o. citado se establece una presunción en el sentido de que si un agente económico incurre en algún supuesto de práctica monopólica absoluta, se tiene por infringida la norma, sin que resulte oponible consideración como el tamaño del mercado, el poder económico de los agentes, el lucro obtenido, las ganancias en eficiencia o alguna otra justificación análoga, **dado que siempre tiene efectos adversos sobre la competencia**” (Énfasis añadido). Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 32, Julio de 2016; Tomo III; Pág. 2182. I.1o.A.E.162 A (10a.). Registro No. 2012166.

¹¹⁴ Al respecto, el artículo 7, de la LFTR establece que: “El Instituto es un órgano público autónomo, independiente en sus decisiones y funcionamiento, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que **tiene por objeto regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión** en el ámbito de las atribuciones que le confieren la Constitución y en los términos que fijan esta Ley y demás disposiciones legales aplicables”.

cumplimiento del objeto constitucional del Instituto¹¹⁵ y la propia legislación, independientemente de que el denunciante haya perdido interés en el proceso.

En cuanto a esta cuestión, las Emplazadas afirman que el pretender “*aprovechar*” un procedimiento iniciado a instancia de parte para sancionar, cuando la Denunciante se ha desistido, “*las coloca en indefensión y afecta su situación patrimonial, de imagen y su capacidad de negocios, además de causarle daños económicos y considerables perjuicios*”. Sin embargo, estos señalamientos devienen en **inoperantes** por consistir en **manifestaciones genéricas**.

Al respecto, las Emplazadas omiten señalar de manera específica cuáles son las supuestas afectaciones, daños, perjuicios y/o detrimentos que concretamente se causan o han causado, a partir del ejercicio constitucional y legal de las facultades y atribuciones del IFT en materia de competencia económica. Es decir, que AMX y Telcel únicamente afirman que han sufrido afectaciones, pero en sus escritos de contestación al OPR no describen cuáles son estas supuestas afectaciones, ni presentan evidencia que sostenga la existencia de las mismas.

Aunado a lo anterior, las Emplazadas también son omisas en detallar algún supuesto nexo causal entre las facultades indagatorias del IFT en materia de competencia económica, y los detrimentos o afectaciones que alegan sufrir. En otras palabras, no sólo omiten describir las afectaciones percibidas, sino que también ignoran señalar de manera precisa el nexo causal entre la conducta de esta autoridad y las afectaciones alegadas.

Finalmente, son **inoperantes** e **infundadas** las manifestaciones de las Emplazadas relativas a que los efectos de las sentencias dictadas en el Juicio de Amparo 8/2014 y posteriormente en el amparo en revisión 44/2014, no implicaban que se iniciara la investigación, ni la continuación de la misma, debido a que AMX y Telcel no fueron parte en ese juicio de amparo, y además existió un desistimiento por parte de la Denunciante.

En primer lugar, estas manifestaciones son **inoperantes** por partir de una **premisa equivocada**, porque de las sentencias dictadas por el Juzgado Primero de Distrito y el Primer Tribunal Colegiado de Circuito, se concluye con total claridad que las sentencias sí ordenaron al IFT, en cumplimiento de las mismas, dar inicio a la investigación en el Expediente. Al respecto, de la sentencia dictada en el juicio de amparo 8/2014, el Juzgado Primero de Distrito resolvió lo siguiente:

*“Por lo que en ese sentido, debe considerarse que ha transcurrido en exceso el plazo de quince días a que se refiere el artículo 30, fracción III, del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, para que la autoridad se pronunciara en relación con la admisión o desechamiento de la denuncia presentada el veinticinco de octubre de dos mil trece, **por lo que en términos del último párrafo del citado precepto legal, lo que procede es que la***

¹¹⁵ El artículo 28, de la CPEUM establece que “(...) El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica (...)”.

autoridad inicie la investigación correspondiente, debiendo al efecto emitir el acuerdo de admisión correspondiente”.

En concordancia con lo anterior, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito resolvió que:

“Los efectos de la concesión del amparo también deben ser confirmados en los términos que precisó la Juez en su sentencia, aunque también por una razón adicional a la señalada por la Juez.”

Así, ambas autoridades jurisdiccionales ordenaron al IFT dar inicio a la investigación del Expediente por la probable comisión de las prácticas monopólicas relativas previstas en el artículo 10, fracciones V, VIII y XI, de la LFCE en los mercados de distribución y comercialización de recargas electrónicas de tiempo aire para el uso del servicio móvil en el territorio nacional. En consecuencia, el actuar del IFT se enmarcó en el cumplimiento de una ejecutoria del PJF.

En segundo lugar, estas manifestaciones son **infundadas** porque el principio de relatividad de las sentencias de amparo al que hacen referencia las Emplazadas, establece que las resoluciones constitucionales únicamente pueden amparar y proteger a quienes las promueven, y no a otros particulares, a pesar de que se encuentren en una situación jurídica idéntica.¹¹⁶ Sin embargo, en este caso no existe algún otro agente económico en la misma condición de Telefónica al que se pretenda beneficiar como resultado de las sentencias dictadas por el Juzgado Primero de Distrito y el Primer Tribunal Colegiado de Circuito. Por lo cual, no es posible asumir ni suponer la violación al principio de relatividad en los juicios de amparo, o una aplicación incorrecta del mismo.

Sobre esta cuestión, las Emplazadas aducen incorrectamente que el amparo otorgado a Telefónica excedió el principio de relatividad de las sentencias, y les causó un perjuicio sin haber sido parte. Sin embargo, tales consideraciones resultan **infundadas** porque realizan una interpretación incorrecta de la naturaleza jurídica del Acuerdo de Inicio y la investigación llevados a cabo dentro del Expediente.

Lo anterior, porque tal como fue precisado en el Acuerdo de Inicio, el objeto de la etapa indagatoria consiste en determinar a nivel presuntivo si existe o no una probable violación a la LFCE. Por ello, no existe aún, en ese momento procesal, determinación de los probables responsables ni de los hechos que podrían considerarse infracciones en materia de competencia económica, pues es

¹¹⁶ Es aplicable la Tesis Aislada, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: SJF y su Gaceta, Tomo: III, Segunda Parte, Enero-Junio de 1989, Página: 779, cuyo rubro y texto establecen: “**SENTENCIAS DE AMPARO, RELATIVIDAD DE LAS.** El principio de relatividad de las sentencias de amparo, acogido por el artículo 76 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, evita que el Poder Judicial Federal invada las funciones del Legislativo al declarar inconstitucional una ley; de esta manera, el principio en comento obliga al tribunal de amparo a emitir la declaración de inconstitucionalidad del acto en forma indirecta y en relación a los agravios que tal acto cause a un particular, sin ejercer una función que no le corresponde. En otras palabras, la ley que rige el acto reputado violatorio de garantías, no se anula por el órgano de control mediante una declaración general, sino que se invalida su aplicación en cada caso concreto, respecto de la autoridad que hubiese figurado como responsable y del individuo que haya solicitado la protección federal”.

precisamente a través de la investigación que se buscan conocer las supuestas conductas y recabar los medios de prueba necesarios.¹¹⁷

En ese sentido, es necesario concluir que no se advierte algún daño o afectación real y actual a AMX o Telcel por el hecho de que el Juzgado Primero de Distrito y el Primer Tribunal Colegiado de Circuito hayan otorgado a Telefónica el amparo y protección de la Justicia de la Unión, dando como resultado el inicio a la investigación correspondiente. Y no fue, sino una vez concluida toda la investigación, que se determinó la probable responsabilidad de las Emplazadas por la comisión de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE. Pero esto, no fue resultado directo del cumplimiento a la sentencia de amparo, sino que es resultado de los elementos de convicción recabados en el Expediente.

En otras palabras, el cumplimiento de este Instituto a las sentencias dictadas en sede constitucional consistió en el inicio de la investigación, pero el hecho de haber imputado responsabilidad a AMX y Telcel no deriva de ello, sino de la investigación misma.¹¹⁸

5.1.6. Sobre los acuerdos de inicio y cierre de la investigación¹¹⁹

El once de julio de dos mil catorce que se publicó en el DOF el “*Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones modificó su Estatuto Orgánico publicado en el DOF el (veintitrés) de septiembre de (dos mil trece)*”. Posteriormente, el Instituto adecuó su Estatuto Orgánico a efecto de establecer las unidades administrativas dotadas de competencia que le permitieran ejercer sus facultades constitucionales y legales, y ejecutar los procedimientos a su cargo, el cual fue publicado en el DOF el cuatro de septiembre de dos mil catorce.

Pues bien, en el Expediente se inició el periodo de investigación a partir de la publicación del extracto en el DOF el veintidós de octubre de dos mil catorce, a fin de recabar los medios de prueba que permitieran determinar si existían o no

¹¹⁷ Folios 1294 y 1295.

¹¹⁸ Es aplicable por analogía el siguiente criterio Tesis: I.1o.A.E.180 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro 2013124, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 36, Tomo IV, Noviembre 2016, Pág. 2489, Tesis Aislada (Administrativa), cuyo rubro y texto establecen: “***PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN Y ADMINISTRATIVO EN FORMA DE JUICIO RESPECTO DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. SUS DIFERENCIAS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10 DE MAYO DE 2011. El procedimiento de investigación establecido en el artículo 30 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente hasta el 10 de mayo de 2011, actualmente abrogada, comienza con el acuerdo de inicio y tiene el objetivo de recabar los medios de convicción suficientes que permitan determinar si se cumplió o no con las normas de competencia, a fin de prevenir o erradicar las prácticas monopólicas absolutas, para lo cual, la autoridad se allega de documentos, testimonios y otros elementos demostrativos.*** (...) En ese orden de ideas, los elementos de imputación son propios del oficio de probable responsabilidad, de naturaleza contradictoria, en el cual sí deben estar puntualmente determinados, precisando aspectos significativos que posibiliten la defensa eficaz del presunto responsable, lo que implica informarle con exhaustividad las irregularidades advertidas, esto es, las conductas que examinará la autoridad al tomar su decisión, y hacer de su conocimiento los cargos que se le atribuyen; aspectos que si no se colman en el acuerdo de inicio de la investigación, de naturaleza inquisitoria, no producen indefensión al agente investigado, ***pues dicha actuación constituye apenas el punto de arranque de esa etapa, en la cual, aún no hay imputación ni mucho menos una determinación sobre la probable responsabilidad del agente.***”

¹¹⁹ Folios 40721 a 40732 de Telcel y 41005 a 41016 de AMX.

actos prohibidos por la LFCE.

Como consecuencia de las reformas al Estatuto Orgánico, se creó la AI quien tendría adscritas a su cargo: la Dirección General de Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas; la Dirección General de Condiciones de Mercado; la Dirección General de Análisis Económico; y la Dirección General Adjunta de Atención en Procedimientos.

De acuerdo al Estatuto Orgánico, la AI tendría, entre otras, las atribuciones de recibir, iniciar el trámite, tener por no presentada, o desechar por notoria improcedencia las denuncias presentadas por violaciones a la LFCE; iniciar las investigaciones sobre probables violaciones a la LFCE; ampliar los periodos de investigación, y dichas facultades podrán ser delegadas a las Direcciones Generales previa publicación en el DOF del acuerdo respectivo, tal y como se señala en el último párrafo del artículo 62 del Estatuto Orgánico.

Respecto a la Dirección General de Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas, ésta tendría, entre otras, las atribuciones de tramitar y realizar las investigaciones por probables violaciones a la LFCE; proponer al Titular de la AI la ampliación del periodo de investigación; elaborar para consideración del Titular de la AI el proyecto de dictamen de probable responsabilidad, tal y como lo dispone el artículo 64 del Estatuto Orgánico.

Es el caso que, según se reseña en el propio OPR, el Acuerdo de Inicio y el Acuerdo de Conclusión, fueron emitidos por el DGPMCI, no por el Titular de la AI, a quien se dijo aquél estaba supliendo.

Como puede observarse, el DGPMCI proveyó y firmó por sí y ante sí esos acuerdos trascendentes, según dijo en suplencia por ausencia del Titular de la AI, en términos del Estatuto mencionado. Sin embargo, es claro que el DGPMCI aun actuando en suplencia por ausencia del Titular de la AI, no tenía facultades para emitir esos acuerdos, y las reglas aplicables a la suplencia por ausencia del Titular de la AI no aparecen satisfechos, ni en esos acuerdos ni en el OPR, entre otras cosas porque no se demuestra ni se menciona que se hubiese publicado el acuerdo específico de suplencia en el DOF antes de las actuaciones del DGPMCI.

Para que el DGPMCI pudiera emitir esos acuerdos necesariamente debió existir una delegación de facultades por parte de la AI, previa publicación en el DOF del acuerdo respectivo, conforme a lo establecido en el último párrafo del artículo 62 del Estatuto Orgánico. Al no haberse satisfecho ni demostrado el cumplimiento de esa exigencia en los acuerdos mencionados ni en el OPR, es claro que existe un vicio en tales actos, por lo que deben quedar insubsistentes, pues los emite autoridad que carece de atribuciones para ello.

Ahora bien, aun cuando se haya invocado el artículo 5, párrafo primero, del Estatuto Orgánico 2014, actuando en suplencia por ausencia del Titular de la AI, ello no es suficiente para que el DGPMCI pudiera emitir los acuerdos de inicio y conclusión de la investigación, toda vez que dicha facultad corresponde expresamente a la AI conforme a lo señalado en el artículo 62 del citado

ordenamiento.

Como puede observarse, existe facultad expresa únicamente en favor de la AI para esos efectos, lo que genera que dicha facultad sea competencia originaria de dicha autoridad.

El DGPMCI tenía facultad para tramitar y realizar las investigaciones por prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, así como para proponer al Titular de la AI la ampliación del primer periodo de investigación, de conformidad con el artículo 64, fracciones I y II del Estatuto Orgánico 2014, pero no para iniciar ni concluir con las investigaciones, salvo el cumplimiento estricto de las normas de suplencia que en el caso no se demuestra ni acredita.

De acuerdo con el artículo 5 del Estatuto Orgánico 2014, el Titular de la AI sería suplido por el DGPMCI, el Director General de Condiciones de Mercado y el Director General de Análisis Económico, en el orden indicado. Para que las Direcciones Generales adscritas a la AI, pudieran ejercer las facultades establecidas en el artículo 62 del Estatuto Orgánico 2014, estas deberán ser delegadas, previa publicación en el DOF del acuerdo respectivo, lo que no sucedió.

Nuestro régimen jurídico consagra la delegación de facultades como una técnica de transferencia de una competencia propia de un órgano superior de la Administración Pública a favor de un órgano inferior y que persigue como propósito facilitar los fines de aquél y cuya justificación y alcance se hallan en la Ley Orgánica.¹²⁰

Asimismo, nuestro régimen jurídico consagra el principio de legalidad y de facultades expresas, con base en el cual las autoridades sólo pueden hacer aquello que la ley les permite. Por tanto, si no existe fundamento legal para producir un acto y éste se produce de cualquier forma, se vulnera ese principio y se contraviene el orden jurídico que protege a los particulares.¹²¹

El DGPMCI actuó en suplencia por ausencia del Titular de la Autoridad Investigadora para emitir los acuerdos aludidos, lo que vulnera el derecho de legalidad de AMX y Telcel, toda vez que la AI debió delegarle las facultades para ampliar el primer periodo de investigación, previa publicación del acuerdo respectivo en el DOF.¹²²

¹²⁰ Telcel transcribe los criterios judiciales cuyos rubros señalan: "*DELEGACIÓN DE FACULTADES*". Localización: (J); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VIII, Septiembre de 1991; Pág. 69. VI. 2o J/146, y "*COMPETENCIA, FUNDAMENTO DE LA, EN CASO DE DELEGACIÓN DE FACULTADES*". Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIII, Marzo de 2001; Pág. 1731. I.1o.A.38 A.

¹²¹ Telcel transcribe los criterios judiciales cuyos rubros señalan: "*AUTORIDADES, FACULTADES DE LAS, LOCALIZACIÓN: (TA); 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo CVI; Pág. 2075, y "PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES, SUS CARACTERÍSTICAS."* Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1533. P./J. 9/2006.

¹²² Telcel señala que resultan aplicables los criterios judiciales cuyos rubros señalan: "*COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD QUE ACTÚA EN SUPLENCIA POR AUSENCIA EN LA SUSCRIPCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS, DEBE*

De esta forma, al no existir delegación de facultades conforme al último párrafo del artículo 62 del Estatuto Orgánico 2014, los acuerdos mencionados son ilegales, y de igual forma las subsecuentes actuaciones y, por ende, el procedimiento que nos ocupa es nulo.

Las manifestaciones de las Emplazadas se consideran **inoperantes**, debido a que parten de una **premisa equivocada**, al afirmar que el DGPMCI emitió -y firmó- los acuerdos de inicio y conclusión de la investigación con fundamento en la figura de delegación de facultades. Esto, porque en realidad, el DGPMCI emitió los proveídos señalados, actuando en suplencia por la ausencia del Titular de la Autoridad Investigadora, y no porque ese Titular le hubiera delegado las facultades correspondientes.

A mayor precisión, existen dos supuestos básicos en los cuales un servidor público puede-y debe- ejercer diversas facultades y atribuciones que originariamente no le corresponden. La primera, y es a la que hacen referencia equivocadamente las Emplazadas, corresponde a la delegación de facultades que un servidor público encomienda expresamente a otro, cuando las disposiciones legales prevén esa posibilidad y se encuentra debidamente justificado. Para estos casos, el Estatuto Orgánico del IFT, efectivamente prevé expresamente que el Titular de la Autoridad Investigadora podría delegar en las Direcciones Generales y la Dirección General Adjunta a su cargo, las facultades conferidas en las fracciones I a XXXVII, del artículo 62, previa publicación en el DOF del acuerdo correspondiente.

Al respecto, el último párrafo del artículo 62, del Estatuto Orgánico, señala terminantemente lo siguiente:

*“Todas las facultades establecidas en este artículo **podrán ser ejercidas mediante delegación** a las Direcciones Generales y la Dirección General Adjunta, adscritas a la Autoridad Investigadora, **previa publicación en el Diario Oficial de la Federación del acuerdo respectivo**”.* (Énfasis añadido).

De igual forma, el Estatuto Orgánico 2016, vigente y aplicable al momento en que se emitió el Acuerdo de Conclusión de la Investigación, prevé la misma posibilidad y en el último párrafo del artículo 62, señala que:

*“Todas las facultades establecidas en este artículo **podrán ser ejercidas mediante delegación** a las Direcciones Generales y la Dirección General Adjunta, adscritas a la Autoridad Investigadora, **previa publicación en el Diario Oficial de la Federación del acuerdo respectivo**”.* (Énfasis añadido).

Así, ambos estatutos orgánicos, el primero aplicable a la emisión del Acuerdo de Inicio y el segundo aplicable a la emisión del Acuerdo de Conclusión de la indagatoria, prevén expresamente que el Titular de la AI puede, cuando lo estime necesario, delegar sus facultades originarias en los servidores públicos a su cargo;

FUNDARSE PLENAMENTE. Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Marzo de 2003; Pág. 1700. XV.2o.24 A, y **SUPLENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS, REQUISITOS QUE DEBEN REUNIRSE PARA FUNDAR Y MOTIVAR LA ACTUACIÓN DE UN SERVIDOR PÚBLICO EN AUSENCIA DE OTRO**. Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Diciembre de 2006; Pág. 1171. I.7o.A. J/35.

específicamente, en las Direcciones Generales y la Dirección General señaladas en esos cuerpos normativos.

No obstante, en el presente caso los acuerdos señalados en los párrafos anteriores no fueron emitidos por el DGPMCI bajo una delegación de facultades, sino mediante una figura jurídica completamente distinta: la suplencia por ausencia. En estos casos, debido a que no hay -está ausente- una persona encargada de la titularidad de la Autoridad Investigadora, en estricto cumplimiento al artículo 5, tanto del Estatuto Orgánico, como del Estatuto Orgánico 2016, el DGPMCI emitió sendos acuerdos de inicio y conclusión de la investigación. Este artículo señala, en ambos estatutos orgánicos, que:

“(...) el Titular de la Autoridad Investigadora será suplido por el Director General de Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas, el Director General de Condiciones de Mercado y el Director General de Análisis Económico, en el orden indicado.” (Énfasis añadido).

De hecho, la manifestación de las Emplazadas mediante la cual arguyen que el Titular de la Autoridad Investigadora debió emitir acuerdos de delegación de facultades para que el DGPMCI estuviera en posibilidades de emitir los acuerdos de inicio y conclusión de la investigación, es jurídica y físicamente imposible. Esto, porque en el momento en el que se emitieron dichos acuerdos no existía persona alguna con nombramiento y en facultades de Titular de la Autoridad Investigadora; de lo contrario hubiera sido el propio Titular, y no el DGPMCI, quien emitiera los acuerdos señalados. En otras palabras, no sólo es jurídicamente incorrecta la pretensión de las Emplazadas, sino que también resulta de imposible realización.

Finalmente, es pertinente precisar que tampoco se puede asumir que, entonces, correspondía al “último” Titular de la Autoridad Investigadora emitir un acuerdo de delegación de facultades antes de dejar el cargo correspondiente. Primero, porque en cuanto al Acuerdo de Inicio, dada la reciente creación del IFT, aún no había sido nombrado el primer Titular de la AI, quien fue designado el quince de octubre de dos mil diecisiete mediante la resolución P/IFT/151014/365.¹²³

En segundo lugar, por lo que hace al Acuerdo de Conclusión, si bien ya había un Titular de la Autoridad Investigadora que dejó el cargo el treinta de mayo de dos mil diecisiete, ese Titular tampoco podía emitir un acuerdo “general” de delegación de facultades, pues de facto estaría nombrando a un Titular “interino” de la Autoridad Investigadora; lo cual, corresponde únicamente al Pleno del Instituto, además de que es inaplicable al caso.

Es así, que las Emplazadas confunden la delegación de facultades prevista en el artículo 62 del Estatuto Orgánico del IFT, con la suplencia por ausencia establecida en el artículo 5, del mismo cuerpo normativo; siendo ésta última figura legal la que fue aplicada dentro del Expediente.

¹²³ Disponible en: http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_151014_365.pdf.

5.1.7. Indebida tramitación y ampliación de la investigación¹²⁴

El procedimiento es improcedente, pues es resultado de una etapa de investigación que fue tramitada en contravención a las disposiciones aplicables. En efecto, según se desprende del propio OPR, en el caso se prorrogó el periodo de investigación en cinco ocasiones, supuestamente habiendo terminado el treinta de mayo de dos mil diecisiete. La investigación del caso resulta improcedente, pues del OPR ni de constancia alguna debida ni oportunamente notificada a la probable responsable se aprecia que en el caso se hubiese justificado de forma debida la necesidad y procedencia de ampliar la investigación.

En esa virtud, en el OPR tampoco se demuestra ni se funda o motiva la imperiosa necesidad de ampliar los periodos de la etapa de investigación en los términos indicados, por lo que las actuaciones hechas en ellos carecen de validez y de causa eficiente y no han de parar perjuicio alguno a la probable responsable. Nótese además la prisa y celeridad con que se dieron actuaciones, requerimientos y demás actos que se mencionan en el OPR en las últimas semanas y días del último periodo ampliado. Es evidente, pues, que el tiempo no se usó debida y racionalmente, además de haber sometido a los requeridos e involucrados a presiones que no deberían resentir.

Por todo lo anterior, habrá de reconocerse la ilegalidad de la tramitación y ampliación de la etapa de investigación y, por tanto, de la emisión del OPR.

Las manifestaciones de AMX y Telcel devienen en inoperantes, por tres causas y razones principales.

La primera, consiste en que las Emplazadas parten de una premisa equivocada al sostener que se prorrogó el periodo de investigación “*en cinco ocasiones*”. Lo anterior, porque de conformidad con lo establecido por el artículo 30, de la LFCE,¹²⁵ la Autoridad Investigadora del IFT únicamente está facultada para prorrogar en cuatro -no cinco- ocasiones el periodo de investigación, tal como efectivamente ocurrió en el Expediente.

A mayor precisión, y en obvio de repeticiones innecesarias, se remite a las Emplazadas al antecedente Noveno de la presente resolución, donde se señala de manera precisa el inicio y vencimiento de cada ampliación, la fecha de emisión del acuerdo correspondiente y la fecha de su publicación en las listas de la AI.

En segundo lugar, es inoperante por partir de una premisa equivocada la afirmación de que los acuerdos de ampliación son ilegales al no haber sido debidamente fundados y motivados, señalando la causa que los justifica; o al menos, no haber notificado tales actuaciones. Esto, porque los acuerdos de

¹²⁴ Folios 40732 a 40733 de Telcel y 41016 a 41017 de AMX.

¹²⁵ El párrafo cuarto del artículo 30 de la LFCE establece lo siguiente “(...) *El período de investigación comenzará a contar a partir de la publicación del extracto y no podrá ser inferior a treinta ni exceder de ciento veinte días. Este período podrá ser ampliado hasta en cuatro ocasiones, por períodos de hasta ciento veinte días, cuando existan causas debidamente justificadas para ello*”. (énfasis añadido).

ampliación de la etapa indagatoria emitidos los días veintiocho de abril de dos mil quince, treinta de octubre de dos mil quince, doce de mayo de dos mil dieciséis y catorce de noviembre de dos mil dieciséis, sí fueron debidamente fundados y motivados, señalando la causa que justifica su emisión. En lo particular, en tales acuerdos se precisó que, debido a la complejidad del procedimiento, era necesario seguir ejerciendo las facultades de investigación previstas por la CPEUM, la LFCE y el RLFCE, para obtener mayores elementos de convicción pues existían- en ese momento- personas y/o agentes económicos relacionados con los hechos y la materia de la investigación que podrían proporcionar información y documentos relevantes para esclarecer los hechos investigados, y con ello determinar si existen o no violaciones a la LFCE.¹²⁶

Además, cabe precisar que la Autoridad Investigadora del IFT no está obligada por precepto legal alguno a notificar de manera personal a AMX y Telcel de estos acuerdos de ampliación. Esto, porque durante la etapa indagatoria, AMX y Telcel no tenían el carácter de probables responsables ni mucho menos de agentes emplazados a juicio.¹²⁷ Incluso, es indispensable señalar que durante la etapa de investigación ningún agente económico tiene -ni puede tener, por imperativo de ley- acceso a las constancias del Expediente; por lo que haber notificado una parte del mismo (fuera de aquellas relacionadas con requerimientos de información) o permitir su consulta, implicaría por parte del IFT una violación a las normas del procedimiento.¹²⁸ Sobre el particular, el artículo 31 bis, de la LFCE, señala terminantemente lo siguiente:

¹²⁶ Los acuerdos de ampliación pueden ser consultados en su literalidad, dentro de los folios 1556 y 1557, 3310 y 3311, 7313 a 7315 y 12709 a 12710.

¹²⁷ En este sentido, resulta aplicable el siguiente criterio emitido por el PJF, en cuya parte conducente establece: **"ACUERDOS DE AMPLIACIÓN DEL PERIODO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. NO AFECTAN EL INTERÉS JURÍDICO O LEGÍTIMO DE LOS AGENTES ECONÓMICOS PARTICIPES, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.** *Los acuerdos de ampliación del periodo de investigación de prácticas monopólicas emitidos con fundamento en el artículo 30 de la Ley Federal de Competencia Económica (...) no invaden o lesionan derecho o interés de particulares, dado que el legislador dotó al órgano regulador de amplias facultades para investigar en el tema señalado, permitiéndole ampliar el periodo correspondiente hasta en cuatro ocasiones, siempre y cuando existan causas debidamente justificadas. En este sentido, dichos acuerdos generan una situación que no afecta el interés jurídico de los agentes económicos partícipes, dado que constituyen sólo un medio o prerrogativa en favor de la autoridad para optimizar los resultados de la fase investigatoria, en la que no existe aún la identificación de los hechos y normas cuya violación pueda constituir una probable infracción, ni está determinado e identificado plenamente el sujeto a quien deberá oírsele en defensa como probable responsable de una infracción a la ley, pues acontece en la primera de las tres etapas en que se divide el procedimiento de investigación (...)*" (Énfasis añadido). Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXV, octubre de 2013; Tomo 3; Pág. 1728. I.4o.A.67 A (10a.). Registro No. 2004637.

¹²⁸ Vale la pena citar criterios judiciales que sostienen que no existe la obligación de notificar los acuerdos de ampliación de una investigación por no tratarse de actos de molestia a un particular, sino a toda persona que pueda coadyuvar con la investigación desahogándose. Se transcribe el criterio citado: **"COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. NO ESTÁ OBLIGADA A NOTIFICAR LOS ACUERDOS DE AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE INVESTIGACIÓN OFICIOSA DE POSIBLES PRÁCTICAS MONOPÓLICAS A PERSONA O AGENTE ECONÓMICO ALGUNO, SINO SÓLO A FUNDARLOS Y MOTIVARLOS.** *La interpretación de los artículos 30 de la Ley Federal de Competencia Económica y 34 de su reglamento, permite establecer que los acuerdos de ampliación del plazo de investigación oficiosa de posibles prácticas monopólicas, son el resultado de la potestad que tiene la comisión federal de la materia para emitir actos tendientes a que aquélla no se suspenda, a fin de cumplir con la finalidad que persigue el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de detectar y castigar los monopolios y las prácticas*

“Artículo 31 bis. (...) Durante la investigación, la Comisión no permitirá el acceso al expediente y, en la secuela del procedimiento, únicamente los agentes económicos con interés jurídico en éste podrán tener acceso al mismo, excepto a aquella información clasificada como confidencial.” (énfasis añadido).

Como tercera causa, son **inoperantes** por consistir en manifestaciones genéricas los señalamientos relativos a que hubo prisa o celeridad en las actuaciones de las últimas semanas del quinto periodo de investigación-es decir, la cuarta ampliación, por lo que se sometió a los involucrados a “*presiones*” que no debían “*resentir*”. Lo anterior, porque mediante estas manifestaciones las Emplazadas no realizan algún argumento por el que sustenten que el Instituto, y particularmente la Autoridad Investigadora, hubiera transgredido alguna disposición aplicable a los plazos y términos legales para el ejercicio de sus facultades y atribuciones.

En ese sentido, AMX y Telcel únicamente hacen alusión a criterios de apreciación subjetiva como la presunta “*prisa*” o “*celeridad*” en las actuaciones de la autoridad, sin especificar qué se entiende por dichos criterios subjetivos, ni tampoco hacen referencia a que exista algún estándar legal para definirlos y que haya sido violado por la Autoridad Investigadora. Además, agregan que diversos agentes sufrieron “*presiones*” que no debían resentir, pero nuevamente son omisas en señalar a qué agentes económicos se refieren, así como cuáles son las presiones excesivas a las que fueron sometidos y los preceptos legales violados como consecuencia de dichas “*presiones*”.

De hecho, de las constancias que obran en el Expediente, se desprende que todos los agentes económicos requeridos mediante los sesenta y cinco oficios emitidos por la Autoridad Investigadora, contaron con los plazos y ampliaciones legales suficientes para presentar la información y/o documentos solicitados.¹²⁹ Esto, en estricto cumplimiento a lo establecido en los artículos 31, primer párrafo y 34 bis 2, de la LFCE y 63, fracción II, del Estatuto Orgánico vigente a la fecha de emisión de los requerimientos correspondientes, donde se establecen las facultades de la Autoridad Investigadora para realizar requerimientos, el plazo para desahogarlos, así como la posibilidad de otorgar prórrogas para su debido cumplimiento.

5.1.8. Ampliación de facto de la etapa de investigación¹³⁰

Según se desprende del OPR y de las listas de extractos de acuerdos que al efecto publica la Autoridad Investigadora, existen múltiples actuaciones en la

monopólicas, como una forma de proteger el interés general. De esta manera, al constituir los acuerdos referidos un mecanismo en el proceso de investigación para determinar quién o quiénes pudieran coadyuvar en ésta a fin de detectar posibles conductas que deban ser castigadas, el mencionado órgano no está obligado a notificarlos a persona o agente económico alguno, pues conforme a dichos preceptos, sólo debe fundar y motivar las ampliaciones mediante la existencia de causas debidamente justificadas para ello”.

Época: Décima Época. Registro: 2003496. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.8o.A.61 A (10a.). Página: 1753. Amparo en revisión 398/2012.

¹²⁹ Folios 40428 a 40434.

¹³⁰ Folios 40733 a 40735 de Telcel y 41017 a 41018 de AMX.

investigación posteriores al Acuerdo de Conclusión, lo que es ilegal. Además, de los respectivos extractos se desprende que a través de dichas actuaciones de la Autoridad Investigadora posteriores al cierre, inclusive se tuvieron por presentados sendos escritos a través de los cuales, "*aparentemente*", diversas personas dieron cumplimiento a requerimientos de información.

Lo anterior es ilegal, pues precisamente los plazos normativos para una investigación sobre la posible comisión de prácticas monopólicas relativas, como sus respectivas ampliaciones, están previstos para dotar de seguridad jurídica a los particulares.

En el caso, ello es por demás relevante para la probable responsable, pues tiene el derecho indiscutible de que una investigación no se prolongue, ni de hecho ni de derecho, ni un momento más allá de los límites prefijados para ello. En esa virtud, habiéndose ampliado (de forma indebida) la investigación hasta por cinco periodos, no hay duda respecto de que cualquier actuación en el Expediente, con relación a tal investigación, a partir del treinta de mayo de dos mil diecisiete es indebida e improcedente.

A partir del treinta de mayo del año en curso no procedía emitir acuerdo alguno ni tener por hecha actuación alguna relativa a la investigación, pues ésta ya habría concluido. Por lo anterior, Telcel y AMX solicitan que se reconozca y declare la improcedencia e ilegalidad de la tramitación y ampliación indebida, de facto, de la etapa de investigación y, por tanto, de la emisión del OPR.

Los argumentos que se analizan son infundados, como a continuación se expone.

Las Emplazadas tildan de improcedente la continuación del Expediente debido a que su tramitación contraviene la legislación aplicable, porque a su juicio, existen actuaciones emitidas con posterioridad al Acuerdo de Conclusión; es decir, posteriores al treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete. Asimismo, manifiestan que estas actuaciones tuvieron por presentados sendos escritos a través de los cuales "*diversas personas dieron cumplimiento a requerimientos de información*"; y concluyen, que dichos acuerdos son ilegales pues ampliaron de *facto* los plazos previstos en la LFCE y el RLFCE.

Al respecto, se advierte que las consideraciones de AMX y Telcel son infundadas, pues los acuerdos a los que hacen referencia, emitidos con posterioridad al treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete no recabaron información o documentos con posterioridad a la emisión del Acuerdo de Conclusión. Por el contrario, únicamente tuvieron por presentados los escritos recibidos en la oficialía de partes del Instituto, hasta el treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete; es decir, dentro del último periodo de investigación.

Incluso, de las constancias que obran en la versión reservada del Expediente, mismas que se encontraron disponibles para consulta de las Emplazadas, se observa que se hizo del conocimiento de diversos agentes económicos que la información contenida en escritos presentados con posterioridad al treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete, no sería tomada en consideración por la Autoridad

Investigadora como parte del Expediente.¹³¹ Es decir, que en estricto cumplimiento a lo establecido por el artículo 30, de la LFCE,¹³² este Instituto omitió información integrada al Expediente con posterioridad al Acuerdo de Conclusión, debido a que no constituía evidencia superveniente, hechos notorios, ni el Pleno se allegó de esa información, sino que fue presentada por agentes económicos ante la Autoridad Investigadora fuera del plazo legal.

Así, la totalidad de la información y documentos recabados por la Autoridad Investigadora para sustentar el OPR, fueron presentados y recibidos dentro del periodo de investigación establecido en la legislación aplicable; que, en este caso, comprende del veintidós de octubre de dos mil nueve al treinta de mayo de dos mil diecisiete.

En ese sentido, todos los acuerdos emitidos por la Autoridad Investigadora entre el primero de junio de dos mil diecisiete y dieciocho de agosto de dos mil diecisiete, únicamente corresponde a actuaciones mediante las cuales: **i)** se tuvo por desahogada información entregada dentro del quinto y último periodo de investigación; **ii)** se ordenó clasificar información como reservada o confidencial; **iii)** se ordenó la expedición de copias certificadas o la devolución de originales a los titulares de esa información, o bien **iv)** se ordenó la imposición de multas por incumplir con requerimientos realizados por la Autoridad Investigadora.¹³³ Pero en ningún momento se integró información con posterioridad al treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete; por lo cual, se concluye que la recepción e integración de las constancias de mérito en el Expediente se realizó durante el quinto y último periodo de investigación.

Asimismo, se precisa a las Emplazadas, que los acuerdos que tilda de ilegales, fueron emitidos en atención a lo dispuesto por el artículo 6 del RLFCE, cuya parte relevante para efectos del presente análisis establece que:

"Artículo 6.- A toda promoción debe recaer un acuerdo en el que se expresará la fecha de su emisión, fecha de recepción, síntesis de la promoción, la motivación de la autoridad, los fundamentos de su emisión y la firma del funcionario competente para ello." (Énfasis añadido).

En síntesis, los proveídos de referencia fueron emitidos de conformidad con lo establecido por la normatividad que rige las investigaciones; aunado a que los acuerdos emitidos con posterioridad al Acuerdo de Conclusión, únicamente tuvieron por presentados los escritos de desahogo a los requerimientos formulados por la Autoridad Investigadora, que se presentaron antes del treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete. Por tanto, la supuesta ilegalidad atribuida a las actuaciones

¹³¹ Folio 40372.

¹³² En lo conducente, los párrafos cuarto y quinto del artículo 30, de la LFCE establecen: "El período de investigación comenzará a contar a partir de la publicación del extracto y no podrá ser inferior a treinta ni exceder de ciento veinte días. Este periodo podrá ser ampliado hasta en cuatro ocasiones, por períodos de hasta ciento veinte días, cuando existan causas debidamente justificadas para ello".

¹³³ Folios 39962 a 40415.

de la AI y la improcedencia del Expediente están lejos de actualizarse en el presente caso.

5.1.9. Emplazamiento ilegal¹³⁴

Lo substanciación del procedimiento y lo imputación de responsabilidad a AMX y Telcel resultan improcedentes e ilegales en virtud de que no fueron debidamente emplazadas, con lo cual se han violado las formalidades esenciales del procedimiento y se les ha dejado en estado de indefensión.

El segundo párrafo del artículo 14 de la CPEUM establece que “(n) *adie podrá ser privado de lo libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*”. La interpretación y alcance de este imperativo constitucional son los siguientes:

El derecho fundamental de audiencia se integra de cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, que son: 1) el juicio previo al acto de privación; 2) que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos; 3) que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, y 4) que se juzgue con base a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio. Estas cuatro garantías específicas son concurrentes. En tanto que la garantía de audiencia se forma con la conjunción indispensable de las cuatro, la exigencia constitucional se entiende vulnerada con la sola violación de una de ellas.

El concepto de juicio previo a que se refiere este derecho fundamental abarca todo procedimiento; es decir, toda secuela de actos concatenados entre sí afectos a un fin común que les proporciona unidad. Por tanto, el respeto de esta garantía de audiencia incluye a las autoridades distintas de los tribunales que si bien tienen funciones formalmente administrativas gozan de facultades materialmente jurisdiccionales. Por la misma razón, el derecho de audiencia no sólo es operante frente a los tribunales propiamente dichos; sino que su cumplimiento también es obligatorio para las autoridades administrativas.

Conviene precisar, además, que el concepto “*mediante juicio*” significa que debe seguirse un procedimiento previo a la emisión del acto de autoridad.

Las formalidades esenciales del procedimiento se constituyen por la serie de actos concatenados entre sí que se deben llevar a cabo para dirimir una contienda, para declarar un derecho, imponer una condena o, en general, para fijar una situación jurídica. Son esenciales todos los actos que deben verificarse para que no quede duda de que el particular ha sido auténticamente oído en el procedimiento.

Un juicio (o procedimiento seguido en su forma) reunirá las formalidades esenciales del procedimiento, si las leyes que lo regulan y las autoridades que lo tramitan, establecen y cumplen los siguientes requisitos fundamentales: 1) que el

¹³⁴ Folios 40713 a 40721 de Telcel y 40997 a 41005 de AMX.

particular tenga conocimiento del inicio del procedimiento; 2) que tenga conocimiento de la cuestión a debate y de las consecuencias en caso de que prospere la acción; 3) que se le dé oportunidad de presentar defensas; 4) que se organice un sistema de comprobación o confirmación para que quien afirme o sostenga una cosa lo demuestre; 5) que se dé oportunidad de formular alegaciones, y 6) que el procedimiento concluya con una resolución que decida la cuestión debatida y fije la forma como ha de cumplirse.¹³⁵

En tal virtud, el particular no puede ser llamado al procedimiento en forma de juicio sin haber sido debidamente emplazado, para que de esa forma tenga en plenitud la oportunidad defensiva que le concede la CPEUM en todas las etapas del procedimiento y pueda existir un debido proceso.

El simple hecho de que el gobernado sea llamado al juicio o procedimiento en forma de juicio desde el inicio no es suficiente para cumplir con las exigencias constitucionales, puesto que además es menester que se le permita ejercer una real y verdadera defensa, que sólo será posible si al notificarle sobre el procedimiento se le informa también sobre las imputaciones que se le han hecho y se corre traslado con todas las pretensiones y documentos presentados por su contraparte o por el promovente de la instancia.

Consecuentemente, la primera notificación o emplazamiento no será correcta ni suficiente, ni cumplirá con los extremos exigidos constitucionalmente, si no es tal que permita que se tenga una verdadera y completa oportunidad de defensa. Para ello, es menester que el interesado cuente con todos los elementos que le permitan presentar de manera informada y completa sus argumentos de defensa. En ese sentido, resulta indispensable que al ser emplazado se le entreguen los instrumentos o documentos y anexos que contengan la solicitud del sujeto que hubiese solicitado el inicio del procedimiento, del tal suerte que el afectado pueda contestarlos y refutarlos.

Desde luego, el traslado no está prohibido en las normas de la LFCE y el RLFCE aplicables en este procedimiento (no podría estarlo, *so pena* de volverse inconstitucionales). En esos términos, el CFPC, de aplicación supletoria establece en sus artículos 276, 304 y 327 la obligación de correr traslado con la demanda y los documentos que integren la misma. Así, la legislación aplicable al procedimiento seguido en forma de juicio impone la necesidad de que al emplazar al gobernado, debe correrse traslado de todos y cada uno de los actos y documentos en virtud de los cuales se promovió la causa, entregándole copia de los mismos.

En la especie, al practicar la notificación no se corrió traslado a AMX y Telcel con ninguno de los documentos a que se hace referencia en la Denuncia ni en el

¹³⁵ Al respecto, AMX y Telcel citan los criterios judiciales cuyos rubros señalan: "*FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO*". Localización: (JJ); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, Diciembre de 1995; Pág. 133. P./J. 47/95, y "*AUDIENCIA. GARANTÍA DE REQUISITOS QUE DEBEN CONTENER LAS LEYES PROCESALES EN RESPETO A LA*". Localización: (TA); 7a. Época; Pleno; S.J.F.; Volumen 115-120, Primera Parte; Pág. 15.

OPR, ni tampoco con el acuerdo de prevención formulado a la Denunciante o su desahogo, lo que claramente deja en un completo estado de indefensión, pues no se les permitió conocer la Denuncia, los elementos que tomó en cuenta la autoridad para emitir el OPR; ni tampoco pudo formular las defensas respectivas a la improcedencia de la Denuncia, ni conocer la legalidad o ilegalidad del desahogo a la prevención formulada.

Cuando menos, se omitió correr traslado a AMX y Telcel, con la Denuncia, el acuerdo de desechamiento, el amparo, el recurso de revisión, el escrito de desistimiento, el acuerdo de inicio de investigación, los acuerdos de ampliación del periodo de investigación, y las constancias y pruebas tomadas en cuenta por la autoridad para imputar responsabilidad a AMX y Telcel.

En el mismo sentido, del OPR se advierte que la resolución notificada a AMX y Telcel se hace consistir de una versión reservada, es decir, de una versión en la que se cubren u omiten párrafos y porciones del OPR con el objeto de que no sean conocidas por las Emplazadas, lo que implica que ni siquiera respecto del propio OPR tuvieron oportunidad de conocerlo en su totalidad, lo que claramente les impide poder llevar a cabo una defensa completa y adecuada.

Lo anterior, aunado a que una vez que se permitió ver el Expediente, dicho acceso fue parcial e insuficiente para poder preparar una debida defensa. Como consta en las constancias que deben integrarse al Expediente, AMX y Telcel acudieron al IFT por conducto de persona autorizada a tratar de imponerse de constancias que resultaban relevantes para su defensa material, ante lo cual no se le permitió el acceso a una serie de tomos del expediente por tratarse, según se indicó, de información reservada o confidencial.

En franca violación de las exigencias referidas y del derecho de defensa de AMX y Telcel, no fueron debidamente emplazadas y comparecen en un procedimiento en el que se les ha calificado de probables responsables sin que les sea posible exponer todos los argumentos de defensa y oposición.

Los argumentos de las Emplazadas se consideran infundados en virtud de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, es infundado que el emplazamiento sea ilegal debido a que no se "corrió traslado" con todos y cada uno de los documentos que integran la totalidad del Expediente. En este sentido, el artículo 33, fracción II, de la LFCE, establece de manera terminante que para esta autoridad **únicamente es imperativo realizar el emplazamiento a los probables responsables con el OPR**. Es decir que no es necesario, como sí ocurre con otros procedimientos jurisdiccionales de distinta naturaleza, que se entreguen a las Emplazadas todos los documentos que integran el expediente administrativo instaurado en su contra.

Ahora bien, es importante mencionar que el hecho de no haber proporcionado copia certificada de los veintitrés tomos reservados y sesenta y nueve tomos confidenciales de la Investigación al momento de emplazar a las probables responsables, no perjudicó ni representó obstáculo alguno al debido ejercicio de la garantía de audiencia, y en específico, a una defensa adecuada. Lo anterior,

porque dentro del propio OPR se hizo del conocimiento oportuno de AMX y Telcel que se encontraban facultadas y en plena posibilidad de verificar la información y documentos contenidos dentro del Expediente, tal como a continuación se precisa:

*“En los términos señalados en este resolutivo y en el evento de que los emplazados deseen verificar la información vertida en el presente OPR, se hace de su conocimiento que en los archivos de este INSTITUTO cita en Av. Insurgentes Sur 1143, Colonia Nochebuena, Delegación Benito Juárez, C.P. 03720, en la Ciudad de México, obra un expediente identificado al rubro, mismo que podrán consultar y en el que podrán promover aquellas personas que previamente hayan sido autorizadas para tales efectos”.*¹³⁶ (Énfasis añadido).

Así, desde el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio, las Emplazadas tuvieron oportunidad de revisar los documentos que integran las constancias del Expediente, ya sea que estuvieran señalados de manera expresa en el OPR o no. Y en esa tesitura, las Emplazadas tuvieron oportunidad de consultar el Expediente a fin de sustentar sus escritos de manifestaciones, desde el cinco de septiembre de dos mil diecisiete; es decir, al día hábil siguiente que les fue notificado el OPR y hasta el veinte de octubre del mismo año, fecha en que fueron recibidos sus escritos de manifestaciones.¹³⁷ Sin embargo, AMX y Telcel **sólo acudieron en una ocasión a imponerse de las constancias del Expediente**, previo a la presentación de sus escritos de manifestaciones en respuesta al OPR.¹³⁸

En este sentido, las Emplazadas han dado contestación al OPR y han ofrecido diversas pruebas para su defensa, sin que exista argumento alguno que demuestre a esta autoridad que la supuesta violación que alegan les haya impedido realizar manifestaciones a favor de sus defensas y acreditando con ello un estado de indefensión. En el plazo de treinta días hábiles previsto por el artículo 33, fracción II, de la LFCE, realizaron objeciones y ofrecieron las pruebas que consideraron convenientes respecto a las imputaciones del OPR, con la finalidad de controvertir e impugnar la probable responsabilidad que les fue imputada, por lo que no existió violación alguna a su derecho de defensa. Lo anterior, se corrobora a partir de las defensas que plantearon en sus escritos de contestación al OPR relacionadas con las constancias que obran en autos del Expediente, de lo que resulta imposible que hayan formulado dichas manifestaciones si no hubieran tenido acceso al Expediente tal como lo alegan.

Por lo anterior, es necesario concluir que AMX y Telcel tuvieron conocimiento de la información y documentos que sirvieron como base para determinar su probable responsabilidad. Y no sólo eso, sino que, además, dicha circunstancia les permitió

¹³⁶ Folio 40619.

¹³⁷ Cabe precisar que las Emplazadas tienen derecho de consultar el Expediente desde el emplazamiento con el Oficio de Probable Responsabilidad, y durante todo el tiempo que el mismo se encuentre en los archivos de este Instituto.

¹³⁸ El día trece de octubre de dos mil diecisiete acudió a las oficinas de este Instituto **“Confidencial”** en su carácter de autorizado de AMX y Telcel a consultar diversos folios del Expediente, desde las once horas con cuarenta minutos hasta las doce horas con treinta minutos. La constancia de esta consulta se encuentra en los folios 40629 y 40630.

ejercer una defensa de manera oportuna. Resulta aplicable a estas consideraciones el siguiente criterio judicial:

"OFICIO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO RESPECTO DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. NO EXISTE OBLIGACIÓN DE CORRER TRASLADO CON EL EXPEDIENTE COMPLETO QUE LO RESPALDA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014). Como parte de las formalidades esenciales del procedimiento administrativo seguido en forma de juicio respecto de prácticas monopólicas absolutas, el artículo 33, fracción II, de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente hasta el 6 de julio de 2014, fecha en que se abrogó, prevé la obligación de emplazar al probable responsable con aquel oficio; sin embargo, *las formalidades esenciales establecidas en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el derecho a una defensa adecuada, no conllevan exigir a la autoridad que con el emplazamiento corra traslado de todos y cada uno de los documentos y constancias que integran el expediente que respalda el oficio, pues para considerar que se respeta el derecho indicado, entendido como la posibilidad de participar en el procedimiento con conocimiento pleno de las promociones, argumentos y pruebas integradas al expediente, basta que se ponga éste a disposición del probable responsable, excluyendo la información confidencial y la que no sea determinante, ya que por medio de la consulta que realice conocerá los aspectos que integran la litis y podrá preparar su defensa.*"¹³⁹

Tampoco es correcto partir del supuesto que se plantea respecto a la aparente procedencia de la supletoriedad sobre los artículos 276, 304 y 327 del CFPC, ya que esta autoridad no puede estar sujeta al precepto normativo citado en tanto que, como se ha señalado, las posibilidades de defensa y de acceso al Expediente se encuentran reguladas de manera completa en la normatividad de competencia.¹⁴⁰ De esta forma, la defensa de las Emplazadas se dio desde el

¹³⁹ Tesis: I.1º.A.E.184 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro 2013111, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo IV, Noviembre 2016, Pág. 2404, Tesis Aislada (Administrativa).

¹⁴⁰ En este aspecto, resultan aplicables por analogía, los siguientes criterios: tesis I.7o.A.96 K del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, misma que señala: "**PRUEBAS OFRECIDAS POR LA PARTE QUEJOSA EN EL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN. EL JUEZ DE DISTRITO NO ESTÁ OBLIGADO A CORRER TRASLADO DE ELLAS A LAS AUTORIDADES RESPONSABLES.** Conforme al artículo 120 de la Ley de Amparo, la peticionaria tiene únicamente obligación de exhibir copias de la demanda de garantías para correr traslado a las autoridades responsables, al tercero perjudicado en caso de existir, y al Ministerio Público, así como dos tantos para el incidente de suspensión si es solicitada su substanciación y no se tenga que conceder de plano conforme a la Ley de Amparo. De lo expuesto, se advierte que el supuesto de que se trata está regulado de manera completa, es decir, no existe laguna legal o deficiente u oscura reglamentación al respecto; de ahí que pueda inferirse que respecto a ese tema no son aplicables de manera supletoria los artículos 276, fracción II, 324 y 327 del Código Federal de Procedimientos Civiles." (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXII, Octubre de 2005; Pág. 2465; Registro: 176 869, y la jurisprudencia: "**SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES. REQUISITOS PARA QUE OPERE.** La aplicación supletoria de una ley respecto de otra procede para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones y que se integren con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes. Así, para que opere la supletoriedad es necesario que: a) El ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos; b) La ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule deficientemente; c) Esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para

momento en que se pusieron a su disposición las constancias del Expediente sin que la ley establezca que se les “corra traslado” entregándole copia de dicho sumario al momento en que se le notificó el OPR.

En segundo lugar, es **infundado** el señalamiento de que se afectó la defensa adecuada de las Emplazadas al haberles notificado una **versión reservada** del OPR y no permitir el acceso a la información confidencial de otros agentes económicos requeridos en el Expediente.

A mayor precisión, al notificar una versión reservada del OPR únicamente se impidió a las Emplazadas tener acceso o conocimiento de la información confidencial de los demás agentes económicos involucrados en el procedimiento, o de aquellos que fueron requeridos como parte de la investigación tramitada. En ese sentido, no es dable suponer que el hecho de no entregar a las Emplazadas la información confidencial de otros agentes económicos, afectó de manera real y efectiva su derecho a una defensa adecuada. Sobre todo, tomando en consideración que la divulgación de la información a la que se hace referencia, pondría en riesgo la posición competitiva de sus titulares, o bien constituye datos personales respecto de los que se requiere autorización expresa para ser difundidos.¹⁴¹

En cuanto a este punto, la clasificación de información confidencial que realizó el Instituto –tanto en la etapa indagatoria como en el procedimiento seguido en forma de juicio– tiene un doble sustento jurídico que radica, por una parte, en el derecho que asiste a los agentes económicos para que no se divulgue determinada información según su naturaleza. Mientras que, como segundo soporte, existe una obligación ineludible para el Instituto que consiste en no proporcionar información confidencial de un agente económico a los demás participantes del procedimiento, *so pena* de incurrir en faltas de carácter administrativo y ser sujeto a las sanciones correspondientes.

Por lo que hace al primer elemento, el artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE, establece que la información confidencial es aquella cuya divulgación pueda causar un daño o perjuicio a la posición competitiva del titular, contenga datos personales, ponga en riesgo su seguridad o cuando se prohíba su divulgación. Por lo tanto, es claro que los agentes económicos involucrados o requeridos en un

solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y, d) Las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate”. (J); 10a. Época; Segunda Sala de la SCJN; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013; Pág. 1065; Registro: 2003161.

¹⁴¹ Es aplicable por analogía la tesis: “**INFORMACIÓN CLASIFICADA COMO CONFIDENCIAL EXHIBIDA CON EL INFORME JUSTIFICADO. ESA CATEGORÍA INCLUYE AQUELLA DISTINTA DE LOS SECRETOS COMERCIALES, CUYA REVELACIÓN PERJUDICARÍA SIGNIFICATIVAMENTE A UNA PERSONA O EMPRESA.** La fracción II del artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica abrogada dispone que tendrá el carácter de confidencial aquella información que, de hacerse del conocimiento de los demás agentes económicos con interés jurídico en los procedimientos sustanciados por el órgano regulador en la materia, pueda causar un daño o perjuicio en su posición competitiva a quien la haya proporcionado, contenga datos personales cuya difusión requiera su consentimiento, pueda poner en riesgo su seguridad o cuando por disposición legal se prohíba su divulgación. Por tanto, debe incluirse en la categoría de información confidencial, aquella exhibida con el informe justificado en el juicio de amparo, (...)”. (TA); 10a. Época; Tribunales Colegiados de Circuito, S.J.F. y su Gaceta; Libro 30, Mayo de 2016; Pág. 2802; Registro: 2011726.

expediente en materia de competencia económica, tienen derecho a que dicha información permanezca fuera del alcance de los demás agentes que participan en el procedimiento.

Incluso, en criterios emitidos por el PJP se ha establecido con claridad la necesidad de preservar en "cuerda separada" la información confidencial, en los siguientes términos:

"COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. LA DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN CONFIDENCIAL PROPORCIONADAS POR LOS AGENTES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS EN UN PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, DEBE ARCHIVARSE POR CUERDA SEPARADA. En términos del artículo 31, segundo párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica, la información y documentos que haya obtenido directamente la comisión en la realización de sus investigaciones, así como los que se le proporcionen, son estrictamente confidenciales. Aun cuando la norma legal en estudio, o su reglamento, no prevén que la información confidencial se archive por cuerda separada, debe destacarse que el artículo 20, fracción VI, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental dispone que los sujetos obligados por dicha norma deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales y evitar su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado. Por ende, archivar o tramitar por cuerda separada la documentación e información confidencial exhibidas por los agentes económicos en los procedimientos de investigación de prácticas monopólicas, resulta una medida idónea para proteger la información confidencial, máxime si se trata de expedientes a los que tienen acceso todos los involucrados. Por el contrario, si la documentación e información confidenciales constaran en la misma pieza de autos, se haría nugatorio tal carácter, ya que en esa hipótesis cualquier agente económico con acceso al expediente podría conocerlos."¹⁴²

Como segundo componente, la clasificación de información confidencial y su preservación con dicho carácter, no sólo es una prerrogativa de los agentes económicos; sino que, además, constituye una obligación derivada de un mandato legal para la autoridad y en específico para este Instituto. Sobre el particular, el artículo 31 bis, de la LFCE, refiere en su penúltimo párrafo con toda claridad, y sin lugar a interpretaciones, que: "La Comisión (en este caso, IFT) ***en ningún caso estará obligada a proporcionar la información confidencial ni podrá publicarla y deberá guardarla en el seguro que para tal efecto tenga***".

Es aplicable, por analogía, la siguiente tesis:

"COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTOS EXHIBIDOS POR LOS AGENTES ECONÓMICOS EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS SON CONFIDENCIALES POR DISPOSICIÓN LEGAL, Y NO EXISTE NECESIDAD DE QUE EL OFERENTE JUSTIFIQUE TAL CARÁCTER.

¹⁴² Tesis: I.7°.A.312 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro 180940, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XX, Agosto de 2004, Pág. 1565, Tesis Aislada (Administrativa).

*El artículo 14, fracción I, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental dispone que se considerará información reservada toda aquella que por disposición expresa de una ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial; por su parte, el numeral 31, segundo párrafo, de la Ley Federal de Competencia Económica, señala que la información y documentos que haya obtenido directamente la comisión en la realización de sus investigaciones, así como los que se le proporcionen, son "estrictamente confidenciales". Por ende, **resulta inconcuso que tal confidencialidad es resultado de un mandato legal, siendo innecesario que el agente económico involucrado en un procedimiento de investigación de prácticas monopólicas justifique por qué razón estima que determinada información o documentación exhibida por él es confidencial.**"¹⁴³ (énfasis añadido).*

En suma, proporcionar a las Emplazadas la información confidencial de sus competidores implicaría que los funcionarios adscritos a este Instituto transgredieran diversos preceptos normativos, e incluso fueran sujetos de responsabilidad y sanción. Es por ello, que resulta evidente la existencia de una **imposibilidad jurídica** que limita o impide a las Emplazadas para que no puedan tener acceso a la información confidencial del Expediente, salvo aquella de la cual son titulares.

Por último, cabe precisar que en reiteradas ocasiones las propias Emplazadas han solicitado a este Instituto que diversos documentos e información proporcionados por dichos agentes económicos sean clasificados como confidenciales. Ante lo cual, el Instituto de manera oportuna y precisa ha realizado la valoración correspondiente y clasificado la información que, por su naturaleza, se acredita como confidencial.¹⁴⁴ Por ello, resulta incongruente que las Emplazadas soliciten hacer nulo este mismo derecho para los demás agentes económicos que intervienen o participaron dentro del Expediente.

5.1.10. Indebida clasificación de información¹⁴⁵

En el OPR se indica que toda la información marcada con negro en el documento es confidencial de conformidad con el artículo 31 Bis, fracción II, de la LFCE. Efectivamente existen diversas partes, páginas, referencias y párrafos que no son posible leer ni conocer. Este hecho ha impedido una plena defensa de Telcel y AMX en diversos aspectos, además de que la LFCE que ahí se menciona tampoco debe juzgarse aplicable, por lo que nos remitimos a los apartados respectivos que pedimos se tengan aquí por reproducidos.

Es importante señalar que AMX y Telcel no tienen conocimiento ni han sido notificadas del acto o actos por los que se hubiera hecho la clasificación de la información como confidencial ni por la cual se hubiese solicitado a persona alguna, en su caso, la autorización referida para llevar a cabo tal difusión o bien,

¹⁴³ Novena Época, Registro: 180939, Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Agosto de 2004, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.7o.A.311 A, Página: 1566.

¹⁴⁴ Folios 41183 a 41202.

¹⁴⁵ Folios 40735 a 40736 de Telcel y 41018 a 41019 de AMX.

clasificación. Por ello, el mero recuadro incluido para hacer esa indicación en el OPR resulta insuficiente, incongruente y carente de motivación.

Lo cierto es que resulta ilegal que, *so* pretexto de una calificación -desconocida para el acusado y presunto responsable- sobre la confidencialidad de cierta información, se le impida conocer hechos, datos y elementos de cargo que se usan en su contra para formular una acusación o imputación sobre la comisión de prácticas monopólicas relativas y más cuando ello se hace mediante una expresión general carente de motivación y sin siquiera especificar o permitir el acceso del imputado a un resumen sobre el contenido.

Luego, el OPR que se contesta deviene improcedente y, por ello, habrá de reconocerse la ilegalidad de la tramitación del Expediente, la elaboración y notificación de la "*versión reservada*" del OPR y, por tanto, la improcedencia e ilegalidad de todo el procedimiento. Lo anterior, deberá tener como consecuencia que se absuelva de la imputación del caso y de la responsabilidad pretendida.

Las manifestaciones transcritas resultan inoperantes, pues únicamente se trata de señalamientos abstractos y genéricos respecto a que en el OPR existen partes, páginas, referencias y párrafos que no son posible leer ni conocer debido a que se clasificó como información confidencial. No obstante, las Emplazadas no señalan específicamente qué partes de la imputación presuntiva realizada en su contra en el OPR se sostiene con información que no hayan podido conocer. Ello, indudablemente impide analizar si efectivamente las Emplazadas tienen razón en la supuesta violación a sus derechos de defensa. Es decir, el argumento carece de sustento, máxime cuando las Emplazadas no pueden enunciar un solo elemento que haya sido mencionado en el OPR, clasificado como confidencial, y además utilizado para sustentar la imputación en su contra en el OPR.

Al respecto, es indispensable precisar que todos los acuerdos de clasificación de información, así como las carátulas mediante las cuales se señala qué información del Expediente es confidencial y los motivos de dicha clasificación, se encuentran en la versión reservada. Por lo tanto, las Emplazadas tuvieron oportunidad y momento de conocer las razones para clasificar información del Expediente como confidencial, así como un resumen de dicha información, o bien los motivos que impiden elaborar ese resumen. Lo anterior en cumplimiento a lo establecido en el artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE.¹⁴⁶

Cabe recordar que la clasificación de la información encuentra su motivación en tres puntos esenciales de conformidad con el artículo 31 bis, de la LFCE: i) que los titulares de dicha información solicitaron que se clasificara como confidencial, ii)

¹⁴⁶ El artículo 31 bis, fracción II, de la LFCE establece en su parte relevante lo siguiente: "*La información sólo será clasificada como confidencial cuando el agente económico así lo solicite, acredite que tiene tal carácter y presente un resumen de la información, a satisfacción de la Comisión, para que sea glosado al expediente o, en su caso, las razones por las que no puede realizar dicho resumen. Si no se cumple con este último requisito, la Comisión requerirá al agente económico un nuevo resumen. Si este último no cumple con lo requerido, la Comisión hará el resumen correspondiente (...)*".

que dada la naturaleza de los datos y documentos descritos efectivamente se acredite su naturaleza como información confidencial, y finalmente que **iii)** se entregó el resumen correspondiente, o bien, las razones que justifican la imposibilidad de elaborar un resumen. Es en ese momento en que la clasificación de la información se realiza y se motiva. Además, como ya fue precisado, las Emplazadas sí tuvieron acceso a las constancias que integran el Expediente y pudieron ver los fundamentos y motivos por los cuales se clasificó la información que sirvió de base para emitir el OPR. De esta manera, AMX y Telcel son omisas en señalar de qué manera la AI no motivó y fundó debidamente la clasificación de la información, y únicamente realizan manifestaciones generales.

Aunado a lo anterior, y en obvio de repeticiones innecesarias, se remite a las Emplazadas a la contestación realizada en la sección denominada "*Emplazamiento ilegal*" de la presente resolución, donde se abunda en las consideraciones necesarias para sustentar la clasificación de información realizada en el Expediente.

5.1.11. Falta de pruebas para desvirtuar la presunción de inocencia¹⁴⁷

Debe desestimarse la acusación formulada en el OPR y decretarse la terminación del procedimiento sin imputar responsabilidad alguna, en observancia del derecho fundamental a ser presumido inocente hasta que se demuestre lo contrario, ante la inexistencia, parcialidad, inoperancia e insuficiencia de elementos de convicción que acrediten la supuesta responsabilidad de AMX y Telcel. Este derecho fundamental es una vertiente del principio general de derecho de *onus probandi*, que impone a todo el que afirma la carga de probar sus afirmaciones.

Como lo dicta la teoría política y el principio constitucional de legalidad, la esfera de actuación del gobernado es absoluta mientras no sea limitada mediante una ley en sentido formal y material. Es decir, que los gobernados pueden llevar a cabo cualquier acto, siempre que no esté prohibido.

Ahora bien, la prueba que debe aportar quien afirma que la conducta del gobernado está prohibida y que, por lo tanto, se actualiza una excepción a la regla general de licitud, debe ser suficiente para superar toda duda razonable y cualquier hipótesis en contrario, causando la certeza de aquello que acredita. Es decir, debe erigirse como prueba suficiente para desvirtuar el *estatus* de inocente del gobernado, lo que es particularmente trascendente tratándose de procedimientos sancionatorios, que pueden implicar una afectación de mayor intensidad y gravedad al gobernado, por lo que debe aumentarse el grado de certeza y convicción que *per se* impone el principio aludido de *onus probandi*.

En la materia, hay un estándar estricto que debe satisfacerse, y particularmente en tratándose de la imputación de prácticas monopólicas relativas en que, a diferencia de las absolutas, la ley no prevé indicios ni posibles pruebas indirectas,

¹⁴⁷ Folios 40807 a 40811 de Telcel y 41087 a 41091 de AMX.

amén de que no se está ante una decisión regulatoria sino inquisitiva y sancionatoria de la autoridad. El acusado debe llegar al procedimiento considerado como inocente y sólo podrá establecerse lo contrario, si se desvirtúa plenamente su condición de inocente.

Todo lo anterior, se robustece con el mandato contenido en el artículo 1° de la CPEUM de interpretar toda norma en el sentido que otorgue la protección más amplia a los gobernados, el principio *pro persona*.

En el caso que nos ocupa no fueron aportados ni relacionados elementos de convicción, que para efectos del procedimiento que nos ocupa acreditasen de forma fehaciente algún antecedente, conducta o hecho sancionables.

Al respecto, las manifestaciones de las Emplazadas se consideran inoperantes por una parte, e infundadas por otra, en los términos que se precisan dentro de los siguientes párrafos.

Primero, son inoperantes por consistir en manifestaciones genéricas que no controvierten las imputaciones del OPR, los señalamientos de AMX y Telcel por los cuales sostiene que en el caso no fueron aportados ni relacionados elementos de convicción que acrediten de manera fehaciente alguna conducta sancionable. Lo anterior, porque las Emplazadas no presentan ningún argumento lógico jurídico, mediante el cual se demuestre, o al menos se presuma, que la Autoridad Investigadora realizó un indebido análisis de la LFCE y el RLFCE en lo aplicable al caso; o bien, que se haya otorgado una valoración o alcance probatorio incorrecto a la evidencia recabada por esa autoridad durante la etapa indagatoria.

Dicho lo anterior, las Emplazadas tampoco hacen alusión a algún elemento probatorio desahogado en el Expediente o contenido dentro de las constancias del mismo, mediante el cual se demuestre un incorrecto análisis de los hechos. Y finalmente, AMX y Telcel fueron omisas en demostrar, o al menos manifestar de manera específica, las razones por las cuales pueda concluirse que no se realizó la conducta imputada, o bien que, aunque se hubiera realizado, debe estimarse como legal con sustento en las disposiciones jurídicas aplicables.

En otras palabras, AMX y Telcel se limitan a señalar que no se imputó responsabilidad más allá de la duda razonable, pero no presentan una sola evidencia o razonamiento que sustente estas conjeturas genéricas. Lo anterior, precisando además, que en el OPR se imputó responsabilidad de manera presuntiva y no definitiva ni mucho menos se impuso sanción alguna; lo cual, corresponde, en todo caso, a este Pleno mediante la emisión de la presente Resolución.

En segundo lugar, son infundados los señalamientos de que la evidencia recabada durante la investigación no puede ser empleada para imputar responsabilidad a las Emplazadas, porque no se les "*corrió traslado*" de la misma. Esto, porque como ya fue señalado dentro del apartado "*Emplazamiento ilegal*" de esta Resolución, el IFT no está obligado a emplazar a los agentes económicos con todas las constancias que integran un expediente, sino únicamente con el OPR en términos

del artículo 33, fracción II, de la LFCE. Sobre el particular y con el objeto de evitar repeticiones innecesarias, se remite a las Emplazadas al apartado descrito, en donde se precisan las razones por las cuales son infundados sus señalamientos.

5.1.12. Objeción¹⁴⁸

Se objeta el contenido, alcance y valor probatorios de todos y cada uno de los documentos que hubiere presentado la Denunciante y demás que obran en el Expediente. Se objeta también la autenticidad de la firma que calza en la Denuncia y en el escrito de desahogo de la prevención formulada a la Denunciante.

Desde luego, se desconocen los documentos que provienen de terceros cuya personalidad no se demostró y que no fueron llamados al procedimiento y la veracidad, autenticidad y contenido de aquellos que se dice se obtuvieron a través de medios electrónicos en registros aparentemente públicos o privados.

Por último, los supuestos informes y estadísticas en que descansan las aparentes consideraciones del OPR provienen de parte interesada y carecen de medio comparativo que pudiese corroborar su veracidad o eficacia. Ante la falta de ofrecimiento de los medios de prueba que en su caso pudiesen haber perfeccionado los distintos elementos aportados, ha operado tanto para las denunciantes (sic), como para esa autoridad, la preclusión procesal. Por tanto, ante la falta de soporte probatorio, la resolución de probable responsabilidad carece de validez y eficacia jurídicas. Para acreditar la presente objeción bastarán como pruebas las ofrecidas.

Las manifestaciones de las Emplazadas se consideran como inoperantes e infundadas, por las razones que se exponen adelante.

En particular, es inoperante el señalamiento de AMX y Telcel por el cual objetan la autenticidad de la firma de la Denuncia y el escrito de desahogo de cuatro de diciembre de dos mil trece. Esto, porque las Emplazadas en ningún apartado de sus escritos de manifestaciones en respuesta al OPR, presentaron razones para suponer la falsedad de las firmas a las que vagamente hacen referencia, ni ofrecieron conforme a derecho, en tiempo y forma legales, alguna prueba para sustentar estas objeciones, sino que se limitan a señalarlas sin razón que funde o motive su causa de pedir. Es decir, que resultan manifestaciones genéricas, que además no controvierten las imputaciones del OPR.

Aunado a lo anterior, se advierte que incluso en caso de haber ofrecido pruebas para objetar la autenticidad de las firmas de los escritos a los que se hace referencia, tales medios de convicción no se encuentran relacionados con los hechos materia del OPR, ni con las imputaciones realizadas por la Autoridad Investigadora respecto de la realización de la práctica prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE. Por el contrario, se refieren únicamente a la posible falsedad de la firma del representante legal de Telefónica; no obstante, estos

¹⁴⁸ Folios 40828 a 40829 de Telcel y 41107 a 41108 de AMX.

hechos no forman parte de las imputaciones sostenidas dentro del OPR, sino que sólo constituyen parte de los antecedentes en la integración del Expediente.

En el mismo sentido, la Denuncia y el escrito de desahogo no forman parte de la *litis* del procedimiento, en virtud de que se desahogó una investigación completa y exhaustiva de la que se obtuvieron indicios que soportan las conclusiones del OPR. Es preciso hacer énfasis en que la investigación y el procedimiento seguido en forma de juicio constituyen etapas autónomas e independientes. Por tal motivo, el OPR y no la Denuncia (que sólo aportó indicios o una causa objetiva para el inicio de la investigación), es el documento que sirve de base a la *litis* en la presente etapa del procedimiento.

Lo anterior es consistente con el criterio siguiente del PJF, cuyo rubro y contenido establecen que:

“PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN Y ADMINISTRATIVO EN FORMA DE JUICIO RESPECTO DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. SUS DIFERENCIAS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10 DE MAYO DE 2011). El procedimiento de investigación establecido en el artículo 30 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente hasta el 10 de mayo de 2011, actualmente abrogada, comienza con el acuerdo de inicio y tiene el objetivo de recabar los medios de convicción suficientes que permitan determinar si se cumplió o no con las normas de competencia, a fin de prevenir o erradicar las prácticas monopólicas absolutas, para lo cual, la autoridad se allega de documentos, testimonios y otros elementos demostrativos. En cambio, el procedimiento administrativo en forma de juicio inicia con la emisión del oficio de probable responsabilidad, en el cual ya se imputa a uno o más agentes económicos la probable comisión de prácticas monopólicas contrarias a la ley de la materia, y constituye la base sobre la cual deben descansar las resoluciones de carácter sancionatorio; en este último es donde aquéllos tendrán la posibilidad y carga de desvirtuar los hechos que se les imputan, a través del ofrecimiento de las pruebas que consideren pertinentes, para concluir con la emisión de una resolución en la que se determinará si se cometieron o no las prácticas monopólicas y, en caso de acreditarse su comisión, la autoridad impondrá la sanción correspondiente. En ese orden de ideas, los elementos de imputación son propios del oficio de probable responsabilidad, de naturaleza contradictoria, en el cual sí deben estar puntualmente determinados, precisando aspectos significativos que posibiliten la defensa eficaz del presunto responsable, lo que implica informarle con exhaustividad las irregularidades advertidas, esto es, las conductas que examinará la autoridad al tomar su decisión, y hacer de su conocimiento los cargos que se le atribuyen; aspectos que si no se colman en el acuerdo de inicio de la investigación, de naturaleza inquisitoria, no producen indefensión al agente investigado, pues dicha actuación constituye apenas el punto de arranque de esa etapa, en la cual, aún no hay imputación ni mucho menos una determinación sobre la probable responsabilidad del agente”.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 36, noviembre de 2016; Tomo IV; Pág. 2489. I.1o.A.E. 180 A (10a.). Registro No. 2013124.

Es decir, que el contenido de la Denuncia resulta irrelevante para esta etapa procesal, en virtud de que incluso si llegase a perder sus efectos, o fuese privada de validez, ello no se traduciría en el cierre del Expediente o en la privación de efectos del resto de las diligencias de la etapa indagatoria. Sobre el particular, el contenido del artículo 60, del RLFCE, prescribe que los procedimientos deben concluir con la resolución respectiva; para lo cual, debe proveerse lo necesario.¹⁵⁰

En esa tesitura, la naturaleza del procedimiento seguido en forma de juicio, previsto en la LFCE, no tiene por objeto dirimir una controversia entre particulares, sino proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. Así, se precisa que Telefónica no tiene el carácter de parte, sino de coadyuvante en el procedimiento, a pesar de que la investigación realizada por la Autoridad Investigadora haya iniciado por elementos de convicción aportados por ese agente económico.

La LFCE, conforme a su artículo 1, es reglamentaria del artículo 28, de la CPEUM, y por ende es de orden público e interés general: su objeto es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de los monopolios, las prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, como expresamente lo señala el artículo 2, de la LFCE. En ese sentido, si la Autoridad Investigadora del Instituto decide iniciar una investigación por denuncia, ello no implica que el denunciante tenga el carácter de parte, como lo sería el actor en un procedimiento jurisdiccional, sino que dicho actuar dota a la Autoridad Investigadora del Instituto de una causa probable que permita el ejercicio de sus atribuciones indagatorias y verifique la existencia de una posible conducta violatoria de la LFCE e identifique al probable responsable de su comisión.

Por lo anterior, y con base en las consideraciones desarrolladas, las manifestaciones de las Emplazadas respecto a la objeción o impugnación de la autenticidad de la firma de la Denuncia y el desahogo de cuatro de diciembre de dos mil trece, son **Inoperantes**.

Asimismo, es **inoperante** el señalamiento por el cual AMX y Telcel desconocen documentos provenientes de terceros “*cuya personalidad no se demostró*”. Esto, porque de la totalidad de constancias que obran en el Expediente se advierte que todos los escritos de desahogo a requerimientos formulados por la Autoridad Investigadora fueron emitidos por los representantes legales de los agentes económicos o personas con facultades suficientes para ello, previa acreditación. Es decir, que además de que las Emplazadas realizan una **manifestación general** sin hacer referencia específica a algún documento o escrito, el Pleno de este Instituto advierte que la totalidad de los escritos presentados, fueron entregados

¹⁵⁰ El artículo 60, del RLFCE, establece lo siguiente: “*La Comisión cuidará que los procedimientos no se suspendan ni se interrumpan, aun cuando exista desistimiento, para lo cual proveerá lo necesario para que concluyan con la respectiva resolución. Asimismo, dictará todas las medidas necesarias para encauzar legalmente el procedimiento. De oficio o a petición de parte podrá regularizar el procedimiento*”.

previa acreditación de sus oferentes, por lo que AMX y Telcel parten de una premisa equivocada al asumir o suponer que existen desahogos realizados por personas sin facultades para ello.

De igual forma, es inoperante por consistir en una manifestación genérica la aseveración de AMX y Telcel por la cual pretenden objetar el contenido de los documentos obtenidos a través de medios electrónicos. Lo anterior, toda vez que las Emplazadas no precisan razón o argumento para acreditar que la valoración y/o alcance probatorio de esta evidencia hubiera sido incorrectamente asignado por la Autoridad Investigadora. En ese sentido, no es jurídicamente posible objetar “*la veracidad, autenticidad y contenido*” de las pruebas del Expediente, sin presentar alguna sola razón o causa que sustente esa objeción; mucho menos, cuando ni si quiera se hace referencia específica a cuáles son los elementos específicos que se pretenden objetar.

Por otra parte, es inoperante e infundado el señalamiento de las Emplazadas en el sentido de que los informes y estadísticas “*proviene de parte interesada y carecen de medio comparativo*”.

Primero, tales afirmaciones son genéricas y por lo tanto resultan inoperantes ya que AMX y Telcel no especifican de manera concreta cuáles son los supuestos informes o datos estadísticos en los cuales se sustenta el OPR, y respecto de los que se pretenda someter a juicio su autenticidad o precisión. En ese sentido, no es dable suponer que simplemente por el hecho de que las Emplazadas objetan la totalidad de informes contenidos en un Expediente, este Instituto deba -o pueda- tener por ciertos y acreditados los señalamientos de AMX y Telcel, sin que dichos agentes hagan referencia a datos específicos ni razones reales para objetar la autenticidad de los mismos.

En segundo lugar, no debe pasar desapercibido que, si las Emplazadas deseaban realizar alguna comparación o refutación sobre los informes y datos estadísticos contenidos en el Expediente, AMX y Telcel tuvieron oportunidad y plazo legales para hacerlo. Esto, porque en términos de la LFCE y el RFLCE, las Emplazadas deben acompañar a su escrito de manifestaciones, todos aquellos elementos de convicción que estimen necesarios y sustenten sus consideraciones.

Al respecto, el artículo 33, fracción II, de la LFCE señala de manera terminante lo siguiente:

“II. La Comisión emplazará con el oficio a que se refiere la fracción anterior al probable responsable, el que contará con un plazo de treinta días para manifestar lo que a su derecho convenga, adjuntar los medios de prueba documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten algún desahogo.

El emplazado deberá referirse a cada uno de los hechos expresados en el oficio de probable responsabilidad. Los hechos respecto de los cuales no haga manifestación alguna se tendrán por ciertos, salvo prueba en contrario. Lo mismo ocurrirá si no presenta su contestación dentro del plazo señalado en el párrafo anterior; (...) (énfasis añadido).

En ese mismo sentido, el artículo 47, del RLFCE establece que:

“Cuando los elementos de convicción que funden la probable responsabilidad se basen en pruebas testimoniales, periciales o de inspección aportadas por el denunciante, el probable responsable podrá presentar al momento de la contestación del oficio de probable responsabilidad, Interrogatorio de repreguntas para los peritos o testigos o sobre los puntos que estime pertinentes respecto de la Inspección. La Comisión fijará lugar, día y hora para que se lleven a cabo las diligencias necesarias”. (Énfasis añadido).

Así las cosas, si a juicio de AMX y Telcel algún dato estadístico debía tener otro parámetro de comparación, las Emplazadas debieron ofrecerlo teniendo oportunidad para ello, y opera en su perjuicio esta omisión. Por lo cual, sus manifestaciones resultan **infundadas**.

5.1.13. La prueba pericial técnica durante la investigación¹⁵¹

BLM presentó un dictamen pericial, tras la solicitud de la Autoridad Investigadora, para acreditar que los correos electrónicos exhibidos serían los únicos que tenían en su poder y que los mismos se habían mantenido íntegros e inalterados. Los correos electrónicos a los que hace referencia son utilizados por la Autoridad Investigadora como prueba en perjuicio de AMX y Telcel. Es decir, se señala que los correos electrónicos que enviaron personas de Telcel a Grupo Bimbo y BLM se pretende que sirvan para imputar la presunta responsabilidad.

Telcel y AMX expresan y reiteran su objeción respecto del alcance y valor probatorio que se le pretende dar al intercambio de comunicaciones de mérito. La inviolabilidad de las comunicaciones y el respeto de los derechos de quienes en ella intervienen, es un paradigma constitucional que se ha pasado por alto en esta investigación.

Adicionalmente, estos constituyen un vicio en el procedimiento irreparable en perjuicio de AMX y Telcel. Es decir, haber traído a la investigación y traer al procedimiento comunicaciones electrónicas sin contemplar el contexto de negociación en el que fueron emitidas, es ilegal, parcial, poco exhaustivo y perjudicial. Igualmente, es ilegal que la Autoridad Investigadora haya otorgado valor probatorio a comunicaciones electrónicas emitidas por personas de las que desconoce si actuaron en calidad de apoderados o representantes legales.

En realidad, otorgar el valor probatorio que se pretende a dichas comunicaciones es ilegal y, por ello, constituye una violación al procedimiento que, claramente, ha trascendido en el dictado del OPR en perjuicio de AMX y Telcel. Pues básicamente se ha basado la acción en las comunicaciones electrónicas obtenidas en términos discriminatorios e inequitativos.

En segundo término, la prueba pericial que según señala la Autoridad Investigadora BLM realizó, es ilegal y vició este procedimiento, en virtud de que la misma no se ofreció por alguien que forme parte del procedimiento. En este

¹⁵¹ Folios 40749 a 40753 de Telcel y 41032 a 41036 de AMX.

sentido, ya que el litisconsorcio pasivo de este procedimiento ha quedado indebidamente integrado, y BLM y Grupo Bimbo no forman parte del mismo, las pruebas otorgadas por esos agentes económicos no pueden utilizarse en el procedimiento. De ahí que el alcance y valor probatorio otorgado a esas comunicaciones electrónicas obtenidas a través de la ilegal prueba pericial debe ser reconsiderado y desestimado.

Adicionalmente, la prueba pericial solicitada por la Autoridad Investigadora y ofrecida por BLM es ilegal, en virtud de que transgrede en perjuicio de AMX y Telcel su derecho a la igualdad, a la no discriminación y a la equidad procesal, lo que se demuestra con que fue hasta este momento que AMX y Telcel tuvieron conocimiento de la existencia de la prueba misma y de que no se les brindó la oportunidad de designar perito de su parte en la investigación.

La prueba pericial es naturalmente una prueba colegiada. Esta naturaleza va de la mano del principio de contradicción de la prueba, conforme al cual se permite a la parte contraria del oferente enterarse del contenido de la prueba, refutarla o ampliarla en cuanto a los hechos objetos del dictamen y designar un perito propio. Esto, con mayor razón si lo que se pretende es demostrar la presunta comisión de una conducta antimonopólica (sic), pues es el agente económico a quien se le imputa la presunta conducta a quien debe brindarse la oportunidad de actuar en igualdad de circunstancias en el procedimiento y en la investigación.¹⁵²

La omisión de otorgar a AMX y Telcel la oportunidad de designar un perito para que éste rindiera un dictamen que fuera valorado por la autoridad y ampliar el cuestionario respectivo, es ilegal, discriminatorio, inequitativo y perjudicial. Luego, utilizar los documentos electrónicos extraídos a través de la prueba pericial ofrecida por BLM constituye la utilización del fruto de un acto viciado de origen.

Al respecto, las manifestaciones de AMX y Telcel se consideran infundadas por una parte e inoperantes por otra, en atención a los argumentos que a continuación se precisan.

Es inoperante la oposición de AMX y Telcel al alcance y valor probatorio que la Autoridad Investigadora otorgó a la prueba pericial técnica. Esto, porque en

¹⁵² Tesis: 425, Apéndice de 2011, Novena Época 1013024, Primera Sala, Tomo V, Civil, Primera Parte, SCJN, Primera Sala, Pág. 434, Jurisprudencia (Civil). "**PRUEBA PERICIAL. MOMENTO EN QUE LA CONTRA PARTE DEL OFERENTE DEBE DESIGNAR A SU PERITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)**. Ante la falta de regla expresa en los artículos 347 y 348 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (...), respecto al momento en que la contraparte del oferente de la prueba pericial debe designar a su perito, es necesario atender a la finalidad perseguida por el legislador (...) al momento de desahogar la vista dada a la contraria del oferente para que se manifieste sobre la pertinencia de la prueba, aquélla debe designar también al perito de su parte. Lo anterior es así, en virtud de que de esta manera se respeta: **1)** la finalidad de la reforma de los artículos mencionados, consistente en buscar la celeridad, evitar trabas innecesarias en el procedimiento y hacer que las partes se ocupen del impulso procesal, **2)** el principio de contradicción de la prueba, conforme al cual se permite a la contraria del oferente enterarse del contenido de la prueba, refutarla o ampliarla en cuanto a los hechos objeto del dictamen y designar un perito propio, y **3)** la naturaleza colegiada de la pericial, pues sólo así el Juez contará con los elementos necesarios para pronunciarse sobre su admisión. (...)"

ningún apartado de sus escritos de respuesta al OPR, las Emplazadas señalan cuál es el supuesto alcance y valor probatorio que se le confirió dentro del OPR a este medio probatorio; mucho menos, hacen referencia a cuál debería ser, a su consideración, el alcance y valor probatorio que debe corresponder a la evidencia recabada por la Autoridad Investigadora.

En ese sentido, no es dable para las Emplazadas objetar simple y sencillamente el alcance de una prueba, sin precisar cuál es el supuesto valor que se le otorgó por la autoridad, ni tampoco aquél que a su juicio le corresponde. Lo anterior, porque hacer objeciones de esta naturaleza, constituye manifestaciones genéricas que no controvierten las imputaciones del OPR mediante argumentos lógico-jurídicos; por lo tanto, resultan inoperantes.

Por otra parte, es infundado el señalamiento de las Emplazadas respecto a que al obtener los correos se transgredió el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Antes de responder a estas manifestaciones, el Pleno de este Instituto considera pertinente precisar que, bajo estas manifestaciones, las Emplazadas ya no se refieren a la prueba pericial técnica, sino al hecho de que el Instituto haya tenido acceso a los correos; lo cual, constituye dos elementos probatorios distintos que se administran entre sí, pero las Emplazadas los confunden como si se tratase del mismo.

Dicho lo anterior, las Emplazadas omiten que en el presente caso no se analizan comunicaciones privadas de ningún agente económico, ni tampoco se realizó una interceptación sin conocimiento de las partes. Por el contrario, estas comunicaciones, una vez almacenadas por una de las partes que intervinieron en las mismas, fueron requeridas por autoridad competente, a través de mandamiento escrito.¹⁵³

Por lo tanto, la obtención de los correos de referencia y la pericial mediante la que se acredita su autenticidad, no ha viciado el procedimiento ni afectan su continuidad.

De igual forma, es infundado el señalamiento en el sentido de que haber obtenido las comunicaciones “*sin contemplar el contexto de negociación*” es ilegal parcial poco exhaustivo y perjudicial. Esto, porque mediante los cinco periodos de investigación, así como mediante los escritos de contestación al OPR de las Emplazadas, este Instituto ha recabado evidencia suficiente para conocer a cabalidad la práctica imputada, así como el contexto del Mercado Relevante en el cual se presenta.

¹⁵³ De acuerdo con criterios judiciales, se actualiza la violación de comunicaciones privadas cuando un tercero ajeno a la comunicación las interviene o intercepta, sin el consentimiento de las partes, o cuando son obtenidas de forma ilegal por una autoridad sin respetar las disposiciones jurídicas aplicables a cada caso. No hay violación al derecho señalado, cuando las comunicaciones son requeridas por mandamiento escrito de autoridad competente a una de las partes que intervinieron en la locución, tal como aconteció en el presente caso.

Es aplicable por analogía la Tesis: 1a. XCV/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro 168709, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Unión, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, Pág. 414, Tesis Aislada (Constitucional, Penal). “**COMUNICACIONES PRIVADAS. NO SE VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A SU INVOLABILIDAD CUANDO LOS PROPIOS INTERLOCUTORES REVELAN EL CONTENIDO DE UNA COMUNICACIÓN EN LA QUE PARTICIPARON Y DE LA CUAL PUEDE DERIVAR EL DESPLIEGUE DE UNA CONDUCTA DELICTIVA (INTERPRETACIÓN DE LOS PÁRRAFOS NOVENO Y DÉCIMO DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS VIGENTE HASTA EL 18 DE JUNIO DE 2008)**”.

Nuevamente, las Emplazadas son omisas en señalar cuáles son esos supuestos elementos del “contexto” que han sido omitidos por la autoridad, siendo que mediante sus escritos de contestación al OPR, tuvieron plena oportunidad para manifestarlos. Es decir, que de las constancias que obran en el Expediente se advierte que la Autoridad Investigadora tuvo información suficiente para emitir y sustentar el OPR, así como el Pleno por lo que hace a esta Resolución, aunado a que AMX y Telcel no son concretas en señalar aquellos elementos que, supuestamente, fueron obviados u omitidos.

Asimismo, es inoperante por partir de una premisa equivocada el señalamiento de que Autoridad Investigadora admitió las pruebas sin conocer si las personas que intervinieron en las mismas actuaron como apoderados o representantes legales. Lo anterior, porque de las constancias que obran en el Expediente se desprende con claridad que las personas que entregaron las pruebas señaladas mediante escritos ante el Instituto, tenían el carácter de apoderados o representantes legales, debidamente acreditados cada caso. Y no sólo eso, sino que también se conoce con precisión la calidad o carácter con el cual intervinieron en las comunicaciones obtenidas, y que constan a través de los correos electrónicos señalados.

En específico, del Expediente se advierte que los correos electrónicos y el dictamen pericial controvertidos por AMX y Telcel, fueron entregados a este Instituto como apéndices 49.1 y 49.2 del escrito de diecisiete de abril de dos mil diecisiete, firmado por “**Confidencial**” en su calidad de representante legal de BLM. Y no sólo eso, sino que también se advierte que la personalidad de “**Confidencial**” como representante legal de BLM, se encontraba debidamente acreditada y reconocida ante este Instituto dentro del propio Expediente.¹⁵⁴

Dicho lo anterior, es importante precisar que “**Confidencial**” no sólo tenía el carácter de representante legal de BLM en este caso; sino que, además, de las constancias que integran el Expediente, se advierte que fungió como “**Confidencial**” de BLM en las negociaciones sostenidas con las Emplazadas.¹⁵⁵ Cabe señalar que, posteriormente, las negociaciones fueron confirmadas y ratificadas mediante la celebración de los contratos respectivos, a través de los representantes legales de cada uno de los agentes económicos involucrados.

Por otra parte, es infundado el señalamiento de que las pruebas son ilegales por no haber sido “ofrecidas” por alguien que forme parte del procedimiento. Esto, porque las pruebas a las que se refieren las Emplazadas no fueron “ofrecidas” por ningún agente económico, sino que fueron desahogadas por BLM previo requerimiento realizado por la Autoridad Investigadora como parte de la indagatoria conducida dentro del Expediente. Lo cual, no es ilegal pues la AI cuenta con las facultades y atribuciones necesarias para llevar a cabo estas actividades en términos de lo

¹⁵⁴ Personalidad acreditada mediante el cuarto testimonio, de la escritura pública sesenta y un mil doscientos cuarenta y seis de fecha trece de noviembre de dos mil trece, pasada ante la fe del Licenciado Erik Namur Campesino, Notario Público número noventa y cuatro del Distrito Federal ahora Ciudad de México. Folios 3376 a 3417.

¹⁵⁵ Folio 26227.

establecido por los artículos 24, fracciones I y II, 30, 31, párrafo primero, de la LFCE y 62, primer párrafo, 63, fracciones II y VI y 64, fracciones I y IX del Estatuto Orgánico 2016.

Al respecto, el artículo 31, de la LFCE, señala terminantemente lo siguiente:

“ Artículo 31. La Comisión podrá requerir los informes y documentos que estime relevantes y pertinentes para realizar sus investigaciones, citar a declarar a quienes tengan relación con los hechos de que se trate, así como ordenar y practicar visitas de verificación en el domicilio del investigado, en donde se presuma que existen elementos necesarios para la debida integración de la investigación” (énfasis añadido).

En esa tesitura, es claro que la Autoridad Investigadora cuenta con las más amplias facultades para recabar los medios de convicción que estime pertinentes y se encuentren directamente relacionados con la investigación. Para lo cual, no es impedimento que los agentes requeridos no formen parte del procedimiento; ya que, en estricto sentido, los únicos agentes que tienen el carácter de parte son las Emplazadas, mientras que el Denunciante tiene el carácter de coadyuvante respecto de la Autoridad Investigadora. En ese sentido, la AI puede requerir a cualquier agente que esté relacionado con los hechos materia de la investigación, o bien con el mercado en el cual se investigan las conductas denunciadas.

Finalmente, es **infundada** e **inoperante** la manifestación de que las Emplazadas no tuvieron “oportunidad de designar perito de su parte en la investigación (siendo que) *la prueba pericial es naturalmente una prueba colegiada*”. Este señalamiento es **infundado** porque las Emplazadas realizan una interpretación equivocada respecto al ofrecimiento y desahogo de pruebas en materia de competencia económica, tal como se describe en el siguiente párrafo.

Al respecto, en términos de la LFCE y el RLFCE, a diferencia de otras materias tales como el derecho civil y mercantil, en competencia económica el desahogo de las pruebas periciales no está sujeto a una valoración colegiada. Por el contrario, las pruebas periciales ofrecidas durante el procedimiento seguido en forma de juicio se desahogan mediante la designación de un perito único por los agentes económicos emplazados; y este mismo perito queda obligado a dar contestación a las repreguntas formuladas por el denunciante, y por la autoridad cuando así lo estime necesario.

Dicho lo anterior, las Emplazadas también parten de una **premisa equivocada** y por lo tanto sus manifestaciones son **inoperantes**, pues en este caso la prueba pericial a la que hacen referencia no fue “ofrecida” en el procedimiento seguido en forma de juicio; sino que se desahogó por BLM, previo requerimiento de la AI durante la investigación. Este hecho, implica que al momento de haber emplazado a AMX y Telcel, la prueba pericial ya se encontraba dentro del Expediente disponible para consulta de las Emplazadas. Por lo cual, AMX y Telcel, tuvieron oportunidad de controvertir la prueba, ya sea presentando un interrogatorio de repreguntas para el perito que la desahogó, o incluso ofreciendo una prueba

pericial a su cargo respecto de aquellos elementos, o cuestiones del Expediente que estimaran oscuros o irregulares.

En otras palabras, AMX y Telcel parten de una premisa falsa porque en términos de lo establecido por los artículos 33, fracciones II y III, de la LFCE, 45, 46, 47 y 49 del RLFCE, las Emplazadas pudieron adicionar preguntas al interrogatorio o diligencia del perito, o bien ofrecer una prueba pericial para controvertir las constancias del Expediente.

Para una mejor referencia, los artículos 45 y 47 del RLFCE, establecen que:

“ Artículo 45. El probable responsable podrá presentar su contestación y ofrecer los medios de prueba que considere pertinente, en una o más ocasiones, pero en todo caso deberá hacerlo dentro del plazo a que se refiere la fracción II del artículo 33 de la Ley, sin posibilidad de que se prorrogue el mismo. (énfasis añadido)

(...)

Artículo 47. Cuando los elementos de convicción que funden la probable responsabilidad se basen en pruebas testimoniales, periciales o de inspección aportadas por el denunciante, el probable responsable podrá presentar al momento de la contestación del oficio de probable responsabilidad, interrogatorio de repreguntas para los peritos o testigos o sobre los puntos que estime pertinentes respecto de la inspección. La Comisión fijará lugar, día y hora para que se lleven a cabo las diligencias necesarias” . (Énfasis añadido)

En ese sentido, el hecho de que AMX y Telcel no hayan realizado repreguntas al perito u ofrecido la totalidad de medios probatorios que estimaran necesarios, ya sea por omisión, olvido o ignorancia, opera en su perjuicio y no implica en forma alguna la violación por parte del Instituto a los preceptos normativos aplicables.¹⁵⁶

5.1.14. Illegalidad de las multas impuestas en el Expediente¹⁵⁷

Las resoluciones de veintitrés y veinticinco de mayo de dos mil diecisiete, así como ocho y nueve de junio del mismo año, dictadas por el Director General de Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas del Instituto son ilegales.

Las resoluciones son ilegales, ya que son violatorias de lo dispuesto en los artículos

¹⁵⁶ Tesis: I.3o.C.1 K Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro 2000426, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro VI, Marzo de 2012, Pág. 1323, Tesis Aislada (Administrativa), cuyo rubro y texto establecen: “ **PRINCIPIO LATINO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS, NO ES OFENSA DEL JUZGADOR HACIA UNA DE LAS PARTES, SINO QUE PONE DE MANIFIESTO LA OMISIÓN EN QUE INCURRIÓ Y QUE LE PERJUDICA.** (...) En ese contexto, en la actualidad en nuestro derecho civil, se utilizan máximas escritas en latín, en el caso, la frase: *Nemo Auditur propriam turpitudinem allegans*, la cual puede entenderse, como “nadie puede ser oído a invocar su propia torpeza”, “nadie puede alegar su propia torpeza” o “nadie podrá ser escuchado, el que invoca su propia culpa”. **En la sentencia se aplica cuando alguna de las partes omite en su demanda o contestación narrar hechos precisos para que proceda su acción o excepción toda vez que los hechos no pueden estar sujetos a pruebas si no forman parte de la litis, por lo que al no hacerlo, debe soportar la consecuencia jurídica.** En ese contexto, la frase *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, no resulta ser punzante ni hiriente, cuando sólo se invoca para poner de manifiesto la conclusión del juzgador en el sentido de que una de las partes omitió hacer algo que le incumbía para su beneficio.”

¹⁵⁷ Folios 41036 a 41045 de AMX.

1, 14, 16, 28 Y 133 de la CPEUM, así como 34, bis 2, de la LFCE, y 34 y 35 del RLFCE, pues son resultado de una serie de actos concatenados en la que no se cumplieron debidamente las formalidades esenciales de todo procedimiento, ni se observó su derecho al debido proceso legal. Además, las resoluciones de las debidas congruencia y exhaustividad (sic), han sido indebida e insuficientemente fundadas y motivadas, así como contravienen los derechos y principios de legalidad y seguridad jurídica en perjuicio de AMX.

AMX atendió todos y cada uno de los requerimientos de información que recibió en la investigación. Al hacerlo, cuando correspondió o se vio en la necesidad de ello, AMX manifestó cuando le asistía una imposibilidad para proporcionar la totalidad información solicitada o en la forma en que se le pedía, en virtud de que: i) resultaba y resulta imposible conservar la información, en atención al dinamismo de las relaciones comerciales tratándose de un periodo tan extenso; ii) la información ya había sido entregada, aunque no con el nivel de desagregación o detalle solicitado imposible de obtener; iii) no existe obligación de que exista un archivo histórico de la información solicitada, por lo que en ocasiones resultaba inexistente; iv) AMX no cuenta con la información con el grado de detalle o desagregación requerido y sería imposible obtenerlo; v) en algunos casos simplemente no existe la obligación de contar con la información.

En ese sentido, y no obstante que AMX atendió y desahogó en tiempo y forma todos los requerimientos formulados, se emiten las resoluciones en las que se soslayan esas manifestaciones, aclaraciones y explicaciones. La autoridad no analizó, valoró o resolvió las manifestaciones de AMX, ni refutó en su caso tales manifestaciones de manera fundada y motivada, sino que únicamente se limitó a señalar que AMX no habría proporcionado la totalidad de la información.

El DGPMCI de este Instituto pretendió pasar por alto que no es lo mismo que una autoridad cuente con la facultad de dar órdenes para esclarecer los hechos de una investigación, que la eventual obligación de un agente económico para presentar la información que conozca y tenga. En efecto, la autoridad de competencia puede realizar y ordenar actos para esclarecer los hechos que investiga, pero eso no quiere decir que los gobernados necesariamente deban tener, conocer o inventar lo que se les requiere. Simple y sencillamente, no es razonable.

Lo que el artículo 34, bis 2, de la LFCE, establece es que la persona que tenga conocimiento o relación con algún hecho que esté siendo investigado proporcione la información o documentos que obren en su poder, pero no establece una obligación de inventar o crear esa información. En ese sentido, el DGPMCI no analizó ni consideró ni resolvió en forma alguna sobre la materia de las reiteradas manifestaciones de AMX, ni tomó en cuenta el cúmulo de información que sí fue y que pudo ser presentada a lo largo de la investigación, así como la disponibilidad que AMX demostró y los esfuerzos por colaborar.

La falta de valoración y resolución de las manifestaciones de imposibilidad o improcedencia hechas valer por AMX constituye una violación a la exigencia de congruencia y exhaustividad de toda resolución de autoridad, así como de

debida fundamentación y motivación, todos ellos, vertientes de los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica. Con mayor razón, si se trata de resoluciones que determinan la imposición de una sanción al gobernado quien realizó esfuerzos hasta el máximo para atender a lo solicitado.

Las soluciones (sic) son ilegales también porque se pretende sancionar dos veces por la misma imputación consistente en no cumplir con algo que le resultaba imposible jurídica y materialmente.

Al recibir todos y cada uno de los requerimientos de la el Director (sic), AMX dio cumplimiento en tiempo y forma a sus obligaciones ya que presentó y dio respuesta en tiempo y forma a todos los oficios de tal autoridad. Luego entonces, resulta antijurídico e ilegal que se pretenda hacerle efectivo un apercibimiento dos veces, en dos actos distintos, y bajo las pretendidas mismas causas, cuando en realidad AMX sí dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 34, bis 2, de la LFCE, y a los correlativos del RLFCE; ya que presentó y proporcionó toda la información y documentos que obraban a su alcance y también manifestó a la autoridad responsable aquellos casos en que no pudo hacerlo.

Luego, la conducta de AMX no vulnera el 34 bis 2, de la LFCE, mencionado ni, por tanto, incumplió con requerimiento alguno de la autoridad, ni menos aún puede ser sancionada con una medida de apremio como se pretende.

Como AMX lo hizo valer en los escritos diecinueve y veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, no conserva, ni tiene obligación de conservar archivos históricos como los que se le requirieron, ni podría estar obligada a ello. De hecho, destaco que el Director responsable soslaya que AMX no podría ni siquiera, generar la información con que no cuenta o que no fue archivada en su momento.

No se puede exigir a un gobernado que pruebe un hecho negativo como es no conocer los hechos, no tener en su poder la obligación o documentos, etc., y no es constitucionalmente válido sancionarlo sin que exista prueba alguna de que los tuvo o debía tener. Por lo demás, las resoluciones son también antijurídicas pues, sin fundamentación y motivación algunas, presumen que AMX, *"no brinda razonamientos de por qué resultaría imposible conservar o presentar determinada información"*.

Vale la pena mencionar, que en derecho comparado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha fijado límites claros a los requerimientos de información que emiten las autoridades de competencia, como resultado un constante y reiterado abuso por parte de dichas autoridades.¹⁵⁸ Así, en las sentencias

¹⁵⁸ Los antecedentes de las sentencias que fijaron dichos límites, se remontan a los años 2008 y 2009, en los que la Comisión Europea efectuó varias inspecciones domiciliarias en varias empresas del sector cementera. Seguidamente, realizó numerosas solicitudes de información, algunas de contenido económico, cuya contestación exigió la dedicación de recursos muy significativos de las empresas. Dos años más tarde, y una vez incoado el procedimiento, la Comisión Europea realizó un nuevo requerimiento de contenido económico de casi un centenar de páginas, en el que se exigía a las empresas rehacer la información que ya habían proporcionado, cambiando el formato y aportando nuevos datos. Las empresas se vieron obligadas a reproducir su vida comercial

emitidas por el referido Tribunal el diez de marzo de dos mil dieciséis, dentro del asunto 39.520-Cementos y productos relacionados, se determinó que la obligación que se impone a una empresa de facilitar información no debe representar para ésta una carga desproporcionada en relación con las necesidades de la investigación.

Las multas establecidas en las resoluciones en perjuicio de AMX resultan excesivas, inusitadas, no son proporcionales a los efectos de las conductas imputadas, no son razonables ni proporcionales considerando la conducta y actividad procesal de AMX a lo largo de la investigación, no son adecuadas ni proporcionales respecto del bien jurídico protegido en el caso, además de que han sido indebidamente apreciados los extremos del artículo 36, de la LFCE.

Al momento de determinar la multa como sanción, el DGPMCI tenía la obligación de analizar tanto los elementos que contempla el artículo 36, de la LFCE, así como el actuar y los argumentos hechos valer por AMX. Las resoluciones adolecen de la fundamentación y motivación suficiente y exacta por cuanto a los criterios que pretendidamente la responsable valoró para la individualización de las multas impuestas, a saber: i) intencionalidad; ii) duración; iii) afectación al ejercicio de las atribuciones del instituto; vi) capacidad económica y, v) la reincidencia.

Dicho lo anterior, las resoluciones constituyen violaciones procesales acontecidas en perjuicio de AMX, que trascendieron al resultado del OPR dictado por la Autoridad Investigadora y que dejan en completo estado de indefensión a AMX.

Las manifestaciones de AMX resultan tanto inoperantes en los términos que a continuación se precisan.

En primer lugar, es importante precisar que la presente resolución no tiene por objeto determinar la legalidad y/o constitucionalidad de las multas impuestas a AMX, o cualquier otro agente económico, como medidas de apremio ante el incumplimiento de acuerdos emitidos por el DGPMCI. Actos, que a decir de AMX fueron emitidos durante la etapa indagatoria del Expediente los días veintitrés y veinticinco de mayo de dos mil diecisiete, así como ocho y nueve de junio de dos mil diecisiete.

Al respecto, esta resolución tiene por objeto determinar la posible violación a las normas que regulan el proceso de competencia y libre concurrencia, en el ámbito competencial del Instituto dentro de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. Por lo cual, las únicas multas que pueden ser objeto de la presente resolución y respecto de las cuales el Pleno de este Instituto debe pronunciarse son

durante más de diez años en doce Estados de la UE sin saber exactamente qué supuestas sospechas de infracción se estaban investigando ni por qué una información tan detallada era precisa para la investigación. Se trataba más bien de un experimento económico, de prueba y error, para tratar de identificar una supuesta infracción de competencia a partir del análisis de millones de datos económicos de las empresas.

aquellas establecidas en el artículo 35, de la LFCE; el cual, establece lo siguiente respecto a las prácticas monopólicas relativas:

“Artículo 35. La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones: (...)

V. Multa hasta por el equivalente al ocho por ciento de los ingresos del agente económico, por haber incurrido en una práctica monopólica relativa.” (énfasis añadido).

En la especie, las multas impuestas a AMX por el DGPMCI no se refieren a este precepto normativo, ni están relacionadas en forma alguna, con la comisión de conductas contrarias a la LFCE. Por el contrario, se trata de un medio de apremio impuesto AMX, como resultado de que dicho agente económico incumplió diversos acuerdos del DGPMCI, previo apercibimiento legal. En este sentido, el fundamento para tales actuaciones no corresponde al artículo 35, de la LFCE, sino al artículo 34, fracción II, del mismo cuerpo normativo, que establece puntualmente que:¹⁵⁹

“Artículo 34.- Para el eficaz desempeño de sus atribuciones, la Comisión podrá emplear los siguientes medios de apremio: (...)

II.- Multa hasta por el importe del equivalente a 1,500 veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal, cantidad que podrá aplicarse por cada día que transcurra sin cumplimentarse lo ordenado por la Comisión”. (Énfasis añadido).

Es decir, que resulta improcedente la vía pretendida por AMX para impugnar las multas impuestas a este agente económico durante la etapa indagatoria; por lo cual, sus manifestaciones son infundadas.

En segundo lugar, no sólo es improcedente la vía de AMX para impugnar las multas señaladas; sino que, además, se advierte que también acude a una autoridad incompetente para pronunciarse al respecto. Esto, porque de conformidad con el artículo 28, de la CPEUM, en relación con los artículos 7 de la LFTR, 1 y 2, de la LFCE, este Instituto es competente para vigilar y proteger el proceso de competencia y libre concurrencia en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. Para lo cual, debe perseguir con eficacia y castigar severamente las violaciones a la LFCE; sin embargo, ello no le otorga facultades para calificar la legalidad y/o

¹⁵⁹ Resulta relevante el criterio emitido por el PJJ, en cuya parte conducente establece: ***“COMPETENCIA ECONÓMICA. REQUISITOS PARA QUE SE REPUTE LEGAL LA MULTA MÁXIMA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 34, FRACCIÓN II, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, IMPUESTA COMO MEDIDA DE APREMIO POR UNA CONDUCTA CONSIDERADA GRAVE DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN PARA DETERMINAR LA PROBABLE EXISTENCIA DE PODER SUSTANCIAL EN LOS MERCADOS.*** La Comisión Federal de Competencia puede emplear, para el eficaz desempeño de sus atribuciones, las medidas de apremio contenidas en el artículo 34 de la Ley Federal de Competencia Económica, consistentes en apercibimiento o multa hasta por el equivalente a 1,500 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal. Así, es pertinente distinguir entre las multas impuestas por violación a alguna de las disposiciones del citado ordenamiento, y aquellas que derivan del desacato a un mandato de la mencionada comisión (medida de apremio), pues éstas tienen por objeto evidenciar la resistencia del agente económico requerido y vencer su rebeldía, ya sea por la omisión reiterada de atender los requerimientos que se le formulen o por la presentación de promociones frívolas u ofensivas y el empleo de frases y expresiones desafiantes en procedimientos en los cuales tiene la obligación de coadyuvar en los términos solicitados por la autoridad (...)” (Énfasis añadido). Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, abril de 2011; Pág. 1231. I.4o.A.742 A. Registro No. 162415.

constitucionalidad de los actos intraprocesales a los que hace referencia AMX. Lo anterior, porque de conformidad con la fracción VII, del artículo 28, de la CPEUM:

“(…) Las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión”. (Énfasis añadido).

Para lo cual, mediante el propio Decreto Constitucional, se determinó la creación de Juzgados de Distrito y Tribunales Especializados, encargados de resolver las impugnaciones que se presenten por normas, actos y/u omisiones de este Instituto. Sobre esta cuestión, la misma fracción VII, del artículo 28 constitucional determina que:

" Los juicios de amparo serán sustanciados por jueces y tribunales especializados en los términos del artículo 94 de esta Constitución. En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales;".

Por lo anterior, el Pleno de este Instituto encuentra un impedimento legal para pronunciarse respecto de las resoluciones de fecha veintitrés y veinticinco de mayo, así como ocho y nueve de junio todas de dos mil diecisiete, a efecto de salvaguardar los derechos de AMX; ya que es otra autoridad la facultada para analizar y determinar el grado de afectación o agravio que se le pudo causar al agente económico la imposición de estas multas por la supuesta ilegalidad e inconstitucionalidad que aduce.

En síntesis, tanto la vía como la autoridad a la que recurre AMX para controvertir la legalidad y/o inconstitucionalidad de las multas impuestas mediante los acuerdos del DGPMCI resultan improcedentes e incompetentes, respectivamente. Por lo tanto, y toda vez que las manifestaciones de AMX no están encaminadas a controvertir las imputaciones del OPR ni la evidencia contenida en el Expediente, estos señalamientos devienen inoperantes.

5.2. Argumentos en contra del OPR.

5.2.1. De la falta de jurisdicción y competencia del IFT¹⁶⁰

Las afirmaciones y conclusiones expuestas por la AI en la primera consideración de derecho del OPR son improcedentes e insuficientes para demostrar la competencia de las autoridades que han intervenido en el Expediente, lo que conlleva a que el procedimiento sea improcedente.

Si bien es cierto que, a partir de la entrada en vigor del Decreto Constitucional, el Instituto goza de su naturaleza jurídica y cuenta con las atribuciones respectivas, también lo es que se trata de un órgano sujeto al principio de legalidad, específicamente por cuanto a la actuación de cada funcionario público que intervenga en un determinado acto o procedimiento. Así, el que el

¹⁶⁰ Folios 40654 a 40655 y 40754 a 40760 de Telcel, 40937 a 40938 y 41046 a 41052 de AMX.

Instituto cuente con ciertas atribuciones no significa que, como se pretende en el OPR, que las normas que se invocan sean aplicables al caso, ni que sustenten o puedan sustentar la competencia que las autoridades que han actuado en el Expediente han alegado tener.

La AI sostiene que puede emitir el OPR porque los mercados investigados "*son mercados relacionados con el sector comunicaciones*". Lo cierto es que, la actividad económica investigada no se lleva a cabo únicamente por concesionarios de telecomunicaciones, y el mercado en cuestión no involucra únicamente servicios relacionados con el sector de telecomunicaciones. Es más, dos de las tres personas denunciadas, y los elementos fundamentales del análisis e imputación del OPR, en realidad actualizan la competencia material de otra autoridad. Es decir, la conducta imputada consiste en la celebración de supuestas exclusividades entre Telcel y AMX respecto de la red de distribución de BLM y Grupo Bimbo, excede la jurisdicción y competencia del Instituto.

Así, el OPR es indebido, ilegal e improcedente y debe ser desestimado, pues la AI se ha abocado a conocer de un tema y emitir una acusación sobre conductas y materias que exceden su jurisdicción y competencia y, para ello, pretende dejar de vincular a Grupo Bimbo y BLM, no obstante que fueron denunciadas y son partícipes ineludibles.

En primer lugar, AMX no fue señalada como denunciada por Telefónica, por lo que la autoridad no podía haberla señalado posteriormente como parte del colectivo pasivo y, mucho menos, hacerlo sin llamarla ni emplazarla al procedimiento, vaya sin siquiera requerirle información. Si la Denunciante no consideró ni incluyó a Telcel (sic) es porque no tiene afectación alguna proveniente de ella y, en consecuencia, que AMX y Telcel (sic) carecen de legitimación pasiva en la especie.

Por otro lado, es claro que la Autoridad Investigadora, la UCE y el propio Instituto son incompetentes para conocer del presente asunto, al menos en su integridad y sobre partes y elementos fundamentales para ello, pues tanto la actividad económica investigada, la red involucrada y parte de los agentes denunciados, exceden su jurisdicción y competencia.

La Denuncia incluyó como denunciados a Grupo Bimbo y BLM, quienes exceden el alcance de la competencia personal de las atribuciones del IFT. En el OPR no se hace análisis o estudio al respecto que pueda considerarse fundado y motivado.

Ahora bien, el OPR pretende sustentar la jurisdicción y competencia bajo el argumento de que las actividades económicas investigadas involucran los mercados de distribución y comercialización de recargas electrónicas de tiempo aire para el uso del servicio móvil en territorio nacional, los cuales son servicios relacionados con el sector de telecomunicaciones. Sin embargo, al hacerlo soslaya que, si bien ese puede ser el objeto indirecto de los actos concretos de compra y venta de tiempo aire, en realidad la conducta analizada que se pretende imputar consiste en la celebración de supuestos

acuerdos de exclusividad sobre y respecto de la red de distribución y comercialización de Grupo Bimbo y BLM.

Así, Grupo Bimbo se dedica a la producción, distribución y comercialización de productos de panificación, que no se circunscribe a servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que el Instituto carece de jurisdicción. En el mismo sentido, BLM es una empresa de tecnología que se enfoca en impulsar la venta de productos y servicios electrónicos en México; la cual, si bien pudiera incidir en radiodifusión y telecomunicaciones, tampoco tiene una relación directa o indiscutible con el mismo, por lo que podría ser la CFCE quien tendría la especialización para conocer de las actividades llevadas a cabo por ésta.

Es claro que el análisis de una actividad económica que a decir del IFT pudiera constituir una práctica monopólica relativa exige el estudio de la misma de manera integral, lo que incluye a todos los agentes involucrados, así como el Mercado Relevante y la existencia de poder sustancial. Ello significa que, para poder realizar un examen eficiente de la cuestión, la autoridad requiere de conocimiento y análisis crítico de todo el sector involucrado.

En el Expediente, la actividad económica investigada no se lleva a cabo únicamente por concesionarios de telecomunicaciones o involucrados en el sector y el mercado en cuestión no involucra únicamente servicios relacionados con el sector de telecomunicaciones. Es evidente que la dimensión de la actividad comercial de Grupo Bimbo y de BLM, así como la diversidad de sus conductas y alcances, impactan de manera trascendente sobre cuál fue o pudo ser su conducta en la especie, cómo es que pudo comportarse con otros concesionarios de servicios de telecomunicaciones, cuál es su capacidad de negociar, etc. Tal y como se desprende de la Denuncia y del propio OPR, la conducta imputada consiste en la celebración de supuestas exclusividades entre Telcel y Telcel (sic) respecto de la red de distribución de BLM.

Aunque el Instituto sea el órgano a través del cual el Estado ejerce su rectoría en el sector de telecomunicaciones y radiodifusión y sea autoridad en materia de competencia económica de tales sectores, eso no implica que en todos los casos en que una conducta incida en cierto grado el sector a su cargo y, en otra, en diversos sectores, el Instituto pueda o deba conocer de ella con exclusión de la CFCE, puesto que ésta fue creada con el propósito de proteger el proceso de competencia y libre concurrencia de los mercados de bienes y servicios que no se limiten a las telecomunicaciones y la radiodifusión.

En ese sentido, el posible conocimiento de un asunto complejo por el Instituto dependerá de que en cada caso existan razones que así lo justifiquen, porque sea necesario para dar debido cumplimiento a los mandatos del artículo 28, de la CPEUM.

La Autoridad Investigadora afirma que tiene competencia y facultades para conocer de la probable práctica monopólica relativa, pues involucra los mercados de distribución y comercialización de recargas electrónicas de tiempo aire; sin embargo, es innegable que termina por estudiar e imputar una

conducta consistente en la exclusividad de la red de distribución de BLM y Grupo Bimbo que no se limita a la apreciación de la venta del tiempo aire.

Además, de ser competente por cuanto a toda la materia del procedimiento y de la Denuncia, la Autoridad Investigadora habría tenido que emplazar a BLM y a Grupo Bimbo, pues no se explica por qué el Instituto fue omiso en emplazar a tales agentes involucrados directamente en la realización de la conducta imputada. Tal situación, hace más evidente la falta de jurisdicción de la autoridad respecto de Grupo Bimbo y BLM. Esta falta de emplazamiento llama la atención si se considera que, según el OPR, sí participaron en la investigación y aportaron prácticamente todos los elementos de cargo que se utilizan.

El Instituto debió, cuando menos, analizar si es que habría de declararse incompetente para conocer del presente asunto, con la idea de no romper la continenencia de la causa y, en su caso, decidir si habría de remitir el expediente a la CFCE. Es decir, constituye una violación procesal que el IFT haya omitido hacer un análisis sobre su competencia y atribuciones.

Al no haberse declarado incompetente ni siquiera consultado sobre su competencia, el Instituto ha violado los derechos de legalidad, garantía de audiencia y debido proceso, de las Denunciadas, pero específicamente de AMX y Telcel, al verse involucrados e imputados personalmente en el Expediente de manera parcial e incompleta, privativa y discriminatoria.

Los argumentos de AMX y Telcel se consideran infundados e inoperantes por las razones que se exponen a continuación.

Con fecha 11 de junio de 2013, se publicó en el DOF el "*Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones*", mediante el cual se creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

De conformidad con el artículo 28, párrafo décimo quinto, de la CPEUM, el Instituto es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en la propia CPEUM y en los términos que establecen las leyes. Asimismo, tiene a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por los párrafos décimo cuarto y décimo sexto, del propio artículo 28, de la CPEUM, el Instituto es autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones. Por lo que, en estos, ejerce en forma exclusiva las facultades que prevé dicho artículo y las que las leyes establecen para la CFCE.

El artículo 28, de la CPEUM, establece en sus párrafos décimo cuarto y décimo sexto, lo siguiente:

“El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. (...)”

“El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica (...)” (énfasis añadido).

De lo anterior, se desprende que en México existen dos autoridades en materia de conductas anticompetitivas, y la competencia de cada una de ellas se determina en razón de la materia o el ámbito de la actividad económica que se trate. Así, si el objeto de la investigación, concentración o procedimiento, se refiere a los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, como es el caso concreto, el IFT es la autoridad competente y facultada para avocarse al conocimiento del asunto; mientras que, para aquellos casos que se encuentren fuera de dichos sectores, la CFCE será la autoridad competente.

Sirve de apoyo el siguiente criterio jurisprudencial:

“INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). CARACTERIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE SUS FACULTADES REGULATORIAS.

Del listado de facultades previstas en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que el IFT no tiene asignada una función jurídica preponderante, sino que conjunta las tres clásicas: la de producción de normas generales, la de aplicación y la de adjudicación, siendo la primera la que corresponde propiamente a su función regulatoria, respecto de la cual en la norma constitucional hay referencia textual a dos tipos: 1) internas; y, 2) externas. Ahora bien, el precepto indicado, en su párrafo vigésimo, fracción III, establece que aquél emitirá su propio estatuto orgánico, esto es, producirá regulación interna; por su parte, la fracción IV del párrafo y artículo aludidos establece que podrá emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para cumplir su función regulatoria en el sector de su competencia, es decir, expedirá regulación externa. Ahora bien, estas normas regulatorias tienen un límite material, por el cual sólo puede emitir normas generales en el ámbito de competencias en el que tiene poderes regulatorios, ya que la norma constitucional establece: "exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia"; por tanto, para determinar cuál es su sector de competencia es necesario precisar el criterio rector de su ámbito material de actuación, lo que prevén los párrafos décimo quinto y décimo sexto del artículo 28 mencionado en tres rubros: a) El desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones; b) La regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución; y, c) En materia de competencia

económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones. Por otra parte, sus facultades regulatorias tienen un límite jerárquico, pues el artículo 28 citado precisa que las disposiciones administrativas de carácter general que puede emitir dentro del sistema de fuentes jurídicas se encuentran por debajo de la Constitución y, en un peldaño inferior, también debajo de las leyes emitidas por el Congreso de la Unión. Así, el órgano referido tiene la facultad constitucional de emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para cumplir su función regulatoria en el sector de su competencia, constituyendo sus disposiciones generales una fuente jurídica jerárquicamente inferior a las leyes emitidas por el Congreso con fundamento en el artículo 73, fracción XVII, de la Constitución Federal, a cuyos términos debe ajustarse dicho órgano constitucional autónomo, en términos del invocado artículo 28.”¹⁶¹ (Énfasis añadido).

Dicho lo anterior, las Emplazadas señalan que en el presente caso el IFT no es la autoridad competente, o al menos no de forma absoluta, debido a que Grupo Bimbo y BLM fueron denunciadas y no se dedican a actividades relacionadas con los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión; sino que, por el contrario, una se dedica a la distribución y comercialización de productos de panificación, mientras que otra a impulsar la venta de productos y servicios electrónicos en México. Además, a decir de AMX y Telcel, la conducta imputada se refiere a una exclusividad relacionada con la red de distribución de BLM y Grupo Bimbo que, en realidad, no se limita a la venta del tiempo aire, sino que se extiende a otros servicios; por lo cual, el OPR contraviene el principio de legalidad.

Al respecto, las manifestaciones de las Emplazadas se consideran **infundadas** debido a que realizan consideraciones y apreciaciones incorrectas sobre las normas aplicables al Expediente y los hechos del mismo; particularmente, por lo que se refiere a: **i)** la conducta imputada **ii)** los agentes económicos responsables y **iii)** la naturaleza de los servicios relevantes, elementos que se analizan en los párrafos subsecuentes.

En primer lugar, por lo que hace a la conducta imputada, es importante precisar que, si bien Telefónica denunció diversos hechos, que a su consideración actualizaban las conductas previstas en el artículo 10, fracciones V, VIII y XI, de la LFCE; también es cierto que, una vez realizada la investigación, la AI únicamente encontró elementos suficientes para imputar la probable realización de la conducta establecida en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE. La cual, consiste en:

“ VIII. El otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción; (...)” (énfasis añadido).

¹⁶¹ Décima Época, Registro: 2010670, Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 44/2015 (10a.), Página: 36.

Esto, porque la AI determinó que AMX y Telcel otorgaron incentivos a BLM con la condición de no adquirir-y por lo tanto tampoco comercializar- bolsas virtuales de tiempo aire de sus competidores en el servicio de telefonía móvil. Es decir, que los hechos investigados, así como la evidencia recabada por la Autoridad Investigadora, no permiten concluir que la negativa de BLM a adquirir-y comercializar- el tiempo aire de otros OSTM, se hubiere presentado por una decisión propia de este distribuidor. Por el contrario, dicha conducta, es el resultado de haber recibido incentivos por parte de AMX y Telcel.

En esa tesitura, de acuerdo con la Tabla 6 del OPR,¹⁶² para el año dos mil catorce el ochenta y siete por ciento (87%) de los suscriptores del servicio móvil accedían a dicho servicio mediante recargas de tiempo aire y no por planes tarifarios. Es decir, que la adquisición de tiempo aire era la forma más usual que tenían los usuarios para acceder al servicio de telefonía móvil. Así, las conductas que afectan la venta y distribución de tiempo aire, sin duda impactan en las condiciones de acceso al servicio de telefonía móvil, por lo que resulta indiscutible que se trata de un asunto competencia del Instituto.

Además, de acuerdo con la naturaleza de la práctica imputada, es posible determinar que AMX y Telcel son los agentes económicos que presuntamente incurrieron en violaciones a la LFCE y, por lo tanto, quienes deben ser emplazados al procedimiento seguido en forma de juicio.¹⁶³ En este sentido, en términos del artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, el agente económico responsable de realizar esta conducta no es aquel que recibe los descuentos o incentivos, sino el agente económico que otorga los incentivos con el propósito de cerrar el acceso a sus competidores a uno o varios mercados.

En otras palabras, independientemente de que BLM y Grupo Bimbo hayan sido denunciadas por Telefónica, de los hechos investigados, así como las disposiciones jurídicas aplicables a este caso, se colige que no es posible imputar responsabilidad presuntiva a esos agentes dentro del Expediente. Lo anterior, porque AMX y Telcel fueron los agentes que ofrecieron y otorgaron incentivos a BLM con el objeto de que dicha sociedad no comprara ni comercializara bolsas virtuales de tiempo aire de Telefónica y otros OSTM.

En segundo lugar, e íntimamente relacionado con el punto anterior, AMX y Telcel realizan un análisis incorrecto al asumir que BLM y Grupo Bimbo también debieron ser emplazadas al estar involucradas con la conducta denunciada. Esto, porque como ya ha sido precisado en párrafos anteriores, el simple hecho de que Telefónica haya denunciado a esos agentes económicos, no implica de manera

¹⁶² Folios 40487 y 40488.

¹⁶³ El artículo 33, fracción II, de la LFCE, establece que:

“Concluida la investigación correspondiente y si existen elementos para determinar la probable responsabilidad del agente económico investigado, la Comisión iniciará y tramitará, a través del Secretario Ejecutivo, un procedimiento administrativo conforme a lo siguiente: (...)

II. La Comisión emplazará con el oficio a que se refiere la fracción anterior al probable responsable, el que contará con un plazo de treinta días para manifestar lo que a su derecho convenga, adjuntar los medios de prueba documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten algún desahogo”.

ineludible que efectivamente BLM y Grupo Bimbo hayan sido los sujetos activos en la realización de una práctica monopólica relativa.

Precisamente, el objeto de la etapa indagatoria prevista en el artículo 30, de la LFCE, consiste en acreditar a nivel presuntivo, la existencia de una práctica anticompetitiva y establecer quien o quienes son los probables responsables de su comisión; lo cual, se realiza mediante la emisión del OPR, y no con la presentación de la Denuncia. Es hasta ese momento procesal, y no antes, que es posible determinar de forma presuntiva la conducta imputada y quienes son los agentes económicos que participaron en la misma.

En cuanto a este punto, es importante reiterar que dada la naturaleza de la conducta prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, no es posible sostener que BLM y Grupo Bimbo sean los agentes económicos responsables de su realización. Esto, porque la práctica imputada consiste **en otorgar descuentos o incentivos con el requisito de no adquirir y/o comercializar los bienes de un tercero;** tal como AMX y Telcel lo hicieron para que BLM no adquiriera bolsas virtuales de tiempo aire de otros OSTM.

Así, el sujeto activo de esta práctica monopólica relativa; es decir, el agente económico que lleva a cabo la conducta y el que podría encontrarse sujeto a sanción, no es quien recibe los incentivos sino el que los ofrece u otorga, sujeto a la condición de no adquirir, comercializar, o proporcionar los servicios de un tercero. Es por ello, que BLM y Grupo Bimbo, a pesar de haber sido denunciadas por Telefónica, no fueron emplazadas a este procedimiento seguido en forma de juicio.

Finalmente, como tercer elemento, las Emplazadas también realizan una valoración incorrecta de los hechos contenidos en el Expediente en relación con la naturaleza de los servicios relevantes. Esto, porque afirman que Grupo Bimbo es un agente dedicado a la comercialización de productos panificados, mientras que BLM se enfoca en la prestación de productos y servicios electrónicos. Sin embargo, las Emplazadas pierden de vista que el objeto del contrato celebrado entre AMX y BLM, así como las negociaciones con Telcel, no consistieron en la adquisición de productos derivados del pan, ni tampoco en un conglomerado de productos y/o servicios tecnológicos, sino en la **adquisición mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire en exclusiva.** Servicio, que resulta indispensable para la provisión y uso por parte de los consumidores de servicios móviles de telecomunicaciones.

En esa tesitura, si bien la *Red Quibo* de BLM podría involucrar otros servicios que no se relacionan con el Mercado Relevante ni con la comercialización de tiempo aire, la conducta analizada por la Autoridad Investigadora sí se refiere y limita a servicios relacionados con el sector de telecomunicaciones. Por lo tanto, es posible afirmar que el Instituto no ha excedido el ámbito de sus competencias en el Expediente.

En relación con lo anterior, las Emplazadas agregan que AMX no fue señalada en la Denuncia por Telefónica, por lo que no es posible fincar responsabilidad a dicho agente económico. No obstante, AMX y Telcel nuevamente pierden de vista que, independientemente de los agentes económicos señalados en una denuncia, la Autoridad Investigadora cuenta con las facultades y atribuciones necesarias para

investigar sobre los hechos denunciados y determinar a nivel presuntivo quienes son los agentes económicos responsables de su comisión.¹⁶⁴ Esto, sin importar que tales agentes coincidan o no con las personas inicialmente señaladas por el denunciante.

Al respecto, se remite a las Emplazadas a los apartados “*Indebida integración de la relación jurídica procesal*” e “*Indebida integración del GIE*” de esta resolución, donde se analizan de manera exhaustiva los señalamientos relativos a la inclusión de AMX como parte de las probables responsables. De igual forma, por lo que hace a la supuesta continencia de la causa, se remite a las Emplazadas al siguiente apartado denominado “*Improcedencia por no consultar a la CFCE*” de esta resolución, donde se aborda de manera específica este argumento.

En suma, es posible concluir que el OPR y el Expediente no transgreden el principio de legalidad que limita y regula las actuaciones de toda autoridad. Y no sólo eso, sino que además, contrario a lo señalado por las Emplazadas, se advierte que la Autoridad Investigadora sí fundó y motivó su competencia de manera específica en el OPR, donde se establece que:

*“(l)a probable práctica monopólica contraria a la LFCE, cuyo análisis se detalla en el presente oficio, involucra las actividades económicas investigadas relacionadas con los mercados de distribución y comercialización de recargas electrónicas de tiempo aire para el uso del servicio móvil en el territorio nacional, los cuales son servicios relacionados con el sector de telecomunicaciones”.*¹⁶⁵ (Énfasis añadido).

Finalmente, respecto a la determinación de AMX como probable responsable, las Emplazadas agregan que:

“(l)a autoridad no podía haberla señalado posteriormente como parte del colectivo pasivo en el procedimiento (...), y mucho menos, hacerlo sin llamarla

¹⁶⁴ Tesis: I.1o.A.E.180 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro 2013124, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 36, Noviembre de 2016, Pág. 2489, Tesis Aislada (Administrativa), cuyo rubro y texto establecen: “***PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN Y ADMINISTRATIVO EN FORMA DE JUICIO RESPECTO DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. SUS DIFERENCIAS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10 DE MAYO DE 2011)***, El procedimiento de investigación establecido en el artículo 30 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente hasta el 10 de mayo de 2011, actualmente abrogada, comienza con el acuerdo de inicio y tiene el objetivo de recabar los medios de convicción suficientes que permitan determinar si se cumplió o no con las normas de competencia, a fin de prevenir o erradicar las prácticas monopólicas absolutas, para lo cual, la autoridad se allega de documentos, testimonios y otros elementos demostrativos. (...) En ese orden de ideas, los elementos de imputación son propios del oficio de probable responsabilidad, de naturaleza contradictoria, en el cual sí deben estar puntualmente determinados, precisando aspectos significativos que posibiliten la defensa eficaz del presunto responsable, lo que implica informarle con exhaustividad las irregularidades advertidas, esto es, las conductas que examinará la autoridad al tomar su decisión, y hacer de su conocimiento los cargos que se le atribuyen; aspectos que si no se colman en el acuerdo de inicio de la investigación, de naturaleza inquisitoria, no producen indefensión al agente investigado, pues dicha actuación constituye apenas el punto de arranque de esa etapa, en la cual, aún no hay imputación ni mucho menos una determinación sobre la probable responsabilidad del agente.” (Énfasis añadido).

¹⁶⁵ Folio 40454.

ni emplazarla al procedimiento, vaya sin siquiera requerirle información
(énfasis añadido).

No obstante, estas manifestaciones resultan **inoperantes** toda vez que parten de diversas premisas equivocadas. Esto, porque de las constancias que obran en el Expediente, se observa que durante la tramitación de la etapa indagatoria AMX sí fue requerida por parte de la Autoridad Investigadora en diversos momentos para solicitar información relacionada con los hechos investigados. En específico, AMX fue debidamente requerida en tres ocasiones mediante los oficios IFT/110/AI/DG-PMCI/022/2016,¹⁶⁶ IFT/110/AI/DG-PMCI/067/2017¹⁶⁷ e IFT/110/AI/DG-PMCI/130/2017,¹⁶⁸ emitidos los días diecinueve de abril de dos mil dieciséis, nueve de marzo de dos mil diecisiete y cinco de mayo de dos mil diecisiete, respectivamente, tal como se puede observar en la “*Tabla 2. Requerimientos de Información*” del OPR.

También es posible observar en el Expediente que AMX sí fue emplazada al procedimiento seguido en forma de juicio mediante la emisión y notificación del OPR. En específico, se advierte que mediante citatorio de primero de septiembre de dos mil diecisiete,¹⁶⁹ recibido por “**Confidencial**” se ordenó a los representantes legales de AMX y/o personas autorizadas en el Expediente, esperar a un servidor público de la Autoridad Investigadora el día cuatro de septiembre de dos mil diecisiete, para la práctica de la diligencia administrativa consistente en la notificación de la copia certificada del OPR.

Posteriormente, mediante la cédula de notificación por instructivo¹⁷⁰ de fecha cuatro de septiembre de dos mil diecisiete, y toda vez que en el domicilio de AMX no se encontraban sus representantes legales y/o personas autorizadas en el Expediente, se llevó a cabo la diligencia de notificación del OPR con “**Confidencial**” quien se identificó como empleada de AMX. Es decir, que el OPR fue debidamente notificado a AMX de conformidad con las disposiciones legales vigentes, mismas que fueron debidamente señaladas mediante las constancias respectivas.

5.2.2. Improcedencia por no consultar a la CFCE¹⁷¹

El procedimiento es ilegal, en virtud de que, ante la variedad de personas denunciadas, actividades, elementos y mercados relacionados con la materia del Expediente, resulta inconcuso que previo a la emisión del OPR y previo a cualquier emplazamiento, el Instituto debió cuando menos, analizar si es que

¹⁶⁶ Folios 6236 a 6252. Notificado el veintiuno de abril de dos mil dieciséis, folio 6363.

¹⁶⁷ Folios 17515 a 17540. Notificado el diez de marzo de dos mil diecisiete, folio 17581. Dicho requerimiento se tuvo por no desahogado, por lo cual, mediante acuerdo de ocho de junio de dos mil diecisiete se impuso a AMX una multa como media de apremio.

¹⁶⁸ Folios 32315 a 32333. Notificado el ocho de mayo de dos mil diecisiete, folio 33407. Dicho requerimiento se tuvo por no desahogado, por lo cual, mediante acuerdo de nueve de junio de dos mil diecisiete se impuso a AMX una multa como media de apremio.

¹⁶⁹ Folio 40623.

¹⁷⁰ Folio 40627.

¹⁷¹ Folios 40754 a 40754 y 40799 a 40807 de Telcel, 41045 a 41046 y 41080 a 41087 de AMX.

habría de declararse incompetente para conocer del presente asunto con la idea de no romper la continenencia de la causa y, en su caso, decidir si habría de remitir el expediente a la CFCE, conforme al artículo 5, de la LFCE.

Del artículo 28, de la CPEUM, así como de los artículos 5 y 10, de LFCE 2014, y 7 de la LFTR, se advierte, que el IFT en su calidad de órgano especializado en la materia de telecomunicaciones, también tiene atribuciones en materia de competencia económica en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

Como presupuesto de ley, se entendería que, en principio, cada uno de estos organismos deben conocer cada uno de los asuntos que conciernan a su competencia. Sin embargo, también implica que puede ocurrir, que ciertas presuntas conductas, como aquéllas descritas por la Autoridad Investigadora constituyan actividades que corresponden a ambos ámbitos de actuación. Supuesto en el que sería necesario el conocimiento de ambos órganos en el asunto o la concentración del asunto en la CFCE.

El artículo 58, de la LFCE 2014, dispone que para la determinación del mercado relevante deberán considerarse, entre otros, los criterios técnicos que se establezcan en las disposiciones regulatorias. Al efecto, el artículo 6 de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica, emitidas por la CFCE, dispone que: *“ existen mercados relacionados si las conductas realizadas en un mercado inciden en las condiciones de competencia o de libre concurrencia de otro”*. Por su parte, el artículo 6, de las Disposiciones Regulatorias emitidas por el IFT sostiene que:

“ Son mercados relacionados aquellos que involucran bienes, servicios o áreas geográficas distintas a las que forman parte del mercado relevante, pero que inciden en o son influidos por las condiciones de competencia y libre concurrencia imperantes en el mismo (...)”.

De acuerdo al reparto constitucional de atribuciones de la CFCE y del IFT, este último tiene la facultad de asegurar el correcto funcionamiento de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. No obstante, en el supuesto de que la presunta conducta incida en otros mercados que, estén relacionados o no con los sectores de telecomunicaciones y/o radiodifusión, entonces el conocimiento del asunto debe corresponder a la CFCE. En todo caso, correspondería a ambos.

Es decir, sería la CFCE el órgano constitucional autónomo con la especialización técnica para conocer de las actividades llevadas a cabo por Grupo Bimbo y por BLM y para determinar, en todo caso, si una determinada presunta conducta, pudiera llegar a constituir una práctica monopólica relativa.

En este orden de ideas, en el momento de que la CFCE tenga información de que el IFT conoce de un asunto que le corresponde, le solicitará al IFT la remisión del expediente respectivo. Mismo supuesto que aplicaría en caso de que sea el mismo IFT el que estime que carece de competencia para conocer del asunto y remita el expediente a la CFCE para su resolución.

Desde luego, ante la duda, en términos del artículo 198 de las Disposiciones Regulatorias emitidas por el Instituto, el IFT podrá solicitar la opinión no vinculante de la CFCE. Asimismo, ante la controversia en cuanto a la autoridad que resulta competente será el Tribunal Colegiado de Circuito especializado en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, quien decida.

De ahí que, ante la Denuncia, previa a la emisión del OPR y, por supuesto, al emplazamiento al procedimiento de AMX y Telcel, el IFT tuvo que haber solicitado la opinión de la CFCE.

La omisión de la autoridad de dar vista y solicitar la opinión de la autoridad competente, a saber, la CFCE, de declararse incompetente y/o de tramitar un procedimiento de manera conjunta con dicha autoridad, ha culminado en el dictado de un OPR sobre el cual este Instituto carece de jurisdicción al tratarse realmente de un mercado relevante sobre el cuál no está facultado de actuar.

Al respecto, se consideran infundadas las manifestaciones de las Emplazadas, por virtud de las cuales sostienen que el IFT debió consultar con la CFCE sobre la competencia para la tramitación del Expediente, y que al no hacerlo las actuaciones de esta autoridad resultan ilegales. Lo anterior, toda vez que AMX y Telcel realizan una interpretación incorrecta de los hechos relevantes del Expediente; en específico, sobre la Denuncia, el Acuerdo de Inicio, el OPR y la presente resolución, elementos que se analizan en los siguientes párrafos.

En ese sentido, Telefónica manifestó mediante la Denuncia que en “*años recientes*” Telcel comenzó a implementar una estrategia dirigida a desplazar a sus competidores del mercado de servicios móviles. Esta estrategia, entre otras cuestiones, incluyó el otorgamiento de diversos incentivos, por medio de los cuales AMX y Telcel incidieron en el comportamiento de distintos distribuidores y/o comercializadores para abandonar esquemas comercialización de tiempo aire en la modalidad “*multimarca*” y convertirse en distribuidores exclusivos de tiempo aire de la marca de Telcel.

En este caso en particular, Telefónica denunció que Telcel otorgó a BLM y Grupo Bimbo, en su calidad de intermediarios en la comercialización de tiempo aire, diversos incentivos con el propósito de que dichos agentes dejaran de comercializar el tiempo aire de otros OSTM, entre los que se encuentra Telefónica.

La Denunciante tuvo conocimiento de esta conducta debido a que, a través de diversas comunicaciones sostenidas entre Telefónica, BLM y Grupo Bimbo,¹⁷² se concluyó que BLM había optado por aceptar un esquema de comercialización exclusiva de tiempo aire de la marca “*Telcel*”. En específico, mediante una misiva de veinticinco de febrero de dos mil trece, “**Confidencial**” Director General de BLM, manifestó que ese agente económico:

“(…) **Confidencial**”.¹⁷³ (Énfasis añadido).

¹⁷² Folios 1132 a 1136.

¹⁷³ Folio 1136.

Por lo anterior, y tomando en consideración los demás hechos narrados en la Denuncia, así como la evidencia aportada por Telefónica, en el Acuerdo de Inicio la Autoridad Investigadora determinó iniciar una investigación en los mercados de "distribución y comercialización de recargas electrónicas de tiempo aire para el uso del servicio móvil en el territorio nacional".¹⁷⁴ (énfasis añadido).

Así, las conductas señaladas por Telefónica y la circunscripción de las facultades indagatorias de la Autoridad Investigadora del IFT se limitó, en todo momento, a la comercialización de recargas electrónicas para el uso del servicio móvil en México. Es preciso reiterar que las recargas de tiempo aire son el medio de pago para acceder al servicio móvil. Así, las conductas que afecten la venta de tiempo aire, sin duda estarán afectando las condiciones de acceso al servicio móvil, por lo que resulta indiscutible que se trata de un asunto competencia del Instituto.

En el mismo sentido, el Expediente nunca se extendió a cualesquiera otras actividades económicas en las participen, o pudieren participar, los agentes económicos involucrados en los hechos. Lo cual, es importante considerando que se trata de agentes económicos conglomerados, que diversifican sus actividades empresariales en distintos sectores.

Bajo este mismo concepto, en el OPR emitido el treinta de agosto de dos mil diecisiete, y una vez concluida la investigación, la Autoridad Investigadora determinó la probable responsabilidad de AMX y Telcel por la comisión de la conducta prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE. En particular, esta práctica consistió en el otorgamiento de incentivos a BLM mediante la celebración de un Contrato de Venta de Saldos en exclusividad, con el objeto de desplazar a otros agentes económicos del Mercado Relevante, así como desplazarlos e impedir sustancialmente su acceso a los Mercados Relacionados.

El Mercado Relevante en el que ocurrieron los hechos fue definido como la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los OSTM a los distribuidores y/o comercializadores, cuya dimensión geográfica es nacional. Por otra parte, los Mercados Relacionados fueron definidos por la Autoridad Investigadora como los servicios minoristas de venta de tiempo aire en las localidades del país en las que, durante la exclusividad, Telcel enfrentaba o podía enfrentar competencia de otros OSTM y en las cuales los únicos puntos de venta disponibles y a los que podían acceder los suscriptores o consumidores finales, eran los abastecidos por BLM a través de la "Red Qiubo".

De lo anterior, se concluye que los hechos narrados en la Denuncia, los mercados investigados y la conducta señalada en el Acuerdo de Inicio, así como el Mercado Relevante, los Mercados Relacionados y la práctica imputada mediante el OPR, se limitaron en todo momento a prácticas realizadas dentro de mercados pertenecientes al sector de telecomunicaciones. Y esto no constituye una limitación artificial o "ad hoc" realizada por la Autoridad Investigadora para sostener su competencia frente a la CFCE; por el contrario, se trata de la naturaleza

¹⁷⁴ Folio 1294.

misma de los hechos realizados por las Emplazadas. Y si bien es posible concluir que BLM y Grupo Bimbo fueron beneficiarios de los incentivos otorgados por AMX y Telcel, las diversas actividades económicas de dichas sociedades nunca formaron parte de la investigación ni el Expediente.

Por lo tanto, es irrelevante que Grupo Bimbo sea una empresa dedicada a la producción, distribución y comercialización de productos panificados, y BLM enfoque su actividad a impulsar la venta de productos y servicios electrónicos. Estos agentes económicos no fueron emplazados debido a que no son responsables de la práctica imputada, tal como se describe en los apartados "*De la falta de jurisdicción y competencia del IFT*" e "*Indebida integración de la relación jurídica procesal*" de esta resolución. Además, las actividades señaladas por AMX y Telcel relacionadas con la elaboración y comercialización de productos del pan y/o diferentes servicios o productos tecnológicos, no fueron objeto de la investigación ni inciden con los hechos del Expediente.

Así, son **infundadas** las consideraciones de las Emplazadas por las cuales pretenden sostener que en el Expediente se analizan mercados diversificados, algunos de los cuales supuestamente son ajenos al sector de telecomunicaciones. Por lo cual, no existe justificación alguna para sostener el principio de continencia de la causa. Tampoco la posible competencia de la CFCE para conocer de las imputaciones realizadas mediante el OPR ni la necesidad de haberle solicitado una opinión.

5.2.3. Incongruencia entre la Denuncia y el OPR¹⁷⁵

Las afirmaciones contenidas en la cuarta consideración de derecho del OPR en realidad no constituyen "*consideraciones*" de una autoridad, sino meras paráfrasis y descripciones de la Denuncia, de la que Telefónica se desistió. Como sea, para todos los efectos se niegan y carecen de valor como "*consideración de derecho*" de una autoridad formal.

AMX y Telcel niegan las imputaciones hechas en la Denuncia, que además no fue planteada contra AMX, pero aprovechan para destacar que es falso que esos hechos denunciados hubiesen sido el factor o parámetro definitivo para "*la materia y alcance de la investigación*" a que se alude en el OPR, pues como se desprende de su lectura, el OPR no es consistente ni congruente con la Denuncia, ni siquiera a nivel de personas denunciadas e involucradas.

AMX adiciona que la Denuncia no se refiere a conductas, servicios o promociones que correspondan a esa persona moral, amén de que Telefónica ni siquiera la señaló como denunciada, pero de cualquier manera niega las imputaciones en la manera que se intenta en el OPR.

Llama la atención que se diga en el propio OPR que "*Telefónica relató la negativa por parte de Grupo Bimbo y de BLM de acceder a su red de distribución minorista*" porque según esto "*ha sido sujeto de investigación y sanción por cometer prácticas monopolísticas*", pues de ello se advierte, que fueron BLM y Grupo Bimbo quienes

¹⁷⁵ Folios 40660 a 40661 de Telcel y 40943 a 40944 de AMX.

supuestamente se habrían negado a dar acceso a Telefónica a su red de distribución. Nuevamente, el Instituto es incompetente para conocer del presente asunto, pues la conducta analizada versa sobre una negativa para acceder a la red de distribución de BLM y Grupo Bimbo.

Las manifestaciones de las Emplazadas por virtud de las cuales sostienen una aparente incongruencia entre la Denuncia y el OPR, devienen en inoperantes e infundadas.

En primer lugar, son inoperantes por consistir en manifestaciones abstractas y genéricas los señalamientos de AMX y Telcel por los cuales afirman que “*es falso que esos hechos denunciados hubiesen sido el factor o parámetro definido para la materia y alcance de la investigación*”. Lo anterior, debido a que las Emplazadas afirman que la investigación y el OPR excedieron la materia de los hechos denunciados; sin embargo, no señalan de manera específica cuáles son las vertientes o aristas de la indagatoria que se desviaron de los señalamientos realizados por Telefónica mediante la Denuncia.

Sobre el particular, AMX y Telcel realizan manifestaciones de carácter especulativo en relación a que la Autoridad Investigadora y el Instituto excedieron el ámbito de sus competencias, pero omiten señalar de manera específica cuál o cuáles son las conductas imputadas en el OPR que se encuentran fuera del sector de telecomunicaciones. Incluso, las Emplazadas tampoco hacen referencia, con base en las pruebas recabadas en el Expediente, así como las imputaciones del OPR, específicamente a algún mercado relacionado con la indagatoria que esté fuera del sector de telecomunicaciones.

Esto, porque si bien AMX y Telcel sostienen que la práctica ocurrió en la red de distribución de BLM y AMX, que no sólo distribuye y comercializa recargas de tiempo aire; lo cierto es que la conducta específicamente implicó que BLM dejara de adquirir bolsas virtuales de cualquier OSTM distinto de Telcel, y que por lo tanto sólo comercializara, a través de su red, tiempo aire de dicho agente económico. Es decir que, independientemente de que BLM comercialice distintos productos o servicios, dada la naturaleza de la práctica imputada, en el Expediente únicamente es relevante que BLM a través de su red distribuye el tiempo aire previamente adquirido al mayoreo.

Es importante recordar que en el apartado “*De la falta de jurisdicción y competencia del IFT*”, se sintetizan las manifestaciones de AMX y Telcel donde abordan líneas de negocios de BLM y Grupo Bimbo ajenas al sector de telecomunicaciones. No obstante, tal como ahí se precisa, las actividades económicas a las que hacen referencia las Emplazadas no forman parte de los hechos investigados, de la práctica imputada, ni inciden en el Expediente en forma alguna.

En segundo lugar, por lo que hace al señalamiento de que AMX no fue denunciada y aun así la Autoridad Investigadora decidió emplazarla mediante el OPR, se remite al apartado “*Indebida determinación del GIE*” de esta resolución, donde se presentan los argumentos de respuesta a estas manifestaciones.

Por ahora, basta precisar, que en términos del artículo 32, de la LFCE, los agentes económicos que consideren que se han cometido prácticas monopólicas, están en posibilidad de presentar la denuncia correspondiente. Sin embargo, esto no es obstáculo, para que la Autoridad Investigadora, una vez realizada la indagatoria correspondiente, determine con precisión los hechos probablemente violatorios de la LFCE, así como aquel o aquellos agentes económicos responsables; independientemente de que estos coincidan o no con los que hubieren sido señalados en la denuncia. Precisamente, el objeto de la etapa de investigación a que se refiere el artículo 30, de la LFCE, consiste en determinar si existen o no posibles violaciones a la LFCE, así como establecer el nombre de los probables responsables.

Como tercer punto, son **infundados** los señalamientos de las Emplazadas mediante los cuales sostienen que BLM y Grupo Bimbo debieron ser emplazadas a juicio, y que por lo tanto el Instituto carece de competencia porque se trata de agentes económicos ajenos al sector de telecomunicaciones.

Lo anterior, porque como ha sido señalado en los apartados “*De la falta de jurisdicción y competencia del IFT*” e “*Improcedencia por no consultar a la CFCE*” de esta resolución, el agente económico responsable de la conducta prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, no es aquel que recibe los descuentos o incentivos, sino el agente que los otorga con el objeto o efecto de cerrar el acceso a sus competidores a uno o varios mercados relevantes o relacionados. Por ello, es que resulta posible afirmar que la conducta imputada en el OPR no fue realizada por Grupo Bimbo y BLM, a pesar de que esas sociedades hayan sido denunciadas; sino que la conducta fue realizada por AMX y Telcel, pues son dichos agentes quienes otorgaron un incentivo a BLM para impedir la adquisición-y posterior comercialización- del tiempo aire de Telefónica y otros OSTM.

A diferencia de lo señalado por AMX y Telcel, en el presente caso no se analiza una posible negativa de trato, prevista en el artículo 10, fracción V, de la LFCE. Esto, porque tal como fue mencionado en el OPR, el hecho de que BLM no adquiriera ni comercializara tiempo aire de Telefónica no responde a un acto unilateral o de *motu proprio*, sino a los incentivos otorgados por AMX y Telcel mediante el Contrato de Venta de Saldos.¹⁷⁶

Por lo anterior, no existe incongruencia entre la Denuncia y el OPR, ya que en la investigación se limitó a los hechos denunciados por Telefónica. En este sentido, no corresponde a los particulares sino a la autoridad determinar en el OPR cuáles son aquellas fracciones de los artículos 9 y/o 10, de la LFCE, que se actualizan en cada caso concreto, así como emplazar a aquellas personas que efectivamente deben considerarse como probables responsables.

5.2.4. Indebida integración de la relación jurídica procesal¹⁷⁷

¹⁷⁶ Folios 40616 y 40617.

¹⁷⁷ Folios 40760 a 40766 de Telcel y 41052 a 41058 de AMX.

a) Suponiendo sin conceder que el Instituto sea competente para conocer del Expediente en su integridad, si la conducta denunciada que se imputa pretendidamente actualiza el supuesto del artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, y se deriva de celebrar supuestas exclusividades entre Telcel y AMX con BLM respecto de la red de distribución de BLM, entonces tendría que haberse emplazado a Grupo Bimbo y a BLM, máxime que fueron denunciados.

Resulta ilegal e improcedente que por un lado se pretenda vincular a AMX y Telcel en el presente procedimiento, a pesar de no haber sido incluidas en la Denuncia y, por otro, que se haya omitido a Grupo Bimbo y BLM a pesar de ser agentes denunciados.

Lo anterior resulta inadecuado de conformidad con los derechos de igualdad, legalidad, audiencia y debido proceso. Ello, en razón de que resulta evidente que no se puede continuar con procedimiento alguno, menos uno con fines sancionatorios, en tanto se emplace al procedimiento a todos los agentes denunciados e involucrados, hasta que no se integre debidamente la relación procesal que no rompa la continencia de la causa y que no permita que se trate de manera diferente y discriminatoria a unos, por los actos en que intervinieron otros. Hasta que ello no suceda, la relación jurídica procesal no podrá haber sido legalmente establecida.

No es posible responsabilizar, menos aún sancionar a AMX y Telcel por la conducta que se les imputa, pues en todo caso se trata de hechos en los que están involucrados más agentes económicos, quienes inclusive habrían actuado en ejercicio de sus capacidades y poder, por lo que en todo caso Grupo Bimbo y BLM debieron ser emplazados.

Toda vez que Grupo Bimbo y BLM no fueron emplazados es claro no se ha integrado un litis consorcio pasivo necesario al no ser incluidos como imputados personas morales que habrían estado relacionados de manera directa con las prácticas monopólicas relativas.

b) El OPR deviene incongruente, pues la autoridad refiere que Telefónica presentó su Denuncia en contra de Telcel, Grupo Bimbo y BLM; sin embargo, la autoridad también emplazó al presente procedimiento a AMX, quien no fue denunciada. Lo anterior, resulta ilegal y contrario a lo establecido en el artículo 32, de la LFCE, y del artículo 29, del RLFCE.

Telefónica tenía la obligación de señalar de manera precisa a las denunciadas, sin que el Instituto pueda fincar responsabilidad en contra de otros agentes económicos como resultado de la investigación, pues eso sería propio de una investigación de oficio, pero no resultado de una denuncia, por lo que el Instituto violó los derechos de seguridad jurídica y de debido proceso legal que consagran los artículos 14 y 16, de la CPEUM.

Lo cierto es que, la Autoridad Investigadora no podía ni debía suplir la deficiencia de la queja de la Denuncia al emitir el OPR, toda vez que se trata de un asunto iniciado a petición de parte y en contra de particulares, amén que su materia consiste en supuestas prácticas monopólicas relativas en las que las

personas de las denunciadas y la afectación particular del Denunciante son elementos indispensables en términos de la LFCE.

Si Grupo Bimbo y BLM no integran la relación jurídica procesal en la etapa de procedimiento seguido en forma de juicio, es imposible jurídica y fácticamente que el Instituto pueda obtener todo el caudal probatorio necesario que explique todas las dimensiones, alcances, elementos, efectos y objeto de las pretendidas conductas cuestionadas y, al mismo tiempo, se impide que AMX y Telcel puedan tener oportunidad probatoria y de alegatos respecto de lo que esas denunciadas tuvieran que decir, ofrecer, aportar o responder.

Las manifestaciones de las Emplazadas resultan infundadas. En primer lugar, es infundado el señalamiento de que la relación procesal se integró de manera indebida e ilegal al no incluir a BLM y Grupo Bimbo, quienes, a decir de AMX y Telcel, forman parte del litis consorcio pasivo necesario en el Expediente, por las razones que a continuación se exponen.

Al respecto, el artículo 32, de la LFCE, señala que el afectado por prácticas monopólicas relativas puede denunciar al probable responsable, indicando en qué consiste la supuesta conducta anticompetitiva. En este sentido, la LFCE reconoce y regula de manera expresa el derecho de petición de los agentes económicos para que denuncien prácticas monopólicas relativas, cuando se consideren a sí mismos afectados por esas conductas. Esto, sin embargo, no implica que los hechos denunciados sean ciertos, ni tampoco que los agentes económicos señalados en la denuncia correspondiente sean aquellos que efectivamente incurrieron en la conducta denunciada.

Es por ello, que cuando se presenta una denuncia el Instituto no puede emplazar inmediatamente a los agentes económicos señalados, sino que se ordena el inicio de una investigación de conformidad con el artículo 30, de la LFCE. Esta investigación, puede tener una duración de entre treinta y ciento veinte días; e incluso, puede ser ampliada hasta en cuatro ocasiones cuando existan causas que lo justifiquen.

Una vez concluida la investigación, en caso de que la Autoridad Investigadora no encuentre elementos suficientes para acreditar a nivel presuntivo la comisión de prácticas anticompetitivas debe ordenar el cierre del Expediente.¹⁷⁸ No obstante, en caso de que sí existan elementos suficientes para imputar la responsabilidad por la realización de prácticas monopólicas se debe emitir un oficio de probable responsabilidad; mismo que debe cumplir los requisitos en el artículo 33, fracción I, de la LFCE. En específico, estos requisitos consisten en:

¹⁷⁸ El artículo 41, del RLFCE establece que:

“Concluida la investigación y dentro de un plazo de sesenta días contado a partir del acuerdo de conclusión del periodo de investigación, si existen elementos suficientes para sustentar la existencia de hechos constitutivos de probables infracciones a la ley cometidos por el o los probables responsables, el Presidente y el Secretario Ejecutivo de la Comisión deben emitir el oficio de probable responsabilidad.

En caso de que no existan elementos suficientes para sustentar la probable responsabilidad de un agente económico, el Pleno de la Comisión decretará el cierre del expediente y notificará esta resolución al denunciante”.

“(…)

I. Emitirá un oficio de probable responsabilidad que contendrá:

a) El nombre del probable responsable;

b) Los hechos materia de la práctica monopólica o concentración prohibida que se le imputen;

c) Las disposiciones legales que se estimen violadas, y

d) Las pruebas y los demás elementos de convicción de los que se derive la probable responsabilidad.” (énfasis añadido).

Entonces, es a través del OPR y una vez que ha concluido la investigación correspondiente, que la Autoridad Investigadora está facultada para imputar responsabilidad a uno o varios agentes económicos por la realización de conductas anticompetitivas. Y, por lo tanto, el hecho de que Telefónica haya denunciado a BLM y Grupo Bimbo, junto con Telcel, por diversas prácticas anticompetitivas, no implica en forma alguna que efectivamente dichas sociedades hayan incurrido en violaciones a la LFCE.

Lo anterior cobra sentido, pues durante la etapa indagatoria mediante el ejercicio de las facultades establecidas en los artículos 24, fracciones I y II, y 31 de la LFCE, la Autoridad Investigadora puede recabar elementos de convicción suficientes para determinar el cierre del Expediente o la probable responsabilidad de agentes económicos. Esto, independientemente de que los agentes a emplazar coincidan o no con aquellas personas que fueron inicialmente señaladas mediante el escrito de denuncia.

En este caso en particular, es importante reiterar que dada la naturaleza de la conducta prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, no es posible sostener que BLM y Grupo Bimbo sean los agentes económicos responsables de su realización. En la especie, la práctica imputada consiste en **otorgar descuentos o incentivos con el requisito de no adquirir y/o comercializar los bienes de un tercero;** tal como AMX y Telcel lo hicieron con BLM para que dicho agente dejara de adquirir y comercializar el tiempo aire de otros OSTM.

Así, el agente económico que lleva a cabo la conducta y el que se encuentra sujeto a sanción, no es quien recibe los incentivos; sino el que los ofrece u otorga, sujeto a la condición de no adquirir, comercializar, o proporcionar los servicios de un tercero. Es por ello, que BLM y Grupo Bimbo, a pesar de haber sido denunciadas por Telefónica, no fueron emplazadas a este procedimiento seguido en forma de juicio.

Finalmente, también son **infundados** los señalamientos de AMX y Telcel por virtud de los cuales sostienen que el procedimiento es ilegal debido a que se emplazó a AMX, sin que esa sociedad hubiera formado parte de la Denuncia. Sin embargo, con el propósito de evitar repeticiones innecesarias se remite a las Emplazadas al siguiente apartado, que se denomina “*Indebida determinación del GIE*”; en el cual, se analizan los señalamientos de las Emplazadas y se responden en los términos ahí contenidos.

En conclusión, no se sostiene la afirmación de que la relación jurídica procesal se encuentre incompleta o integrada de forma incorrecta en el Expediente, y que por lo tanto el procedimiento sea ilegal. Tampoco es posible sostener que la Autoridad Investigadora haya trasgredido los principios de equidad e igualdad procesal, por no haber emplazado a BLM y Grupo Bimbo pues, como ya fue precisado, esas sociedades no son responsables de la realización de la práctica prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE; por tanto, se encuentran en una situación jurídica distinta de AMX y Telcel.

5.2.5. Indebida determinación del GIE¹⁷⁹

En la página 151 del OPR, de manera indebida e infundada se pretendió crear un Grupo de Interés Económico *ad hoc* pero sin referencias a conductas específicas de cada uno de sus integrantes y sin incluir en el procedimiento a todas las personas que deben integrarlo, con la única inconstitucional e ilegal finalidad de intentar violar el principio de tipicidad y de exacta aplicación de las normas sancionatorias, así como de evitar las restricciones, evadir las disposiciones de los artículos 10 y 11, de la LFCE, así como las reglas de competencia y especialización aplicables.

El OPR y la determinación que en él se contiene respecto de la existencia de un supuesto GIE para efectos de considerarle como un solo agente económico al cual sancionar, en el que se incluye indebidamente a AMX y a Telcel, resultan antijurídicos, contrarios al texto y al sentido de las disposiciones aplicables, amén de excesivos e inexactos, por lo que violan los derechos fundamentales y legales de AMX y Telcel.

En ese sentido, la jurisprudencia que define la posibilidad de invocar la existencia de un GIE al cual considerar como un solo agente económico en materia de competencia económica depende, entre otros supuestos, de la demostración previa y fehaciente de una conducta o participación de cada uno de los sujetos que se digan integrantes del grupo, situación que no acontece en el caso concreto. Así, tratándose de un procedimiento de denuncia de prácticas monopólicas relativas, se debió atender a la Denuncia, en la que hay determinados agentes económicos denunciados, incluidos BLM y Grupo Bimbo quienes negaron a Telefónica el acceso a su red de distribución.

Para hablar de un GIE como si se tratase de un solo agente económico en términos de la última parte del artículo 3, de la LFCE, era necesario que se analizaran, demostraran, estudiaran y resolvieran conductas concretas imputables a cada uno de los elementos de un conjunto de personas físicas o morales, involucradas de manera directa en la misma, sin que sea dable excluir

¹⁷⁹ Folios 40811 a 40817 de Telcel y 41091 a 41097 de AMX.

de manera convencional y a conveniencia al resto de los agentes económicos que pudieran llegar a conformarlo, como lo hizo el Instituto en el OPR.¹⁸⁰

Lo cierto es que la interpretación que se ha intentado en el OPR del tema resulta incompleta, superficial e ilegal, pues no cumple con los parámetros que, según la SCJN, deben considerarse para interpretar la última parte del artículo 3, de la LFCE, ya que omite acreditar previa y fehacientemente la actividad concreta y específica por parte de todos y cada uno de los elementos o personas componentes que se diga integran tal conjunto en la actividad económica respectiva y en la práctica monopólica imputada.

Según lo ha resuelto la SCJN, para que se dé el excepcional escenario en que un GIE pueda ser considerado como un solo agente económico y para poder incluir a sus componentes (prescindiendo de su individualidad como personas de derecho), se requiere necesariamente acreditar previamente la actividad o participación por parte de todos y cada uno de los elementos o personas.

Hay una indebida aplicación del contenido correcto de la última parte del artículo 3, de la LFCE, cuando la autoridad dice que alguien, en este caso AMX y Telcel, integra un GIE cuando, no obstante, tal sujeto no observa, ni ha observado actividad o conducta alguna en relación con las prácticas imputadas, ni puede observar, actividad regulable relacionada con el sector o el Mercado Relevante.

Por todo lo anterior, en el presente asunto resulta improcedente e ilegal la determinación de un GIE. No hay ni puede haber, ni se acredita previa y fehacientemente, tal grupo económico para efectos de considerarle como un agente económico, menos aún incluir en él a AMX por el hecho de ser la "controladora", por lo que las imputaciones que formula son improcedentes, ilegales e inconstitucionales.

Suponiendo sin conceder que fuera procedente y legal la determinación de un GIE, entonces es claro que hay una indebida determinación del mismo pues omite incluir como parte del mismo a Grupo Bimbo y a BLM.

En efecto, del OPR se desprende que, a decir de la Autoridad Investigadora, Telcel y AMX actúan como un GIE "en virtud de que existe una coordinación en atención a los intereses comerciales y financieros afines que comparten dichos agentes". Además, afirma la autoridad que la relación entre Telcel y AMX quedó

¹⁸⁰ Primera Sala de la SCJN, amparo en revisión 418/2007, ejecutoria de 24 de octubre de 2007, páginas 28 y siguientes; en iguales términos: Primera Sala de la SCJN, amparo en revisión 169/2007, sentencia de 24 de octubre de 2007. "(...) En ese sentido, puede ocurrir que aun cuando existiera una relación económica entre diversas entidades comerciales componedoras de un grupo económico determinado, ello no implica forzosamente que todas ellas estén involucradas en la totalidad de las actividades realizadas por el grupo. (...) De ahí que sea necesario acreditar previa y fehacientemente la participación de todos y cada uno de los componentes de un grupo económico en la actividad irregular, para determinar que efectivamente éste en su totalidad es responsable de tales actividades, pues si alguno de ellos no puede comprobársele su participación y, por ende, su responsabilidad en la actividad ilícita de que se trate, no tiene por qué involucrarse sólo por formar parte de dicho grupo. (...)".

materializada al ser Telcel quien le vende tiempo aire a AMX, con la finalidad de que AMX distribuya y comercialice tiempo aire a terceros.

En ese sentido, no se entiende porque la AI omitió incluir dentro de dicho grupo de interés a Grupo Bimbo y BLM quienes también compraron tiempo aire de Telcel, con la finalidad de distribuirlo y comercializarlo. Lo anterior, pues, resulta factible hablar de GIE cuando un conjunto de personas tiene intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el objetivo común, o bien, se unen para la realización de un fin determinado, en aras de obtener dichos intereses comunes, en cuyo caso es necesario analizar el comportamiento colectivo de las empresas o personas que conforman el grupo.

Es claro que AMX, Telcel, Grupo Bimbo y BLM, tenían intereses comerciales afines, materializados a través de la venta de tiempo aire de Telcel y la finalidad de que se comercializara el mismo. Además, que dichas personas morales se unieron para un fin determinado y la consecución de intereses comunes. Es decir, que dichos agentes actuaron a través de una conducta conjunta e invirtieron juntos en un mismo proyecto y fin consistente tanto en la venta y distribución de tiempo aire, como en desarrollo de la red de distribución de BLM, por lo que es ilegal que la autoridad haya llevado a cabo una determinación de un GIE sin considerar como parte del mismo a Grupo Bimbo y a BLM.

Lo anterior se hace aún más evidente, si se considera que tal y como se desprende del OPR, BLM y Grupo Bimbo actuaron en nombre y representación de Telcel, pues no sólo distribuyeron tiempo aire, sino que se encontraban en un proceso de transición para convertirse en DAT, lo que implica la ejecución de una comisión mercantil y representación respecto de los servicios ofrecidos por Telcel, incluso encontrándose autorizados para hacer uso de la marca, es decir, que para tales efectos, formaban parte de la propia estructura de Telcel.

Las manifestaciones de las Emplazadas, respecto a la indebida determinación del GIE se consideran inoperantes e infundadas; tanto por lo que se refiere a la inclusión de AMX dentro del grupo de interés, como por lo que hace a la exclusión de Grupo Bimbo y BLM.

Las Emplazadas manifiestan que no se puede incluir a AMX y Telcel como parte de un mismo GIE, porque no se acredita una conducta específica de América Móvil dentro del Expediente, y no es suficiente el hecho de que sea la "controladora" para sancionarla. Sin embargo, las Emplazadas parten de una premisa equivocada; por lo tanto, sus manifestaciones devienen en inoperantes.

Lo anterior, porque en el Expediente sí se acreditó una **conducta específica** de AMX y su colaboración para llevar a cabo la práctica imputada consistente en el otorgamiento de incentivos a BLM para no adquirir y comercializar tiempo aire de otros agentes económicos. Sobre el particular, en el OPR se demostró fehacientemente que Telcel y AMX actuaron de manera coordinada en la realización de la conducta; y específicamente, AMX fue la sociedad encargada

de la celebración y formalización del Contrato de Venta de Saldos con BLM, en los términos previamente negociados por Telcel.¹⁸¹

De hecho, en el contrato respectivo, mismo que obra en el Expediente, se observa que quien firma el documento y sus anexos por parte de las Emplazadas, es “Confidencial” en su carácter de representante legal de AMX. Y no sólo eso, sino que además reconoce a América Móvil como una de las partes del acto jurídico, y es quien se obliga frente a BLM al debido cumplimiento del mismo. En particular, en el último párrafo de la “Confidencial” del Contrato de Venta de Saldos establece que:

“(…) “Confidencial”¹⁸² (Énfasis añadido).

Esta circunstancia, no consiste en un simple acto aislado; sino que forma parte de las actividades diarias de negocios que AMX realiza en relación con Telcel. En ese sentido, “Confidencial” en su calidad de “Confidencial” manifestó terminantemente que América Móvil “*es el vendedor del producto (tiempo aire) para todos los comercializadores*”;¹⁸³ lo cual se cumple, previa negociación y seguimiento por parte de Telcel. De hecho, en la Comparecencia I VMGC, la Autoridad Investigadora preguntó al C. “Confidencial” si tenía conocimiento de que AMX distribuye y/o comercializa tiempo aire electrónico de Telcel, ante lo cual dicha persona manifestó que: “*sí, AMX es quien factura el tiempo aire a los comercializadores*”.¹⁸⁴

En otras palabras, para que algún agente económico pueda adquirir y comercializar tiempo aire de Telcel es requisito indispensable la celebración de un contrato con AMX.

Es decir, que AMX es la sociedad tenedora del cien por ciento de las acciones de Telcel, y si bien jurídicamente constituyen dos personas morales distintas, por lo que se refiere a la venta de tiempo aire, es claro que esta actividad se lleva a cabo desde su inicio hasta la formalización de los contratos, de forma conjunta entre Telcel y AMX. La primera de estas sociedades, está encargada de la negociación sobre los términos y condiciones de venta de tiempo aire, mientras que la segunda formaliza los actos jurídicos que dan validez a estas negociaciones, pues es precisamente AMX la vendedora de dicho producto para todos los comercializadores.

Así, resulta falso que se haya incluido a AMX dentro del GIE por el solo hecho de ser la sociedad encargada de ejercer el cien por ciento de control sobre Telcel, pues esta circunstancia fue debidamente adminiculada con otros elementos de convicción del Expediente. Es importante precisar, además, que mediante sus escritos de manifestaciones en respuesta al OPR, AMX y Telcel no negaron ni desvirtuaron las constancias mediante las que se acreditó que América Móvil es la

¹⁸¹ Folios 3918 a 3951.

¹⁸² Folio 3926.

¹⁸³ Folio 30308.

¹⁸⁴ Folio 30307.

sociedad encargada de la firma de los contratos de venta de saldos; únicamente se limitan a negar de forma lisa y llana la legalidad en la inclusión de AMX dentro del GIE.

En segundo lugar, son **infundados** los señalamientos de las Emplazadas por virtud de los cuales pretenden que se incluya como parte del GIE al que pertenecen AMX y Telcel a Grupo Bimbo y BLM. Lo anterior, porque el hecho de que estas sociedades hayan recibido los incentivos para no comercializar tiempo aire de otros concesionarios, no implica que sean los agentes económicos que llevaron a cabo la conducta, ni mucho menos que formen parte del mismo GIE de AMX y Telcel.

Al respecto, la práctica imputada, prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE establece que:

“Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas (...):

VIII. El otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción; (...)” (énfasis añadido).

Así, el sujeto activo de esta práctica monopólica relativa; es decir, el agente económico que lleva a cabo la conducta y el que se encuentra sujeto a sanción, no es quien recibe los incentivos; sino el que los ofrece u otorga, sujeto a la condición de no adquirir, comercializar, o proporcionar los servicios de un tercero (en este caso, Telefónica y los demás concesionarios). En ese sentido, Grupo Bimbo y BLM, no son los agentes económicos que llevaron a cabo la práctica imputada sino AMX y Telcel.

Aunado a lo anterior, el hecho de que en la conducta investigada concurren dos o más agentes económicos, o incluso diversos grupos de interés, no implica en forma alguna que todos los agentes puedan-o deban- ser considerados como un mismo GIE. Esto, porque la definición de un GIE atiende a: i) la existencia de intereses comerciales y financieros afines ii) la coordinación de sus actividades, y iii) la existencia de una persona, ya sea física o moral, que coordine las actividades del grupo y ejerza un control o influencia decisiva en la toma de decisiones. Y estas condiciones no sólo se refieren a una práctica específica, sino a la consecución cotidiana de los negocios de los agentes económicos.

Es decir, que si bien, para el cumplimiento y éxito del Contrato de Venta de Saldos AMX, Telcel, Grupo Bimbo y BLM tenían por objeto común lograr la mayor cantidad de venta de tiempo aire de Telcel a través de la red de distribución de BLM, ello no implica que todos estos agentes tengan intereses comerciales y financieros afines ni coordinen sus actividades (más allá del exclusivo cumplimiento de ese contrato), y mucho menos que una persona ejerza control o influencia decisiva sobre todas estas sociedades.

Incluso, en la “Confidencial” del Contrato de Venta de Saldos, BLM, Grupo Bimbo y AMX acordaron de manera expresa y terminante que:

“Confidencial” .¹⁸⁵

Por lo tanto, el hecho de que diversos agentes económicos celebren un contrato y manifiesten su voluntad en cumplir con el objeto del mismo no conduce, para efectos de la determinación del GIE, a que estos agentes tengan intereses comerciales y financieros afines, que coordinen el curso de sus actividades, ni que exista una persona, física o moral, que ejerza control sobre todos ellos.

Finalmente, AMX y Telcel realizan manifestaciones falsas en sus escritos de contestación al OPR por lo que hace a la relación jurídica y comercial entre estos agentes con BLM y Grupo Bimbo. Esto, toda vez que en sus escritos de respuesta al OPR, las Emplazadas señalaron que:

“(…) BLM y Grupo Bimbo actuaron en nombre y representación de Telcel, pues no sólo distribuyeron tiempo aire, sino que se encontraban en un proceso de transición para convertirse en DAT, lo que implica la ejecución de una comisión mercantil y representación respecto de los servicios ofrecidos por Telcel, incluso encontrándose autorizados para hacer uso de la marca, es decir, que para tales efectos, formaban parte de la propia estructura de Telcel”. (énfasis añadido).¹⁸⁶

No obstante, de las constancias que obran en el Expediente, y en específico por lo que hace al Contrato de Venta de Saldos, se advierte que las partes firmantes acordaron que ninguna parte del contrato, ni la relación jurídica que de él deriva podría considerarse como la constitución de una relación de socios. Como resultado de ese contrato, tampoco podría entenderse o interpretarse que alguna de las partes pudiera actuar en nombre y representación de la otra, ni ser agente o gestor, excepto en los casos específicamente previstos en dicho instrumento jurídico. Además, del cuerpo de las cláusulas del contrato referido no es posible concluir que exista una relación de control o instrumentos que permitan que un grupo ejerza influencia o control sobre otro. Es decir, que no existía una relación de comisión mercantil, y mucho menos podría considerarse que BLM y Grupo Bimbo formaran parte de la propia estructura de Telcel.

Asimismo, de las constancias que integran el Expediente se acredita que BLM y la Red Qiubo forman parte de un agente económico distinto; y que la vinculación entre AMX y Telcel con ese agente económico existe a través del acuerdo de exclusividad, cuya existencia se tiene por acreditada.

5.2.6. Incorrecta determinación de los mercados investigados¹⁸⁷

Sin perjuicio de que ni los hechos ni las conductas imputadas son propias de AMX ni de Telcel, es claro que los mismos son insuficientes e infundados,

¹⁸⁵ Folio 3924.

¹⁸⁶ Folios 40816, 40817 y 41097.

¹⁸⁷ Folios 40661 a 40662 de Telcel y 40944 a 40945 de AMX.

específicamente por lo que hace a las conclusiones expuestas en la quinta consideración de derecho, en que se pretende analizar los mercados investigados y en donde se dice se habrían realizado los hechos denunciados.

Uno de los aspectos más notorios de las inconsistencias en las que incurre el OPR es en una delimitación *ad-hoc* del mercado investigado que no cumple adecuada o exhaustivamente con los criterios que le dicta la LFCE y la doctrina económica de competencia, que es una de las pocas fórmulas que encontró la AI para poder plantear un marco conceptual en el que la conducta denunciada pueda considerarse como una práctica monopólica imputable a AMX y Telcel.

La definición acomodaticia del mercado investigado en su circunscripción específica de distribución y comercialización de recargas de tiempo aire, permea hacia una serie de razonamientos que sugieren la improcedencia de la línea argumentativa que en general plantea el OPR y de la falta de competencia y jurisdicción de la AI. Evidentemente, las inconsistencias en la definición del mercado pueden por sí solas reflejar un razonamiento económico incompleto y, por lo tanto, una caracterización defectuosa del marco conceptual necesario para sancionar una conducta en los términos de la ley.

La definición acomodaticia del mercado se trasmina más allá, hacia la construcción de un supuesto poder sustancial que depende casi exclusivamente de la participación de mercado de los agentes involucrados y sus indicadores asociados; de una identificación incorrecta de quien detentaría ese posible poder; de la identificación de barreras a la entrada que se aprecian incongruentes; y tal vez más importantemente, de una teoría de desplazamiento a los competidores Telcel-AMX que se basa exclusivamente en una visión parcial del mercado.

Las manifestaciones de las Emplazadas se consideran inoperantes porque se trata de señalamientos genéricos y abstractos, aunado al hecho de que no controvierten las imputaciones del OPR.

AMX y Telcel argumentan en reiteradas ocasiones, que la definición de los mercados investigados en Acuerdo de Inicio como “*los mercados de distribución y comercialización de recargas electrónicas de tiempo aire para el uso del servicio móvil en territorio nacional*”, es “*acomodaticia*” y contiene “*inconsistencias*” que por sí solas reflejan un razonamiento económico incompleto y una caracterización defectuosa del marco para sancionar una conducta. Sin embargo, las Emplazadas son omisas en señalar de manera específica, una o varias razones que permitan sustentar estas aseveraciones.

Esto, porque de las manifestaciones de las Emplazadas no se advierten elementos concretos de análisis mediante los cuales se demuestre o señale que la Autoridad Investigadora hizo una incorrecta determinación de los mercados investigados. Tampoco se advierten argumentos lógico-jurídicos por los cuales AMX y Telcel hagan referencia a elementos de análisis de la legislación aplicable en relación

con los hechos del Expediente, para demostrar que la AI debió hacer una definición más amplia o más estrecha de los mercados investigados, ya sea en cuanto a su dimensión producto o la dimensión geográfica.

De hecho, las Emplazadas ni siquiera señalan si la determinación de los mercados investigados debió ser más amplia o más acotada; ni tampoco que las supuestas "inconsistencias" sean respecto a la definición del servicio relevante, o bien sobre la dimensión geográfica. Es decir, sólo señalan que la AI hizo una definición *ad hoc* o "acomodatícia" de los mercados en los cuales condujo la investigación, pero no señalan de manera específica cuáles son esas inconsistencias, ni las razones, argumentos y/o evidencia para sustentar sus dichos.

Aunado a lo anterior, los señalamientos de AMX y Telcel también son inoperantes porque no combaten ni controvierten las imputaciones del OPR ni los elementos probatorios en los cuales tuvo sustento. Esto, porque la determinación de poder sustancial, el análisis de la práctica imputada, así como los elementos relativos a la individualización de la multa establecidos en el artículo 36, de la LFCE,¹⁸⁸ no parten de la definición de los mercados investigados, sino en la definición del Mercado Relevante, que se lleva a cabo una vez recabados todos los elementos que permiten determinar el mercado específico en el que ocurrió la práctica monopólica.

En ese sentido, la definición de los mercados investigados única y exclusivamente permite delimitar o circunscribir las facultades indagatorias de la Autoridad Investigadora a determinados ámbitos de la actividad económica, pero en forma alguna repara perjuicio a las Emplazadas. Esto, porque como ya fue señalado, los elementos que sustentan el OPR se basan en la definición del Mercado Relevante que se hace una vez concluida la investigación, y no en la determinación de los mercados investigados, que es más amplia y se realiza con anterioridad a la investigación.¹⁸⁹

¹⁸⁸ El artículo 36, de la LFCE, establece que: "La Comisión (el IFT), en la imposición de multas, deberá considerar la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del infractor, así como su capacidad económica".

¹⁸⁹ Al respecto resulta aplicable el siguiente criterio: Época: Décima Época, Registro: 2007032, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 8, Julio de 2014, Tomo II, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.2o.A.E.5 A (10a.), Página: 1176 cuyo rubro y texto establecen: "**MERCADO RELEVANTE. EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 33 BIS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, DEBE DEFINIRSE EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014).** El precepto citado establece un procedimiento que tiene una fase de investigación, iniciada de oficio o a petición de parte afectada, en la que la autoridad emite un acuerdo de inicio, cuyo extracto se publica en el Diario Oficial de la Federación, el cual deberá contener el mercado materia de la declaratoria, con el objeto de que cualquier persona coadyuve en el desarrollo de la investigación correspondiente (fracción III); una vez concluida, si se obtienen elementos para determinar la existencia de poder sustancial, procede la emisión de un dictamen preliminar (fracción V); con el que inicia una segunda fase, en la que intervienen agentes económicos con interés para manifestar y demostrar lo que a su derecho convenga (fracción VI); hecho lo anterior, la autoridad deberá emitir la resolución correspondiente (fracción VII); momento en el que se define el mercado relevante y, en su caso, la existencia de poder sustancial. Consecuentemente, el mercado materia de la declaratoria a que se refiere la fracción III del artículo citado y que se indica en el acuerdo de inicio, debe entenderse bajo un concepto

Finalmente, es importante señalar que las manifestaciones relativas a la definición del Mercado Relevante se analizan en el apartado “*Incorrecta definición del Mercado Relevante*” de esta resolución, por lo que en obvio de repeticiones innecesarias se remite a los argumentos que ahí se precisan.

5.2.7. Incorrecta definición del Mercado Relevante¹⁹⁰

A continuación, se exponen las inconsistencias notorias del OPR en la definición del Mercado Relevante, que han de conducir a que ni AMX ni Telcel sufran imputación de responsabilidad ni sanción.

En el OPR, se llega a la conclusión de que “(...) *la conducta investigada ocurre en el mercado relevante de la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los OSTM a los distribuidores y/o comercializadores, cuya dimensión geográfica es nacional*”. Al llegar a esta conclusión, la AI indebidamente elimina del Mercado Relevante la venta de tiempo aire a través de tarjetas físicas, a pesar de que se trata básicamente del mismo servicio. Esto es, el uso que le da el consumidor final al tiempo aire proveniente de una recarga electrónica o de una tarjeta física es exactamente el mismo. Se trata de tiempo aire del mismo OSTM, para el consumo de la misma variedad de servicios, bajo las mismas condiciones comerciales. Más aún, si un usuario realiza una recarga de tiempo aire electrónica y posteriormente adquiere tiempo aire por medio de una tarjeta física, todo el tiempo aire adquirido irá a la “*misma bolsa de consumo*” asociada al número del usuario sin que éste pueda distinguir si se trata de tiempo aire adquirido de manera virtual, recarga electrónica, o a través de una tarjeta física. A pesar de lo anterior, la AI segmenta ambos servicios no sólo como distinguibles sino como no sustitutos llegando a la conclusión de que pertenecen a mercados relevantes distintos, lo que es falso e indebido.

La AI señala que la diferencia en costos para el OSTM de distribuir tiempo aire a través de tarjetas físicas o bolsas virtuales es suficiente para no incluir ambos canales de distribución en un mismo mercado relevante. Afirma que:

“(...) la venta mayorista de tiempo aire a través de tarjetas físicas no es equivalente a la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire, en virtud de que las tarjetas de prepago son medios físicos, por lo cual los OSTM incurren en costos de producción, almacenamiento y distribución física para poder vender tiempo aire”.

Ahora bien, es un hecho que la venta mayorista de tiempo aire a través de tarjetas físicas implica para el OSTM incurrir en algunos costos distintos a la venta a través de bolsas virtuales; sin embargo, la diferencia en costos no es un argumento suficiente ni terminante para determinar la existencia de mercados relevantes distintos. Máxime cuando la AI no analiza si dichos costos son simplemente distintos o significativamente mayores unos respecto de los otros. Si bien para la venta de tiempo aire a través de tarjetas físicas se incurre en costos

genérico de mercado en el que se desarrolla la investigación y, con base en el que, al emitir la resolución definitiva, se delimitará el mercado relevante, que es un concepto técnico y específico disímil del concepto de mercado genérico”.

¹⁹⁰ Folios 40662 a 40666 de Telcel y 40945 a 40949 de AMX.

de producción, almacenamiento y distribución física que no se tienen en la venta de tiempo aire a través de bolsas virtuales, en este último canal se tiene un costo asociado al desarrollo de las plataformas de acceso que no se tiene en la distribución de las tarjetas físicas. En la medida en que la AI no analizó si la diferencia en costos entre ambos canales, es significativa para generar, desde la oferta, la clasificación de dos tipos de servicios distintos, la mera diferencia en costos, sin un análisis puntual de su magnitud, no es suficiente para concluir la existencia de dos servicios que formen parte de mercados relevantes distintos.

Desde el punto de vista de la demanda, el argumento es aún más fuerte. La AI de manera por demás simplista señala: "*(l) as preferencias de los distribuidores y/o comercializadores mayoristas por comercializar tiempo aire a través de bolsas virtuales o tarjetas físicas devienen de la preferencia que los usuarios tengan respecto a dichos medios de adquisición de tiempo aire*". En este sentido, pretende concluir que como la mayor parte de las ventas de tiempo aire se da por medio de recargas electrónicas, entonces este canal no puede ser sustituto de las tarjetas físicas.

Lo anterior es erróneo, pues la preferencia por un cierto canal de consumo no implica por sí mismo que un mismo bien pueda formar parte de mercados relevantes distintos dependiendo del canal de distribución. Máxime cuando el precio del bien para el usuario final no habrá de verse modificado.

A diferencia de ciertos bienes donde el precio puede variar dependiendo el canal de distribución, tanto para el usuario final como para el usuario mayorista, en el caso del tiempo aire, éste implicará para el usuario final siempre el mismo precio independientemente si el mismo es adquirido mediante tarjetas físicas o recargas electrónicas. Esto es así porque el usuario final adquiere un monto "X" de dinero en tiempo aire, el cual habrá de ser consumido en un portafolio de servicios móviles dependiendo de la oferta comercial, así como de su antigüedad, la oferta comercial adquirida al momento de la contratación, el saldo vigente, la frecuencia y monto de la recarga, entre otros. Así, el precio al que habrá de consumirse el tiempo aire dependerá de la oferta comercial vigente independientemente del canal a través del cual fue adquirido.

Se trata del mismo bien: tiempo aire, adquirido para la compra del mismo portafolio de servicios de telecomunicaciones móviles bajo las mismas condiciones comerciales, con el mismo OSTM, al mismo precio, bajo las mismas regulaciones, satisfaciendo las mismas necesidades para el usuario final y con la misma dimensión geográfica. Elementos por demás suficientes para concluir la existencia de un mismo mercado relevante.

Llegar a una conclusión distinta resultaría contradictorio respecto de otras definiciones de mercado relevante por parte del Instituto y la CFCE, quienes en repetidas ocasiones han definido mercados relevantes de un mismo bien distinguiendo dentro del mismo mercado diferentes canales de distribución.

La definición del Mercado Relevante en el OPR es resultado de un análisis erróneo e incompleto por parte de la AI, que se objeta, se niega y ha de ser desestimada por el Pleno del Instituto al resolver. Lo anterior resulta importante

en la medida que esta definición deja fuera del mismo un canal de distribución de tiempo aire, y acceso para el usuario final, alternativo: las tarjetas físicas. Canal de distribución que adquiere importancia en la medida que la conducta analizada es una supuesta exclusividad. Como lo reconoce la misma AI en el OPR, las exclusividades no implican por sí mismas la existencia de prácticas anticompetitivas. En la medida que dichas exclusividades no impliquen un cierre de mercado, las mismas pueden incluso convertirse en prácticas pro competitivas que generen ganancias en eficiencia y beneficios puntuales. Este cierre de mercado habrá de depender, entre otras cosas, de la existencia de canales de distribución y consumo alternativos.

Considerar dentro del Mercado Relevante la venta de tarjetas físicas es importante para el procedimiento pues conduce a concluir que no se actualiza práctica monopólica relativa alguna.

Primero, son inoperantes por partir de una premisa falsa, los señalamientos de las Emplazadas en el sentido de que la AI no realizó un análisis sobre los costos por la venta de bolsas virtuales y tarjetas físicas, para ver si sólo se trataban de costos diferentes, o bien existían ahorros significativos. Lo anterior, porque de las constancias que obran en el Expediente¹⁹¹ y las propias consideraciones del OPR¹⁹² se advierte, con claridad, que no sólo se trata de costos por diferentes conceptos entre un canal y otro, sino que sí existen ahorros significativos al vender tiempo aire mediante bolsas virtuales, en lugar de hacerlo a través de la comercialización de tarjetas físicas de prepago.

De hecho, estas consideraciones fueron tomadas de manifestaciones realizadas por **“Confidencial”** durante la Comparecencia SFCG, quien en su carácter de **“Confidencial”** manifestó que:

“Para nosotros lo más importante es que la recarga electrónica permite una mayor distribución y seguridad y ahorro a nuestros canales. (...)” (énfasis añadido).¹⁹³

Así, es posible concluir que incluso las propias Emplazadas reconocen que uno de los tres factores más importantes por los que Telcel prefiere la venta de bolsas virtuales sobre la comercialización de tarjetas físicas de tiempo aire, es el ahorro que representa este canal sobre el segundo. Y en ese mismo sentido, es igualmente falso que la AI sólo haya tomado en consideración la diferencia en costos para sostener la no sustitución de estos servicios, pues también se consideró el alcance en la distribución del producto y la seguridad en su comercialización.

En segundo lugar, es importante precisar que las Emplazadas parten otra premisa falsa al sostener que se trata de un mismo servicio, que se comercializa al usuario bajo las mismas condiciones comerciales. Sobre el particular, tal como se acredita en el Expediente, las recargas electrónicas se pueden realizar desde una cantidad

¹⁹¹ Folio 35700.

¹⁹² Folio 40500.

¹⁹³ Folio 35700.

mínima de diez pesos, mientras que el saldo mínimo que se puede adquirir a través de las tarjetas de saldo en prepago es por cien pesos; es decir, diez veces el valor de la recarga electrónica más accesible. Esta diferencia es significativa, pues permite a los usuarios finales acceder a recargas y disponer de saldo sin la necesidad de contar con una cantidad de dinero superior al salario diario mínimo,¹⁹⁴ que para el año dos mil diecisiete era de ochenta pesos con cuatro centavos.¹⁹⁵

Es decir que, si bien el usuario consume su saldo en la misma proporción, conforme a las ofertas y políticas comerciales de los OSTM, independientemente de que realice una recarga electrónica o adquiera una tarjeta física; lo cierto es que el saldo se comercializa de manera distinta en estos canales, y bajo la primera modalidad se pueden realizar recargas notablemente menores y más accesibles. Estas diferencias, se ven especialmente reflejadas al considerar que en la cadena **“Confidencial”**, donde los usuarios tienen acceso tanto a tarjetas físicas como a recargas virtuales, para el año dos mil doce las tarjetas físicas sólo representaron el **“Confidencial”** de las ventas totales de tiempo aire, mientras que las recargas electrónicas alcanzaron el **“Confidencial”**. Asimismo, para el año dos mil catorce, el porcentaje de venta de saldo a través de tarjetas físicas únicamente llegó a **“Confidencial”**, y la venta mediante recargas electrónicas subió hasta **“Confidencial”**.¹⁹⁶

En ese sentido, si se tratara de servicios o canales similares y sustitutos entre sí, el porcentaje o participación de ventas de saldo de ambos canales, en lugares como tiendas **“Confidencial”**, donde las tarjetas y las recargas se encuentran igualmente disponibles, no tendría diferencias superiores al **“Confidencial”**. Para mayor claridad, para el año dos mil catorce, la venta de saldo a través de recargas electrónicas fue más de treinta veces superior al monto comercializado a través de tarjetas físicas. Esta importante diferencia en la participación en las ventas es reflejo de que desde el punto de vista de la demanda existe una mayor preferencia por las recargas virtuales pues presentan una más amplia accesibilidad en términos del monto de la recarga con respecto a las tarjetas físicas, por lo que no es factible considerar que estas últimas sean sustitutas de las recargas virtuales.

Finalmente, las manifestaciones de las Emplazadas devienen en **inoperantes** al afirmar que *“Considerar dentro del Mercado Relevante la venta de tarjetas físicas (...) conduce a concluir que no se actualiza práctica monopólica relativa alguna”* pues

¹⁹⁴ Durante el periodo que tuvo vigencia la práctica imputada el salario mínimo osciló entre los cincuenta y nueve punto ocho MXN, y sesenta y siete punto veintinueve MXN, dependiendo el año y la zona económica. Información disponible en:

http://www.sat.gob.mx/informacion_fiscal/tablas_indicadores/paginas/salarios_minimos.aspx.

¹⁹⁵ Información disponible en:

http://www.sat.gob.mx/informacion_fiscal/tablas_indicadores/paginas/salarios_minimos.aspx.

¹⁹⁶ Folios 15434 y 26909.

únicamente combaten o controvierten parcialmente el OPR; sin que por ello puedan variar o modificarse las consideraciones de la Autoridad Investigadora.

En ese sentido, de las constancias que obran en el Expediente se advierte que para el año dos mil trece la venta de saldo por tarjetas físicas representó menos del **“Confidencial”** del total de venta de saldo de Telefónica,¹⁹⁷ y para dos mil catorce los ingresos por la venta de tiempo aire a través de tarjetas únicamente alcanzaron el **“Confidencial”** del total de ventas de Lusacell¹⁹⁸ por tiempo aire. Así, queda acreditado que aun si se considerara la venta de saldos por tarjetas físicas no existirían variaciones significativas en las conclusiones sobre el Mercado Relevante y poder sustancial, aunado al hecho de que queda demostrado que la venta de tarjetas físicas no representa una alternativa real de distribución ante un eventual cierre del mercado de venta de bolsas virtuales hacia un competidor.

En otras palabras, en caso de que un agente económico fuera excluido de la distribución y comercialización de tiempo aire a través de la compra y venta electrónica, no es posible asumir que podría tener el mismo porcentaje de ventas mediante la comercialización de tarjetas físicas de saldo. Por lo cual, son falsas las premisas de las Emplazadas y por lo tanto arriban a conclusiones equivocadas.

5.2.8. Telefónica y Telcel no comparten el mismo mercado¹⁹⁹

En el OPR, se advierte la descripción de la Autoridad Investigadora en relación a cómo funciona la compra de tiempo aire por los usuarios finales y el uso que el tiempo aire tiene para aquéllos, cuando utilizan los llamados pagos de prepago. No obstante, incluso cuando no esté dicho textualmente en el texto del OPR, lo cierto es que el tiempo aire que el usuario final de Telcel, el DAT o el OSTM compra a Telcel y distribuye y comercializa después, respectivamente, sólo y únicamente puede ser utilizado en líneas de Telcel.

Es decir, incluso cuando Telefónica -o, en su caso Lusacell/Unefón- es un OSTM competidor de Telcel en la oferta de servicios de telecomunicaciones móviles al usuario final y la oferta de otros servicios mayoristas como la comercialización de recargas de tiempo aire, en realidad el tiempo aire que vende no es sustituto del tiempo aire que vende Telcel. Así, el tiempo aire ofrecido por Telefónica no es sustituto del tiempo aire ofrecido por Telcel y viceversa.

Independientemente de la presunta conducta analizada, o de cualquier presunta acción o conducta en el mercado realizada por cualquier agente económico, el consumo de tiempo aire de Telcel no puede, ni pudo, ni podría, ni podrá desplazar el consumo de tiempo aire de Telefónica.

En el OPR se debieron establecer una pluralidad de mercados relevantes para efectos de la investigación o en su caso definir de manera más amplia el Mercado Relevante, pues considerar un único mercado relevante lleva a

¹⁹⁷ Folio 1202.

¹⁹⁸ Folio 24995.

¹⁹⁹ Folios 40779 a 40784 de Telcel y 41060 a 41065 de AMX.

presumir que el tiempo aire que vende Telcel es sustituto del tiempo aire que vende Telefónica. Lo que resulta en que la determinación del Mercado Relevante precisada en el OPR sea equivocada e ilegal, y con ello la pretendida categorización de la conducta imputada como práctica monopólica.

La determinación de la Autoridad Investigadora, entonces resulta ilegal, en función de que contraviene los derechos procesales de AMX y Telcel, las disposiciones que regulan el procedimiento, así como los principios de economía, equidad procesal y de eficiencia administrativa, cuyos postulados rigen el actuar del Instituto.

De esta manera, no es suficiente que la autoridad estime, presuma, o infiera un hecho sin que quede plenamente demostrado y acreditado, previa la calificación o determinación correspondientes. Si la ley constriñe al análisis de la sustitución de un bien o servicio, debe especificar cuáles son estos, la manera en la que los mismos son sustitutos y las razones por las que llega a esa conclusión.

Las manifestaciones de las Emplazadas son infundadas, ya que realizan un análisis incorrecto sobre la definición del Mercado Relevante, los Mercados Relacionados y el objeto de la conducta, elementos que se definen dentro del OPR.

Efectivamente, es cierto el señalamiento de las Emplazadas por el cual sostienen que el tiempo aire que adquieren los usuarios respecto de cada OSTM sólo puede ser utilizado en una línea telefónica del mismo operador. Es decir, que el "saldo" tiempo aire que se adquiere respecto de la marca Telcel, no puede "depositarse" o ser utilizado en una línea contratada con Telefónica, y viceversa.

No obstante, ello no implica que Telefónica y Telcel no compartan ni compitan en el mercado de provisión de servicios de telefonía móvil; el cual, funciona mediante la contratación de una línea y el pago recurrente de tiempo aire, ya sea en la modalidad de prepago o bajo un contrato de pospago. En este sentido, las Emplazadas son omisas en considerar que la naturaleza del Mercado Relevante tiene la particularidad de consistir en una demanda derivada de los Mercados Relacionados. Es decir, que los comercializadores y/o distribuidores, como BLM, compran bolsas virtuales de tiempo aire en la medida que los usuarios finales demandan o solicitan recargas de cada OSTM.

En ese sentido, el hecho de que AMX y Telcel hayan otorgado una exclusividad a BLM para que dicha empresa no distribuyera tiempo aire de otros OSTM, implica que competidores de Telcel no pueden poner a disposición de los usuarios recargas electrónicas para adquirir tiempo aire. Al menos, no en la red de BLM, que para dos mil catorce contaba con "Confidencial" puntos de venta y "Confidencial". Para dos mil once, BLM tenía presencia en "Confidencial" de los municipios del país; mientras que "Confidencial", su competidor más cercano, sólo abarca el "Confidencial" de municipios en el territorio nacional.

La lógica en esta práctica radica en que en la medida que los usuarios finales no tengan acceso o disponibilidad de recargas en lugares cercanos, cambiarán de prestador de servicios hacia uno que sí cuenta con puntos de venta suficientes y accesibles, en este caso Telcel. En otras palabras, el tiempo aire de un OSTM no es

sustituto del otro; sin embargo, cuando un OSTM es incapaz de vender tiempo aire, debido a que los distribuidores se encuentran sujetos a contratos de exclusividad, es previsible que cada vez menos usuarios contraten líneas de telefonía móvil con ese operador, e incluso que se presente una migración de un OSTM hacia otro, debido a que se genera una percepción de calidad baja del servicio del OSTM cuando la disponibilidad de lugares donde se pueden realizar las recargas se reduce, esto porque el setenta y cuatro por ciento de los usuarios señala como la principal razón para determinar el lugar donde realiza una recarga la cercanía de dicho punto.²⁰⁰

Es importante recordar que la demanda mayorista de tiempo aire en el Mercado Relevante es una demanda derivada que depende de la demanda minorista de tiempo aire en los Mercados Relacionados. Y esta demanda minorista, está sujeta a su vez a la cantidad de líneas de telefonía móvil con las que cuenta cada operador.

Dicho lo anterior, cabe precisar que la cercanía de los puntos de venta de tiempo aire es el factor que determina, en gran medida, el lugar en el que los usuarios realizan las recargas de saldo. A mayor precisión, de las constancias del Expediente se desprende que el lugar de recarga está condicionado en un "Confidencial" por la cercanía que tiene para los usuarios.²⁰¹ Lo anterior, porque más del "Confidencial" de los usuarios abonan tiempo aire en sus líneas móviles cuando se presenta dicha necesidad, y no de forma planeada.²⁰²

En conclusión, a pesar de que el tiempo aire de un OSTM no es sustituto del tiempo aire de otro, sí es posible que en el Mercado Relevante y los Mercados Relacionados se presenten conductas con el objeto de desplazar indebidamente o impedir sustancialmente el acceso entre los operadores que compiten en la provisión de servicios de telefonía móvil.

5.2.9. Incorrecta determinación de poder sustancial²⁰³

La AI afirma de manera indebida e infundada que Telcel tiene poder sustancial en el Mercado Relevante, lo que se objeta y debe desestimarse. Desde luego, de AMX no se dice nada, lo que demuestra que no tendría que haber sido señalada como probable responsable al carecer de poder sustancial en este asunto.

Lo cierto es que AMX y Telcel se oponen y objetan la determinación del supuesto poder sustancial en el Mercado Relevante que se formula en la consideración séptima de derecho del OPR, pues resulta inexacta, imprecisa y carente de sustento fáctico y legal. En el OPR se afirma que una de las razones por las cuales se puede concluir la existencia de poder sustancial en el Mercado Relevante por parte de Telcel es por su supuesta capacidad de fijar precios y su amplio poder

²⁰⁰ Folio 14630.

²⁰¹ Folio 14630.

²⁰² Folio 14632.

²⁰³ Folios 40666 a 40674 de Telcel y 40950 a 40957 de AMX.

de negociación. Esto lo afirma la AI basándose, principalmente, en el hecho de que Telcel es, a decir del OPR, el OSTM que menores comisiones porcentuales paga.

Sin embargo, al realizar este análisis la autoridad no considera: i) el mayor volumen que genera Telcel, lo que le permite ofrecer una menor comisión porcentual y generar un mayor ingreso absoluto para el distribuidor o comercializador mayorista, y ii) el tamaño y poder de algunos de los distribuidores y comercializadores mayoristas con los que negocia Telcel, como es claramente el caso de los relacionados con este asunto.

El hecho de que a decir de la AI, Telcel supuestamente establezca comisiones por debajo de sus competidores no es, como erróneamente lo señala, indicio de su capacidad para fijar precios en el Mercado Relevante, sino un resultado natural de ser el OSTM con el mayor tiempo aire comercializado.

Dado que los pagos en el Mercado Relevante, los precios, (sic) se establecen a través de un esquema de comisiones, los ingresos o ganancias para los distribuidores o comercializadores mayoristas, dependerán no sólo del nivel de la comisión en porcentaje; sino de la base de tiempo aire a la que habrá de aplicársele dicho porcentaje. Es evidente que un OSTM con una menor venta de tiempo aire estará en posibilidades de ofrecer una mayor comisión sin que lo anterior le implique un elevado pago de comisiones en términos absolutos. Por el contrario, un OSTM con una elevada venta de tiempo aire, como Telcel, acabará pagando a los distribuidores y comercializadores un monto absoluto de comisiones mayor al de sus competidores independientemente de que la comisión porcentual sea menor.

En términos absolutos, Telcel es el agente económico que realiza mayores pagos de comisiones, otorgándole mayores recursos a sus distribuidores y/o comercializadores, lo que les permite desarrollar de mejor manera sus respectivas plataformas y canales de distribución. Esto es, sus comisiones porcentuales no son comparables con las de sus competidores en la medida que su base de usuarios y el tiempo aire vendido es mayor.

Por otro lado, la AI señala que Telcel posee un alto poder de negociación en el Mercado Relevante. Más específicamente, indica que la negociación caso por caso es reflejo de lo anterior.

Contrariamente a lo que afirma la AI, una negociación caso por caso no es necesariamente muestra de poder sustancial por parte de agente económico alguno, oferente o demandante, sino que puede ser muestra de la existencia de una demanda pulverizada conformada por una variedad de agentes económicos mayoristas con distintas características. Características que obligan a ambos agentes económicos, oferentes y demandantes, a llevar a cabo negociaciones caso por caso que respondan a las características y necesidades de cada uno de ellos.

Por ejemplo, en el caso que nos ocupa la comisión que Telcel paga a los comercializadores o distribuidores mayoristas habrá de depender -entre otras

cosas- del volumen de tiempo aire vendido, los puntos de venta alcanzados, la capilaridad a nivel regional, los compromisos de venta establecidos -si es que existen-, la presencia de puntos de venta dedicados, la venta conjunta de líneas telefónicas, la venta conjunta de terminales móviles, el desarrollo de puntos de venta, la presencia de promotores de la marca, entre otros. Las distintas combinaciones de todos estos elementos, entre otros, llevará a perfiles comerciales distintos y, en consecuencia pago de comisiones distintos; por lo que la negociación caso por caso no es resultado de un poder de negociación sino de la variedad de elementos y factores involucrados.

Los agentes económicos demandantes del Mercado Relevante conforman un conjunto variado que a su vez puede ser englobado en diversos subconjuntos. Por ejemplo, existen los distribuidores o comercializadores cuya principal línea de negocio -o la única- es la comercialización del tiempo aire, como es el caso de **“Confidencial”**- y aquellos para quienes la venta de tiempo aire es un servicio accesorio a su servicio principal; por ejemplo, la red de instituciones bancarias (Inbursa, Banco Del Bajío, Ixe, etc.) y las tiendas de autoservicio o conveniencia (Wal-Mart, Soriana, Chedraui, entre otras) o el mismo Grupo Bimbo, actual dueño de la red de BLM. Por otra parte, existen los comercializadores que llevan el tiempo aire adquirido directo hacia el usuario final y otros que son intermediarios entre Telcel y distintos distribuidores o puntos de venta al usuario final. En razón de lo anterior, existe una gran variedad entre las características de cada demandante en el mercado relevante que obliga a negociaciones distintas para cada uno de estos en lo individual o por subconjuntos.

La autoridad omite analizar si en las negociaciones de AMX y Telcel con BLM y Grupo Bimbo hay elementos adicionales que debieron de considerarse. Por ejemplo, la AI ha omitido estudiar el hecho de que Grupo Bimbo no es únicamente un distribuidor y comercializador de tiempo aire de Telcel. Es decir, Grupo Bimbo también es un **“Confidencial”** de Telcel que no se encuentra en una situación desventajosa frente a AMX y que, en los hechos, ejerció activamente su capacidad de negociación en todo el tiempo que le tomó.

Para ilustrar todo lo anterior, basta señalar que sólo en dos mil trece hubo clientes **“Confidencial”**. Al respecto, cabe señalar la existencia de la plataforma desarrollada por Telcel, conocida como **“Confidencial”**.

“Confidencial” se encuentran utilizando esta plataforma de Telcel.

La misma AI reconoce que existen distribuidores con distintos modelos o esquemas comerciales. Por lo que las comisiones ofrecidas por Telcel, habrán de variar por lo menos entre los diferentes modelos o esquemas comerciales, sin que lo anterior refleje la existencia de un supuesto poder sustancial.

Sobre esto, la AI incluso reconoce que Telcel había mencionado este argumento con anterioridad, reconociendo que las negociaciones se llevan a cabo de manera tal que se satisfagan las necesidades e intereses de los *“agentes económicos involucrados”* y obedeciendo a las características particulares de cada uno de ellos. Es decir, que Telcel negocia con sus clientes mayoristas de

tiempo aire contratos que buscan beneficiar a ambas partes.

Por lo demás, es claro que tanto a Telcel como, en su caso, al agente interesado puede resultarle más conveniente y atractivo el modelo de distribuidor autorizado, que conlleva específicamente características que incluyen **“Confidencial”**

Finalmente, en esta argumentación respecto del poder de negociación de Telcel en la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire, la AI no analiza el tamaño de algunos de los demandantes, así como la importancia de sus plataformas, redes y puntos de venta para el mismo Telcel. No lo hace y hasta parece evitarlo, acaso para no tener que reconocer que habría de analizar la de los dos denunciados que omitió.

De hacerlo, se habría dado cuenta que existen comercializadores y distribuidores mayoristas con un alto poder de negociación frente a Telcel y cuya red de distribución y mayor escala permiten que éste pueda alcanzar nuevos mercados. Tal es el caso de las instituciones bancarias, autoservicios, tiendas de conveniencia, farmacias, entre otros giros de negocio con una amplia red de puntos de venta, la gran mayoría de ellos *multicarrier*, cuyo tamaño y capilaridad les otorga un amplio poder de mercado frente a las negociaciones con Telcel. Asimismo, existen múltiples distribuidores mayoristas, exclusivos y no exclusivos, que surten a su vez a puntos de venta de gran alcance que poseen una amplia gama de consumidores potenciales lo que, nuevamente, les otorga un poder de negociación frente a Telcel.

El caso estudiado por la AI es un claro ejemplo de lo anterior. En el mismo OPR se menciona que BLM cuenta con aproximadamente **“Confidencial”** *puntos de entrega* lo que aumenta su poder de negociación frente a Telcel.²⁰⁴ Otro caso parecido es el de **“Confidencial”**, agente económico mayorista comercializador **“Confidencial”** y a las tiendas **“Confidencial”** (como *multicarrier*) y al distribuidor autorizado **“Confidencial”** (de manera exclusiva para Telcel). Oxxo es el tercer mayor operador de comercio al detalle en México medido por ingresos, y el principal en Latinoamérica si se toma en cuenta el número de tiendas.²⁰⁵ Telcel, al igual que otros OSTM, es capaz de ofrecer sus servicios a los once millones de clientes que visitan estas tiendas al día.²⁰⁶ Esto, sin duda, otorga un poder de negociación importante a dicho agente económico quien ha llegado a representar más del cincuenta por ciento de las ventas mayoristas de tiempo aire de Telcel en un periodo determinado. Otro caso

²⁰⁴ AMX y Telcel señalan que de acuerdo a información proporcionada por BLM a Telcel, la red de BLM contaba en dos mil catorce con 409,127 (cuatrocientos nueve mil ciento veintisiete) puntos de ventas; es decir, existe una discrepancia de aproximadamente cincuenta por ciento con la información presentada por la AI.

²⁰⁵ Según AMX y Telcel: “FEMSA, Informe Anual, División Comercial”, consultado el tres de octubre de dos mil diecisiete en: <http://www.informeannual.femsa.com/femsa-comercio.html>

²⁰⁶ Según AMX y Telcel: “FEMSA, Informe Anual, División Comercial”, consultado el tres de octubre de dos mil diecisiete en: <http://www.informeannual.femsa.com/femsa-comercio.htm>

parecido es el de Wal-Mart quien también posee un poder de negociación importante al contar en dos mil dieciséis con dos mil ciento sesenta y tres tiendas de autoservicio en la República Mexicana y dos mil doscientas ochenta y nueve al incluir Suburbia y Farmacias Medimart.²⁰⁷ Dado lo anterior, “*es muy probable*” que existan otros casos similares cuyos elementos no fueron tomados en consideración por parte de la AI para realizar un análisis correcto respecto del poder sustancial en el mercado relevante y que lo hacen insuficiente, infundado e ilegal.

Las manifestaciones de las Emplazadas se consideran infundadas en virtud de los argumentos que se exponen en los siguientes párrafos.

Previo a la exposición de los argumentos, por lo que hace al señalamiento de que el OPR no establece la existencia de poder sustancial respecto de AMX en el Mercado Relevante, se remite a las Emplazadas al siguiente apartado de esta resolución. Sobre el particular, en el apartado “*No hay determinación de poder sustancial de AMX*”, se analizan las consideraciones por las cuales para sustentar las imputaciones del OPR no resulta indispensable determinar que AMX, como persona moral aislada, cuenta con poder sustancial en el Mercado Relevante.

Dicho lo anterior, las Emplazadas afirman que Telcel no tiene capacidad de fijar precios y que el hecho de pagar comisiones más bajas, responde a que genera el mayor ingreso absoluto para los distribuidores; además de que la AI ignora el poder de negociación de algunos distribuidores y/o comercializadores. Sin embargo, estas manifestaciones resultan infundadas e insuficientes para controvertir la determinación de poder sustancial en el OPR, y en específico la capacidad de Telcel para fijar precios.

Efectivamente, el hecho de que Telcel tenga una mayor capacidad de negociación y otorgue comisiones notablemente inferiores al resto de los OSTM, estriba parcialmente en que dicho concesionario tiene el mayor volumen de ventas de tiempo aire. Sin embargo, estas consideraciones no controvierten ni desvirtúan el hecho de que Telcel tenga capacidad de fijar precios; por el contrario, únicamente constituyen una explicación parcial sobre el origen o la causa de ese poder sustancial. Incluso es factible afirmar que el mayor volumen de ventas de tiempo aire es un hecho a tomar en cuenta a la luz de la primera parte del artículo 13, fracción I, de la LFCE, en el sentido de que se trata de una metodología para medir la participación de mercado.

Así, es cierto que Telcel genera el mayor ingreso absoluto por la venta de recargas electrónicas de tiempo aire a pesar de pagar las comisiones más bajas en el Mercado Relevante. Pero esta circunstancia no desvirtúa la determinación de poder sustancial, sino que la fortalece, pues se aprecia que para que Telcel mantenga su alta capacidad de venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo

²⁰⁷ Según AMX y Telcel: Wal-Mart de México, *Reporte Anual 2014*, página 45, consultable en: https://www.walmex.mx/assets/files/informacion%20financiera/BMV/BMV/Esp/2015/infoanua_ajustesCNBV.pdf

aire, ni si quiera es necesario que este operador pague a los distribuidores comisiones similares a las de sus competidores.

De igual forma, es cierto como lo señalan las Emplazadas, que las ganancias de los distribuidores y/o comercializadores se determinan con base en el porcentaje de la comisión, pero también de acuerdo a la base de tiempo aire vendido, respecto del cual se pagará la comisión correspondiente. No obstante, estas manifestaciones tampoco controvierten la determinación de poder sustancial, ya que al tener la mayor cantidad de tiempo aire vendido a los usuarios finales, Telcel es el OSTM con mayor participación de mercado y, por lo tanto, el agente que tiene una capacidad de negociación superior para establecer comisiones inferiores.

En otras palabras, a pesar de que Telcel otorga comisiones inferiores, los distribuidores y/o comercializadores deciden vender tiempo aire de este concesionario en virtud de que es el agente económico que les genera mayores ingresos. Precisamente en esto radica la capacidad de fijar precios, en la existencia de una o varias cualidades que distinguen a un proveedor respecto de los demás; lo cual, le permite tener la posibilidad de imponer determinadas condiciones en el Mercado Relevante, tales como el pago de comisiones inferiores al resto de sus competidores.

De las constancias que obran en el Expediente, en primer lugar, se desprende que para los años comprendidos entre dos mil diez y dos mil catorce Telcel tuvo una participación de mercado promedio, medida en términos de ingresos, de "Confidencial"; mientras que Telefónica, su competidor más cercano, únicamente alcanzó una participación promedio de "Confidencial", es decir "Confidencial" que Telcel. Por lo tanto, se acredita la elevada participación de mercado de Telcel.

En segundo lugar, en el Expediente también obra información de la cual es posible concluir que Telcel paga menores comisiones por la venta de tiempo aire a los comercializadores y/o distribuidores en comparación con el resto de OSTM, tal como se observa en la "Tabla 9. Comisiones máximas otorgadas por los concesionarios por canal de distribución y comercialización, según los principales clientes de TELCEL, por la venta de tiempo aire" del OPR; en específico, de los años dos mil nueve a dos mil catorce, Telcel otorgó una comisión máxima del "Confidencial" para las cadenas comerciales, mientras que Unefón pagó comisiones del "Confidencial", es decir, "Confidencial" que la comisión de Telcel. Finalmente, Iusacell pagó comisiones del "Confidencial", lo que representa el "Confidencial" de las comisiones devengadas por Telcel.

En específico, por lo que hace al canal mayorista de "integradores", entre los que se encuentra BLM, Telcel pagó una comisión máxima de "Confidencial", bajo un modelo de exclusividad, mientras que Telefónica bajo un esquema multimarca pagó a "Confidencial" una comisión de "Confidencial". Es decir, que incluso bajo la condición de no percibir ingresos por otros concesionarios, Telcel pagó a "Confidencial" una comisión "Confidencial" inferior a la de otros OSTM que no exigían dejar de comercializar tiempo aire de sus competidores.

En síntesis, Telcel detenta una alta participación de mercado en la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire en el territorio nacional, medida por ingresos, pero también por número de suscriptores.²⁰⁸ Lo anterior, le otorga una alta capacidad de negociación que, en promedio, le permite fijar comisiones-es decir, precios- por niveles notablemente inferiores a aquellos que se presentan en el Mercado Relevante. Incluso, Telcel tiene la capacidad de pagar comisiones más bajas que sus competidores, a pesar de que dicho concesionario establezca esquemas de exclusividad mientras que los otros OSTM contraten la comercialización de su tiempo aire en la modalidad *multimarca*.

Aunado a lo anterior, son igualmente **infundados** los señalamientos de AMX y Telcel por los cuales argumentan que las negociaciones “*caso por caso*” en el Mercado Relevante no son conclusivas de poder sustancial, sino que reflejan la variedad de factores a considerar en la operación y el margen de negociación de cada comercializador y/o distribuidor frente a Telcel.

Sobre el particular, Telcel establece que los distribuidores y/o comercializadores también son agentes con alta capacidad de negociación debido a su tamaño y la dimensión de su red de distribución. No obstante, estas manifestaciones resultan contradictorias y no se sostienen frente a la evidencia de que Telcel paga las comisiones más bajas por la distribución y comercialización de su tiempo aire. Esto, porque independientemente de que en las negociaciones entre Telcel y los distintos distribuidores se analicen diversos factores como los servicios a ofertar, el tamaño de la red y la localización de los puntos de venta, dicho concesionario tiene la posibilidad de pagar comisiones inferiores al resto de sus competidores frente a cualquier distribuidor y/o comercializador.

Lo anterior responde al hecho de que las ventas de tiempo aire de Telcel representan cerca del “**Confidencial**” del Mercado Relevante, medido en cantidad de suscriptores, bajo la modalidad de prepago. En esa tesitura, Telcel tiene la posibilidad de prescindir de diversos distribuidores y/o comercializadores de tiempo aire; sin embargo, los distribuidores y/o comercializadores no pueden dejar de proveer tiempo aire de Telcel, pues perderían la posibilidad de atender al “**Confidencial**” de usuarios que tienen contratada una línea de telefonía móvil en prepago.

Así las cosas, Telcel celebra contratos de venta de tiempo aire con poder de negociación por el volumen de usuarios de su red, lo que refleja la capacidad que tiene este concesionario de fijar comisiones en el Mercado Relevante. Por ello, Telcel tiene la posibilidad de pagar comisiones más bajas a aquellos agentes económicos que tienen menores elementos de negociación, a diferencia de Telefónica y AT&T que pagan comisiones iguales a todos los comercializadores y/o distribuidores de cada canal mayorista.

Ahora bien, incluso en el supuesto de que la negociación de caso por caso bajo la que opera Telcel, no representase un elemento significativo en la determinación

²⁰⁸ Folios 38911 y 39628.

de poder sustancial, dichas consideraciones resultan insuficientes para desvirtuar las conclusiones del OPR. Esto, porque de la evidencia señalada en párrafos anteriores de este apartado, así como en el propio OPR, se desprende que Telcel tiene la capacidad de actuar de manera independiente en el Mercado Relevante, sin que sus competidores o los propios distribuidores y comercializadores tengan la capacidad de disciplinar dicho comportamiento.

A mayor precisión, los elementos en los que se sustentó la existencia de poder sustancial en el OPR consisten en que:

- I) Durante el Periodo de Exclusividad Telcel tuvo una participación de mercado promedio, superior al “Confidencial”, mientras que su competidor más cercano sólo alcanzó el “Confidencial”; lo cual, otorgó a Telcel un alto poder de negociación para establecer las comisiones que pagaría a los distribuidores y/o comercializadores;
- II) Existe un alto índice de concentración en el Mercado Relevante, que para los años dos mil diez a dos mil catorce alcanzó en promedio los cinco mil doscientos sesenta y siete puntos del índice IHH;²⁰⁹
- III) Hay barreras de entrada como los elevados costos para la instalación y operación de una RPT, entre los que destacan: **a.** la escasa rentabilidad de usos alternativos de su infraestructura y equipo, **b.** los costos hundidos elevados de tenderla, y **c.** la alta inversión en publicidad que se requiere para adquirir presencia en el Mercado Relevante;
- IV) El poder de los competidores de Telcel en el Mercado Relevante es limitado; lo cual se observa al ver que pagan comisiones notablemente superiores a los distribuidores y/o comercializadores respecto de aquellas que son devengadas por Telcel;
- V) Existen elevados costos para que los agentes económicos puedan acceder a fuentes de insumos, entendiéndose éstas como la necesidad de contar con espectro radioeléctrico y desplegar una RPT que permita prestar el servicio de telefonía móvil;
- VI) La marca Telcel se encuentra fuertemente posicionada en el Mercado Relevante, al grado de que en promedio, durante el periodo de exclusividad, contó con más del “Confidencial” de los suscriptores del servicio de Telefonía Móvil;
- VII) Los distribuidores y/o comercializadores enfrentan altos costos al dejar de distribuir y/o comercializar tiempo aire de la marca Telcel, ya que al hacerlo pierden la posibilidad de generar ingresos por comisiones respecto de la venta de tiempo aire a setenta por ciento de los suscriptores de telefonía móvil en el territorio nacional. Esto implica que Telcel puede prescindir de múltiples distribuidores y/o comercializadores; sin embargo, éstos no pueden dejar de

²⁰⁹ Durante los años dos mil doce a dos mil catorce el Índice IHH fue de cinco mil noventa y dos punto treinta y tres puntos.

vender tiempo aire de la marca "Telcel", so pena de dejar de atender a un porcentaje mayoritario de las personas que adquieren tiempo aire mediante recargas electrónicas.

En síntesis, los argumentos de las Emplazadas son **infundados** e **insuficientes** para desvirtuar la determinación de poder sustancial establecida en el OPR, toda vez que no presentan argumentos ni razones para demostrar su incapacidad de fijar precios; por el contrario, únicamente ofrecen una explicación de esa capacidad consistente en el elevado volumen de ventas de tiempo aire de Telcel. Además, tampoco presentan evidencia que permita concluir que su capacidad de negociar caso por caso los contratos de venta de saldos son un elemento contrario a la determinación de poder sustancial. Y finalmente, AMX y Telcel no desvirtúan los elementos conclusivos de poder sustancial que se exponen en los incisos II) a VII) de este apartado

5.2.10. No hay determinación de poder sustancial de AMX²¹⁰

El OPR y la imputación respecto de AMX resultan improcedentes, antijurídicos e ilegales, pues se pretende vincular a AMX en el presente procedimiento e imputarle la comisión de una supuesta práctica monopólica lo que deviene incorrecto e ilegal. La autoridad, pretende vincular a AMX bajo el argumento de que *"Telcel el concesionario de telefonía móvil, quien le vende tiempo aire a su controladora AMX, con la finalidad de que AMX distribuya y comercialice el tiempo aire de la marca Telcel a terceros"*.

De lo anterior se advierte, que el actuar de AMX se limita en todo caso a comprar tiempo aire de Telcel para distribuirlo posteriormente a terceros, por lo que de ninguna manera actualiza lo conducta investigada por el Instituto y que indebidamente pretende imputarle.

La imputación de la práctica monopólica relativa que se hace en el OPR respecto de AMX no satisface, ni siquiera, los presupuestos básicos para ello y, por lo tanto, con fundamento en los artículos 10, 11, 12 y 13, de la LFCE, el OPR debe ser desestimado cuando menos respecto de AMX.

Del artículo 11, de la LFCE, se desprende que para que una práctica monopólica relativa pueda ser considerada como tal y pueda ser considerada violatoria de la LFCE y por lo tanto, sancionada, se requiere que quien lleva a cabo dicha práctica tenga poder sustancial en el Mercado Relevante. En ese sentido, en el OPR al pretender llevar a cabo el análisis del poder sustancial de los agentes económicos, la Autoridad Investigadora concluyó que *"Telcel es un agente económico con poder sustancial en el mercado relevante"*.

Así, si bien la Autoridad Investigadora -indebidamente- concluyó que Telcel contaba con poder sustancial en el Mercado Relevante, lo cierto es que nada dijo a ese respecto por cuanto se refiere a AMX. Es decir, en el OPR no se determina poder sustancial a AMX sobre el Mercado Relevante, por lo que no

²¹⁰ Argumento hecho valer únicamente por AMX en folios 41058 a 41060.

es posible que se considere responsable de una práctica monopólica relativa.

Por lo anterior, al no contar con poder sustancial en el Mercado Relevante ni hacerse la declaratoria respectiva en el asunto, AMX no actualiza uno de los elementos esenciales para considerar que una conducta es violatoria de la LFCE, por lo que resulta incorrecto e ilegal que se le haya vinculado al procedimiento como probable responsable y mayor aun que se le pretenda sancionar por la supuesta comisión de una práctica monopólica relativa.

Las manifestaciones de AMX resultan infundadas en atención a las razones que se precisan en los siguientes párrafos.

Previo a la contestación de estas manifestaciones, por lo que se refiere a los señalamientos de AMX en el sentido de que sólo se le incluye en el procedimiento porque revende el tiempo aire de Telcel, en obvio de repeticiones innecesarias se remite al apartado “*Indebida determinación del GIE*” de esta Resolución. En esa sección, se exponen y desarrollan las diversas razones que permiten incluir a América Móvil como parte del GIE que llevó a cabo la práctica imputada y, por lo tanto, considerarla como parte de las Emplazadas.

Ahora bien, en cuanto a la inexistencia de poder sustancial de AMX en el Mercado Relevante, efectivamente se aprecia que en el OPR se determinó que Telcel cuenta con poder sustancial debido, entre otras cuestiones, a que tiene una participación de mercado cercana al “**Confidencial**”, aunado a que existen barreras de entrada al Mercado Relevante, entre otras cuestiones. Sin embargo, esto no implica que AMX no haya participado en la comisión de la práctica monopólica relativa, y que por lo tanto sea posible imputar responsabilidad a esa sociedad, ya que no todos los agentes económicos tienen el mismo carácter, participación o funciones dentro del GIE que realiza alguna conducta anticompetitiva.

En ese sentido, Telcel es el agente económico titular de una concesión para el uso de las bandas de frecuencia de 850 MHz, 1,900 MHz y 1,700/2,100 MHz en ciertas regiones del país; y por lo tanto, es la sociedad respecto de la cual los comercializadores y usuarios finales adquieren y usan el tiempo aire en su carácter de OSTM. No obstante, ello no implica que AMX no haya intervenido en la conducta investigada de manera directa, y con base en ello pueda ser sujeta a emplazamiento y sanción, según corresponda.

En particular, la participación de AMX en la práctica imputada radica en el hecho de que fue esta sociedad la responsable de celebrar y formalizar el Contrato de Venta de Saldos; mediante el cual, se establecieron las condiciones bajo las que BLM comercializaría de manera exclusiva el tiempo aire de Telcel. Y si bien, AMX no participa como concesionaria de servicios públicos de telecomunicaciones, sí intervino de manera directa e ineludible en la conducta, pues es la sociedad encargada de vender el tiempo aire de Telcel frente todos los comercializadores, y fue específicamente la persona moral que se obligó con BLM al cumplimiento del Contrato de Venta de Saldos.

Precisamente, la integración y determinación del GIE reconoce la posibilidad de que diversos agentes económicos que constituyen una misma entidad económica realicen una práctica monopólica desde diferentes conductas específicas, pero siempre encaminadas a la consecución de un mismo objetivo, por intereses afines y bajo la dirección de una misma persona, ya sea física o moral.

En particular, como fue señalado en el apartado "Indebida determinación del GIE" de esta resolución, dentro de la "Confidencial" del Contrato de Venta de Saldos los contratantes establecieron que:

"Confidencial".²¹¹

Así, es infundado el señalamiento de que AMX no pudo haber participado en la conducta ni se le puede imputar responsabilidad al no existir determinación de poder sustancial respecto de ese agente económico. Como fue precisado en el OPR y dentro de esta resolución, AMX y Telcel constituyen un mismo grupo de interés económico toda vez que: i) existen intereses comerciales y financieros afines ii) coordinan sus actividades económicas, y iii) existe una persona moral, en este caso AMX, que coordina las actividades del grupo, pero además ejerce control e influencia decisiva en la toma de decisiones. Dicho lo anterior, Telcel es el agente económico concesionario dentro del GIE, pero AMX es la sociedad encargada de celebrar los contratos de venta de saldo, bajo los términos y condiciones que dicha sociedad estime pertinentes, en este caso, bajo un esquema de Exclusividad con BLM; por ello, es ineludible su participación en la práctica imputada.²¹²

5.2.11. Análisis de la conducta denunciada e investigada²¹³

Para mayor claridad, estos argumentos de las Emplazadas relacionados con la conducta investigada se dividen en los incisos A., B. y C., mismos que se analizan a continuación:

A. Uno de los elementos necesarios para acreditar la existencia de una práctica monopólica violatoria de la LFCE es la tipicidad de la conducta. Esto es, que la práctica encuadre con lo establecido en las fracciones del artículo 10, de la LFCE.

En este sentido, para el caso del artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, no basta con que se demuestre la existencia de una exclusividad; sino el hecho de que con esa exclusividad el agente económico logre cerrar el mercado, impedir el acceso a sus competidores. Esto es lo que en la teoría de la competencia económica se conoce como "foreclosure". En la medida que las exclusividades no generen este cierre de mercado, no necesariamente se estaría hablando de

²¹¹ Folio 3926.

²¹² Tal como fue precisado en el apartado "Indebida determinación del GIE" de esta resolución, "Confidencial", en su calidad "Confidencial", manifestó terminantemente que América Móvil "es el vendedor del producto (tiempo aire) para todos los comercializadores"; lo cual se cumple, previa negociación y seguimiento por parte de Telcel. De hecho, en la Comparecencia I VMGC, la Autoridad Investigadora preguntó al C. "Confidencial" si tenía conocimiento de que AMX distribuye y/o comercializa tiempo aire electrónico de Telcel, ante lo cual dicha persona manifestó que: "sí, AMX es quien factura el tiempo aire a los comercializadores".

²¹³ Folios 40674 a 40711 de Telcel y 40957 a 40995 de AMX.

una conducta violatoria a la LFCE. A pesar de lo anterior, el OPR carece de un análisis formal sobre el posible cierre de mercado de la conducta investigada.

En la sección 8.6.2. del OPR, la AI describe las características de los acuerdos de exclusividad que podrían dañar el proceso de competencia y libre concurrencia. Son varios los elementos relacionados con la doctrina económica que bosqueja la AI, aunque uno en particular resalta por su importancia, así como por la escasa atención que se le presta: el cierre del mercado, o como lo llama el Instituto, la "*cobertura del mercado*".

En el análisis de una exclusividad como práctica monopólica relativa, la doctrina económica favorece el concepto de cierre de mercado (y las pruebas asociadas con umbrales predeterminados) como una de las herramientas analíticas indispensables para determinar si una exclusividad efectivamente puede catalogarse como anticompetitiva. Ello, a la luz de que las exclusividades son ampliamente utilizadas en todo tipo de mercados, contratos y circunstancias económicas, muchas de ellas asociadas a razones de negocio legítimas, así como al fomento de eficiencias económicas, inversiones productivas y generación de riqueza. Por lo tanto, se requiere de un análisis delicado y exhaustivo sobre las características específicas de una exclusividad, para distinguir entre los efectos anticompetitivos y sus propiedades en fomento de la eficiencia económica y las inversiones productivas. Un balance que no pondera debidamente la AI en el análisis económico del OPR.

El concepto de cierre de mercado implica que, para considerarse anticompetitivas, las exclusividades deben ser suficientemente generalizadas, o abarcar un segmento significativo de la actividad económica para cerrar el acceso de otros competidores al mercado en cuestión. Así, no basta con que un agente económico imponga exclusividades al amparo de su poder de mercado, sino que para ser anticompetitivas las debe imponer con suficiente generalidad o "*cobertura*" para cerrar el mercado a los competidores.

La AI conoce el concepto, pero decide no abundar en él más que de forma tangencial e indefinida. Por ejemplo, la AI deja sentado un bosquejo del concepto de cierre de mercado cuando dice que "*es más probable que un acuerdo de exclusividad sea anticompetitivo cuando una proporción grande del mercado es sometida a dicha exclusividad*". Desafortunadamente, de inmediato descarta el abundar más sobre el concepto y lo relativiza, sugiriendo que no existe un tamaño específico de la proporción del mercado que debe ser sometida a la exclusividad para considerarla anticompetitiva. El Instituto parece no querer sujetarse en sus conclusiones a la evaluación cuantitativa que representaría una prueba objetiva sobre el segmento del mercado que efectivamente cerraron las exclusividades que analiza el OPR

De hecho, independientemente de que sea pequeña la proporción del mercado que cierra la exclusividad, el Instituto pretende dar por bueno que será suficiente con describir o caracterizar la "*importancia*" (sin definir el término) del medio, red de distribución o insumo, para acreditar que la exclusividad es anticompetitiva.

Desafortunadamente, el poco análisis conceptual que exhibe el OPR sobre la posibilidad de que se hubieran cerrado los mercados que investiga, parte de premisas abiertamente falsas o en el mejor de los casos especulativas.

En primer lugar, es absolutamente falso que no exista un tamaño específico o predeterminado de la proporción del mercado sometida a la supuesta exclusividad para considerarla anticompetitiva. Tanto la doctrina como variedad de precedentes relevantes de la legislación en México y en otras latitudes, sugieren umbrales específicos que funcionan como referencias objetivas de la proporción mínima de un mercado que debe de cerrarse para considerar una exclusividad como anticompetitiva. Lo que es más, ninguna evaluación completa sobre una exclusividad, podrá prescindir de un mínimo análisis sobre la proporción del mercado que efectivamente se cierra.

Incluso la ausencia de información suficientemente detallada en mercados específicos, no justifica la ausencia correspondiente de un esfuerzo heurístico por producir inferencias objetivas que ofrezcan una idea de las proporciones de los mercados que se cierran como consecuencia de la supuesta exclusividad. Por lo menos, uno de estos ejercicios era responsabilidad del Instituto en el marco del análisis económico del OPR, como parte de la carga de la prueba que tiene la autoridad para acreditar una conducta indebida en términos de la LFCE.

En segundo lugar, el OPR no define bajo alguna métrica lo que considera como un medio, red de distribución o insumo "*importante*", que a su juicio amerite o justifique descartar un análisis objetivo de la proporción del mercado que se cierra con la conducta, sustituyéndolo a favor de un juicio de valor indefinido sobre lo que el Instituto considera "*importante*". De hecho, las referencias sobre el cierre mínimo necesario en un mercado, existen precisamente para ofrecer objetividad de análisis en la determinación de una práctica monopólica.

El análisis que pretende realizar la AI no corresponde bajo ninguna métrica a un ejercicio fundado de inferencias objetivas que hubiese permitido realizar conjeturas sobre la proporción del mercado que efectivamente cerró la exclusividad que analiza. Mucho menos, corresponde a un ejercicio cuantitativo que permitiera estimar dicha proporción, con un grado razonable de confianza estadística. Con lo cual, ninguna cantidad de argumentos cualitativos que postule la AI y que pretendan abogar por la "*importancia*" de la red de distribución, podrá sustituir una metodología objetiva de cuantificación que hubiese permitido conocer la proporción cerrada por la exclusividad.

De hecho, la única manera de conocer la importancia que tenía la red de distribución de BLM para los competidores de Telcel, consistía en conocer la proporción del mercado a la que dichos competidores dejarían de acceder en ausencia de la red de distribución. Esto es, la AI no cuantifica la proporción, y no ofrece ninguna alternativa objetiva para realizar inferencias sobre su magnitud.

Lo que más se acerca a un ejercicio que pudiera bosquejar la proporción del mercado que se cierra con la exclusividad, aparece en la sección 8.6.1. del OPR. En la página 170 el OPR parte de la premisa de que la conducta realizada por

AMX y Telcel en el Mercado Relevante, trascendió a las condiciones de competencia de los mercados minoristas de tiempo aire, toda vez que las condiciones establecidas en los mercados aguas arriba son trasladados a los mercados aguas abajo y, como consecuencia, puede afectar a los suscriptores de servicios de telefonía móvil en la modalidad de prepago.

En particular, afirma que la conducta que investiga *“se trasladó a los puntos de venta que estaban afiliados a la Red Qiubo”*, y parte de esa premisa para definir los Mercados Relacionados que se encuentran *“en localidades donde no existe presencia de una cadena comercial o tienda de conveniencia, sino sólo BLM, o en las que otra plataforma no participe”*. Localidades ubicadas en las periferias de las ciudades o zonas alejadas de las cabeceras municipales, *“donde Telcel y al menos un concesionario diferente tienen cobertura, y en los cuales sólo BLM tiene presencia”*.

Con la pretensión de reflejar las características de dichos mercados, las páginas ciento setenta y cuatro y ciento setenta y cinco del OPR exponen mapas de las zonas conurbadas de las ciudades de México y Guadalajara, respectivamente. Dichos mapas buscan representar los *“puntos de venta de los comercios afiliados a la Red Qiubo que se encuentran dentro de la cobertura de los servicios ofrecidos por Telefónica, Iusacell o Unefon que coinciden con la cobertura de Telcel y, en el año dos mil doce, no existía una tienda “Confidencial” a una distancia lineal de dos punto cinco kilómetros”* (puntos no competidos por **“Confidencial”**).

Esto es, el análisis y definición de los Mercados Relacionados del OPR pretende caracterizar aquellas localidades en las que se cierra el mercado a los competidores de Telcel. Sin más, un esfuerzo incompleto de la AI por definir un conjunto de localidades dentro de la cobertura de Telcel y algún competidor, para las cuales el competidor no tenía manera de vender tiempo aire a sus usuarios en virtud de que se complementaba la exclusividad, con la ausencia de un **“Confidencial”** (y sus tiendas relacionadas) en la cercanía inmediata.

De hecho, la AI *“extiende”* este análisis afirmando que en dichas localidades donde no existe cobertura de un **“Confidencial”**, tampoco la habrá de otros puntos de venta como **“Confidencial”**. Todos ellos agentes económicos cuyos puntos de venta, según el análisis de la AI, están incluidos estrictamente en el área de cobertura de **“Confidencial”**.

Pues bien, aunque en el marco de un cúmulo de premisas y parámetros metodológicos cuestionables, el ejercicio muestra cierto parecido con un ejercicio que, bajo las premisas y parámetros metodológicos correctos, habría podido sentar las bases para identificar la proporción del mercado que se cierra con la conducta que se investiga. Desafortunadamente, el OPR no le da seguimiento a los corolarios naturales que tendrían que haber seguido del análisis que propone, no concluye sobre la proporción en comento, y no la contrasta con las referencias doctrinales que habría tenido que justificar como relevantes para el caso que nos ocupa.

Por lo que toca a sus premisas y parámetros metodológicos cuestionables, vale la pena abundar sobre el hecho de que el OPR deja indefinido el concepto

mismo de Mercados Relacionados. Hecho que cobra particular relevancia a la luz de que el término “*casi no aparece*” en la LFCE, y su caracterización es prácticamente nula en comparación con otros objetos mucho mejor delimitados como el concepto de mercado relevante.

Si el OPR iba a referirse a un mercado en el que ocurre buena parte de los efectos que analiza, y sobre el cual dice que la conducta trascendió, habría sido indispensable que definiera sobre bases metodológicas y doctrinarias objetivas, la delimitación precisa del concepto de mercado relacionado. Desafortunadamente, no se aprecia en el OPR definición o delimitación alguna de los mercados Relacionados, que trascienda apenas un diagrama, y un par de apreciaciones vagas que bosquejan el concepto en relación con mercados minoristas aguas abajo, puntos de venta afiliados a determinadas redes, y una aparente dimensión geográfica local de alcance muy estrecho en su radio de influencia.

En ese tenor, el OPR carece de fundamento y no delimita bajo parámetros económicos, la dimensión producto del servicio minorista que sitúa vagamente aguas abajo; no analiza ningún tipo de sustitución económica de los puntos de venta que dice son disponibles a la luz de otros canales de acceso de los suscriptores o consumidores finales; y no justifica o fundamenta la naturaleza local de la dimensión geográfica que bosqueja, mucho menos abunda sobre la razonabilidad económica de los parámetros que utiliza para delimitar el radio de influencia que define los Puntos No Competidos por “**Confidencial**”.

Por sí sola, la ausencia de una metodología económica objetiva para delimitar las diversas dimensiones de los servicios minoristas que el OPR asocia con los Mercados Relacionados, es la fuente de toda una serie de omisiones que demeritan buena parte de las conclusiones a las que llega la AI, y que se relacionan tanto con el efecto de la conducta sobre consumidores finales, como con lo que eventualmente habría sido un análisis objetivo de la proporción del mercado que se cerró con la supuesta conducta investigada.

Basta con llamar la atención al cúmulo de canales alternativos disponibles para el consumo de un usuario final de tiempo aire (llamadas telefónicas y mensajes cortos para recargas, acceso a datos móviles, cajeros automáticos, otros puntos de venta minoristas), y que engloban toda una serie de sustitutos disponibles que difícilmente permiten argumentar el cierre de la disponibilidad de tiempo aire para los usuarios finales de un competidor de Telcel.

Desafortunadamente, cuando se dice que el OPR no le dio seguimiento a los corolarios que tendrían que haber seguido del análisis que proponía, ello quiere decir que el OPR no reporta ni siquiera indirectamente, la proporción que los Puntos No Competidos por “**Confidencial**” representan de todos los Mercados Relacionados. Esto es, el OPR parece definir un subconjunto de Mercados Relacionados que sugieren ausencia de puntos de venta del tiempo aire de terceros competidores, pero no reporta qué proporción representan estos mercados “*cerrados*” del total de Mercados Relacionados definidos bajo los

parámetros de la AI, en este caso del total de localidades contenidas en la dimensión geográfica nacional del Mercado Relevante original.

De la lectura del OPR no es posible determinar siquiera si los dos mapas presentados en las páginas ciento setenta y cuatro y ciento setenta y cinco corresponden a la totalidad de los puntos azules a nivel nacional. Por ello, es claro que el OPR carece de fundamento y se deja a Telcel en estado de indefensión en la medida que no tiene la posibilidad de conocer en qué ciudades se señala está desplazando anticompetitivamente con su conducta.

Es necesario para Telcel conocer dichas ciudades donde se evalúa el desplazamiento para poder determinar si, como afirma la AI, se está presentado el referido cierre de mercado o si, por el contrario, existen canales alternativos suficientes para que sea falso concluir que la conducta investigada impidió el acceso a dichas localidades a los competidores de Telcel. Sin embargo, sin conocer puntualmente estas localidades la defensa específica de Telcel resulta jurídicamente imposible.

Máxime cuando la misma no existe en el OPR y no se le permitió a Telcel el acceso al Expediente en su integridad para conocer si existía esta lista con más localidades sobre las cuales se está analizando el supuesto desplazamiento, o si las localidades mostradas en los mapas de las páginas ciento setenta y cuatro y ciento setenta y cinco del OPR representan en sí mismas una lista exhaustiva y completa de todas las localidades donde la AI identificó el “*cierre de mercado*”.

Al respecto, es importante señalar que dicha lista, en caso de existir más localidades analizadas, no constituye información confidencial. Esto es, Telcel no requiere por parte de la AI la lista de cobertura de agentes económicos particulares como “**Confidencial**”, etc. o de sus competidores en el sector de las telecomunicaciones móviles. Requiere del cruce que con dicha información de coberturas supuestamente realizó la AI para determinar la existencia de desplazamiento y cierre de mercado. Elementos estrictamente necesarios para calificar la misma como violatoria de la LFCE y, por tanto, indispensables para una adecuada defensa.

Suponiendo entonces que las únicas localidades donde se presenta el cierre de mercado son aquellas presentadas en los mapas de las páginas ciento setenta y cuatro y ciento setenta y cinco del OPR, la AI habría de identificar qué proporción del mercado nacional, dimensión geográfica del Mercado Relevante, representan éstas. Así, por ejemplo, con información de BLM es posible señalar que en el año dos mil catorce (año en el cual culminó la conducta investigada) de cuatrocientos nueve mil ciento veintisiete puntos de venta donde llegaba la red de distribución de BLM, Red *Qíubo*, menos del cuarenta por ciento se encontraba en las regiones cinco y nueve, regiones donde se encuentran las referidas ciudades.

Adicionalmente, en estas regiones cinco y nueve se encuentran otras entidades, más allá de la Ciudad de México y Jalisco, donde no se ubicaron en el OPR localidades particulares donde se haya identificado el cierre. Esto es Nayarit,

Colima y Michoacán en la región cinco y Estado de México, Morelos e Hidalgo en la región nueve.²¹⁴ Así, en la actualidad, de la totalidad de puntos de venta de BLM en la región nueve únicamente veintitrés por ciento se encuentran en la Ciudad de México y, como puede verse en el mismo mapa presentado en la página ciento setenta y cuatro del OPR, no todas las localidades dentro de la Ciudad de México contienen puntos azules.

De donde, del total de puntos de venta que representa la red de BLM a nivel nacional, únicamente alrededor del veinticuatro por ciento se encuentra en la Región 9 y dentro de ésta únicamente veintitrés por ciento se encuentran en la Ciudad de México; por lo que los puntos azules en dicha ciudad habrían de representar máximo un cinco por ciento de la red total de BLM.

Este análisis no es exhaustivo ni completo debido a los limitantes en la información que enfrenta Telcel, que está en indefensión y además no es quien debe resentir la carga de la prueba de su inocencia. No obstante, la AI contaba con información suficiente, o en su caso la capacidad para solicitarla, para poder realizar un ejercicio similar de manera puntual que le permitiera presentar conclusiones cuantitativas objetivas respecto del cierre de mercado generado, supuestamente, por la conducta investigada.

Este ejercicio se realizó únicamente con base en el número de puntos de venta existentes; sin embargo, se pudo haber extendido hacia otros indicadores como ingresos por venta de tiempo aire generados en cada punto de venta. Ambos ejercicios apuntan a que la proporción del cierre de mercado en las localidades identificadas por la autoridad como “*puntos azules*” no representa una conducta anticompetitiva con base en referencias internacionales y antecedentes propios de la autoridad de competencia en México.

Ante la falta de ejercicios cuantitativos la AI se niega de antemano la posibilidad de evaluar la proporción en comento con respecto a las referencias científicas que existen tanto en precedentes nacionales e internacionales, como en la doctrina de competencia económica. Por ejemplo, si resultara como consecuencia del ejercicio que propone el OPR, que los Puntos No Competidos por “**Confidencial**” representan una proporción no significativa del universo de localidades que existen en la dimensión geográfica nacional del Mercado Relevante, las referencias que ofrece la doctrina competencia sugerirían que difícilmente podría postularse la conducta investigada como anticompetitiva.

Simplemente no se acreditaría la condición necesaria asociada a demostrar que la conducta en cuestión se caracteriza por suficiente generalidad como para cerrar mercados o su acceso a terceros competidores. Ello implicaría que la AI se habría quedado sin los elementos necesarios para acreditar exclusión o desplazamiento de la conducta investigada. Un hecho que a su vez implicaría

²¹⁴ AMX y Telcel manifiestan que aunque en el mapa de la Ciudad de México algunos de los nombres de las localidades sí pueden identificarse dentro de estas entidades adicionales de cobertura de la región 9; no es posible conocer la ubicación exacta o si las mismas son exhaustivas, además de que se presentan borrosas dentro del OPR.

que la autoridad tuviese que depender en su totalidad de una concepción vaga e indefinida de la supuesta “*importancia*” de la Red Qiubo.

Supóngase que los Puntos No Competidos por “**Confidencial**” estuvieran correctamente definidos que la AI transparentara la proporción de las localidades totales en territorio nacional que representan dichos puntos. Aun así, se tiene que el OPR no concreta el más mínimo esfuerzo por explicar qué proporción de los supuestos mercados relacionados “*cerrados*” (los puntos no competidos por “**Confidencial**”) corresponden a localidades cuyos puntos de venta fueron propensos a haberse creado precisamente en virtud del contrato de que investiga.

Efectivamente, si uno revisa las afirmaciones del OPR en su página ciento veinticuatro, y las complementa con las cifras expuestas en la Tabla 12 de la misma página, encontrará que la presencia de BLM en términos de municipios en territorio nacional, aceleró su crecimiento de manera exponencial a partir del año dos mil doce. Sin embargo, y en contraste, no se aprecia a lo largo del análisis del OPR, evaluación alguna sobre la posibilidad de que la conducta investigada hubiese proporcionado incentivos a BLM para invertir en sus propios puntos de venta. Ello a pesar de que el OPR sí menciona la posibilidad teórica de que un contrato de exclusividad incentive a los distribuidores a promover la lealtad a una sola marca, propiciando el aliciente para generar eficiencias intra marca, lo cual, entre otras cosas, podría incentivar a mayores inversiones productivas en fomento de una mayor cobertura de la red de BLM.

En este contexto, y para regresar al análisis del ejercicio que presenta el OPR con relación a los Puntos No Competidos por “**Confidencial**”, se tiene que no sólo no se reporta la proporción que estos puntos representan del universo total de localidades en territorio nacional, sino que además no se habla de la proporción de estos puntos que se crearon a raíz del inicio de la vigencia del contrato.

En este sentido, en la medida en la que existiese empalme entre los Puntos No Competidos por “**Confidencial**” y las localidades en las que BLM fue propenso a introducir su presencia a partir del dos mil doce y como consecuencia de los incentivos que le ofrecía el mayor margen asociado a la relación comercial con Telcel (la mayor comisión), la AI tendría que resolver cómo pretende fincar la responsabilidad de Telcel de cerrar los mercados relacionados que se han denominado como Puntos No Competidos por “**Confidencial**”, cuando una proporción posiblemente no insignificante de dichos puntos, no habrían siquiera existido sin la presencia del contrato que se investiga.

Al respecto, en el OPR la autoridad pretende deslindar cualquier mejora asociada a la red de BLM de la conducta investigada por el simple hecho de que, a decir de BLM, Telcel no invirtió en dicha red. No obstante, el OPR no considera que las mayores comisiones pagadas por Telcel a BLM generaron recursos económicos adicionales para reinvertir precisamente en el desarrollo de su red, en la cobertura de la misma y en la conexión de un mayor número de puntos de venta. Al respecto, precisamente en uno de los correos presentados

por la AI, de Telcel a BLM, se puede leer lo siguiente: “(...) **“Confidencial”**
“Confidencial””

Por lo que es claro que el margen adicional, se puede utilizar por parte de BLM para el desarrollo de su red y *“es muy probable”* que dicho margen haya sido clave en el incremento sustancial de la cobertura de BLM de **“Confidencial”**- a dos mil doce -**“Confidencial”**-. Situación que no es analizada por la AI a pesar de reconocer su existencia.

“De ser así”, la supuesta exclusividad permitió a BLM generar los recursos para crecer su red y, una vez alcanzado cierto tamaño y/o escala, decidió y volvió a ser un agente económico *multicarrier*. Es claro que este incremento en la cobertura de BLM benefició no sólo a Telcel sino al resto de los OSTM e incluso a otros agentes económicos en otros sectores cuyos servicios también pueden ser adquiridos o liquidados a través de la plataforma de BLM como lo puede ser la luz, gas, entre otros.

Las manifestaciones de las Emplazadas se consideran tanto inoperantes como infundadas.

En particular, AMX y Telcel afirman que el OPR carece de la debida fundamentación y motivación porque no establece porcentajes específicos del cierre de mercado que representó la exclusividad con BLM para acreditar que efectivamente ocurrió un fenómeno de *“foreclosure”*. Las Emplazadas agregan que esta omisión de la Autoridad Investigadora es grave porque la doctrina, tanto nacional como internacional, sí ha establecido umbrales específicos de cierre de mercado que deben presentarse en cada caso para demostrar que una exclusividad es anticompetitiva.

Al respecto, estas manifestaciones resultan infundadas porque no desvirtúan los elementos de convicción contenidos en el OPR y en el Expediente, con base en los cuales se tiene por acreditado que los hechos analizados actualizan uno de los supuestos de *objeto* previsto en el primer párrafo del artículo 10 de la LFCE.

Las Emplazadas se refieren a que *“existen”* umbrales específicos para graduar o calificar una exclusividad como anticompetitiva y que, al no ser considerados en el OPR, es imposible comprobar que efectivamente la exclusividad pactada con BLM tuvo la posibilidad de cerrar el mercado. Sin embargo, en el Expediente se identifica la existencia de elementos conceptuales y de práctica internacional²¹⁵

²¹⁵ Sirven de referencia los siguientes elementos.

Comisión Europea (2004). “Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 82 (ahora 101) del Tratado”. (2004/C 101/08), disponible en:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=EN).

“Una vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia ... no es necesario demostrar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia.” (énfasis añadido)

“Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas que ... presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado.” (Énfasis añadido)

que permiten determinar que existe una afectación a la competencia cuando es tan evidente que no necesita acreditarse que los efectos existan o puedan existir. En particular, existen referencias internacionales que establecen que los acuerdos de exclusividad pueden ser anticompetitivos, a pesar de afectar una pequeña proporción del mercado, cuando dicha exclusividad se enfoca en cerrar canales de distribución que resultan particularmente importantes para la entrada de nuevos competidores o la expansión de los competidores existentes.²¹⁶ En este sentido, tal como ha sido precisado en esta resolución, la *Red Quibo* de BLM, se considera importante tanto por el número de puntos de venta así como por la diversidad demográfica de las localidades que alcanza. Esto es, que la red de BLM tiene la capacidad de proveer y distribuir tiempo aire en localidades donde otros competidores como Oxxo y Microrecargas no tienen presencia.

Así, esta autoridad verifica la existencia de una imputación específica en el OPR que se sustenta en elementos de convicción contenidos en el Expediente que establecen los hechos específicos por los que se tiene por acreditada la existencia del *objeto* prohibido por la LFCE, consistente en: (i) desplazar a los OSTM competidores de Telcel en el Mercado Relevante; y (ii) desplazar e impedir el acceso de agentes económicos en los Mercados Relacionados que corresponden a las localidades en el territorio nacional en la que los puntos de venta de la *Red Quibo* operados por BLM, sobre los que tuvo lugar el acuerdo de exclusividad, constituyeron los únicos puntos de recarga disponibles, en donde los OSTM competidores de Telcel, podían competir en la provisión de telefonía móvil. Por economía, esta autoridad refiere a los elementos señalados en la sección 8.5 de esta resolución.

Además, es importante precisar que, para desvirtuar o combatir las consideraciones del OPR, no es suficiente que las Emplazadas nieguen las consideraciones de la Autoridad Investigadora o hagan vagas referencias a elementos de análisis que supuestamente fueron ignorados. Por el contrario, los agentes económicos emplazados deben hacer referencia a las razones y/o argumentos específicos mediante los cuales controviertan las imputaciones del OPR; y no sólo eso, sino que dichos argumentos deben estar debidamente

RBB Brief 31. "Catch-22: The role for economics in the assessment of information Exchange under Article 81". En este documento se identifica que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europea ha confirmado que:

"(...) para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia **«por el objeto»** (...) debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes.

(...)

(...) el criterio jurídico esencial para determinar si una coordinación entre empresas conlleva tal restricción de la competencia consiste en la **constatación** de que esa coordinación tiene por sí misma un grado suficiente de nocividad para la competencia." (Énfasis añadido)

²¹⁶ International Competition Network- Unilateral Conduct Working Group (2013), "*Unilateral Conduct Workbook*, Chapter 5: *Exclusive Dealing*", página 18, párrafo 49. Disponible en:

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc906.pdf>

sustentados o adminiculados con elementos probatorios que permitan al Pleno de este Instituto corroborar su veracidad.

Aunado a lo anterior, es importante precisar que en el OPR no se imputó responsabilidad presuntiva a las Emplazadas por el efecto de su conducta; es decir, que la Autoridad Investigadora no determinó que efectivamente se haya logrado el cierre de mercado al que hacen referencia AMX y Telcel. En el Expediente, se emplazó a estos agentes por la existencia de elementos de convicción que permiten constatar el objeto de afectar la competencia, a través del acuerdo de exclusividad, en el Mercado Relevante y los Mercados Relacionados.

Así las cosas, incluso suponiendo que las Emplazadas efectivamente hubieran presentando en sus escritos de contestación al OPR los umbrales que a su juicio debieron ser valorados, sus manifestaciones resultan **infundadas**. Nuevamente, AMX y Telcel esperan la acreditación de un daño a los mercados como consecuencia del cierre de los mismos; pero en este caso, el OPR y la presente resolución únicamente versan sobre la intencionalidad de las Emplazadas, elemento analizado en el apartado "8.6. Objeto de la conducta imputada de manera presuntiva" del OPR, que va de las páginas ciento setenta a doscientos y en la sección "Acreditación de la Práctica Monopólica Relativa" de esta resolución, a los cuales se remite en obvio de repeticiones.

Por otra parte, son **infundadas** las manifestaciones de AMX y Telcel por las cuales sostienen que en el OPR no se establece alguna métrica o punto de comparación para determinar que la red de distribución de BLM es "importante", y que este calificativo resulta indefinido. Esto, porque el sistema jurídico mexicano reconoce y valida la existencia de conceptos jurídicos indeterminados ante el dinamismo de la actividad humana y, específicamente, de las relaciones comerciales o económicas.

Diversos criterios judiciales han establecido la posibilidad de aplicar conceptos jurídicos indeterminados o flexibles, en la medida que tales conceptos se doten de circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar, que permitan valorarlos y fijar su alcance al momento de ser aplicados, reduciendo la discrecionalidad por parte de la autoridad.

A mayor precisión es aplicable el siguiente criterio:

"CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD.

*Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, **económicos**, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso **es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos**. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e **implica estar en zonas de***

incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. (...) Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se obtiene que *la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto.* Para completar la idea conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) *Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública.* Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho, ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema normativo-. *Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento.*²¹⁷

De lo anterior, se colige que particularmente en áreas dinámicas y técnicas de la actividad humana, el derecho prevé la existencia y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, sin que ello deba conducir a una falta de fundamentación y motivación. En ese sentido, para que la construcción del concepto indeterminado en un caso particular esté debidamente fundado y motivado, la autoridad debe dotar de contenido y características dicho concepto, de tal forma que los particulares conozcan con precisión los elementos en los que la autoridad motivó su decisión.

En el OPR, efectivamente se hace patente la importancia y relevancia que tiene la red de BLM en el Mercado Relevante y los Mercados Relacionados; sin embargo, a diferencia de lo que manifiestan las Emplazadas, la trascendencia de la red de BLM sí se encuentra debidamente explicada por la Autoridad Investigadora.

Sobre el particular, del OPR y el Expediente en general, se desprende lo siguiente:

- **“Confidencial” . “Confidencial”**
- Aunado a lo anterior, por la relación comercial con Grupo Bimbo, BLM tuvo acceso a la red de distribución de este agente económico.

²¹⁷ Tesis: I.4o.A.59 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro 177342, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXII, Septiembre de 2005, Pág. 1431, Tesis Aislada (Común).

- Para el año dos mil catorce BLM tenía presencia en “Confidencial” municipios, mientras que, “Confidencial” Oxxo “Confidencial”.
- Derivado de la alianza comercial de BLM con Grupo Bimbo, dicho agente económico tiene acceso potencial al menos a setecientos mil puntos de venta en total.²¹⁸
- La venta de tiempo aire de “Confidencial”.²¹⁹

Entonces, es falso que en el OPR no se hayan establecido los parámetros bajo los cuales se determinó que la red de BLM tenía la suficiente relevancia o trascendencia para que la exclusividad afectara, o tuviera el potencial de afectar, a otros OSTM, entre los que se encuentra Telefónica. Sobre todo, tomando en cuenta que también se analizaron las redes de distribución de los comercializadores de mayor tamaño después de BLM, cuya proporción es aún menor al cincuenta por ciento de la *Red Qiuho*.²²⁰

Posteriormente, las Emplazadas realizan diversos señalamientos sobre la determinación de los Mercados Relacionados, su relación con el Mercado Relevante y lo que denominan los “Puntos no Competidos por Oxxo”, mismos que se analizan a continuación.

En primer lugar, las Emplazadas señalan que la Autoridad Investigadora “*extiende*” el análisis sobre los puntos donde no se encuentran establecimientos de la cadena Oxxo a otros agentes como “*Grupo Gigante, Círculo K, Soriana, Farmacias Guadalajara, Wal-Mart, Chedraui, Farmacias del Ahorro, Banamex, Bancomer e Iconn*”. No obstante, estas manifestaciones resultan inoperantes por partir de una premisa equivocada, así como por consistir en manifestaciones genéricas y abstractas.

Las Emplazadas parten de una premisa equivocada porque las conclusiones establecidas en el OPR no responden a que la Autoridad Investigadora, sin más, hubiera “*extendido*” o extrapolado su análisis sobre los puntos de venta de Oxxo a otros agentes económicos sin justificación alguna. Por el contrario, se advierte que los agentes señalados tampoco cuentan con puntos de venta en los cuales sea posible realizar recargas de tiempo aire; y, por lo tanto, fueron incluidas como parte del análisis sobre los Mercados Relacionados donde únicamente es posible comprar tiempo aire a través de la red de BLM.²²¹

Asimismo, estas manifestaciones resultan abstractas y genéricas pues AMX y Telcel no demuestran mediante constancias del Expediente o elementos probatorios aportados por dichos agentes, que efectivamente en las localidades señaladas por la Autoridad Investigadora dentro de la distancia lineal establecida de dos punto cinco kilómetros (2.5 km), sí existan puntos de venta de las cadenas precisadas en el OPR. Es decir, que las Emplazadas se limitan a cuestionar las conclusiones de la Autoridad Investigadora pero no las desvirtúan mediante

²¹⁸ Folio 39623.

²¹⁹ Folios 1100 al 1123.

²²⁰ Folio 40540.

²²¹ Folios 15434, 19085, 21166, 22590, 29949, 30240, 34015, 34521, 34666, 35207, 36000, 38331, 39500 y 39896.

señalamientos específicos en los que demuestren que sí había puntos de venta de las siguientes cadenas comerciales: Grupo Gigante, Círculo K, Soriana, Farmacias Guadalajara, Wal-Mart, Chedraui, Farmacias del Ahorro, Banamex, Bancomer e Iconn.

En segundo lugar, las Emplazadas señalan que la Autoridad Investigadora deja indefinido el concepto de los "Mercados Relacionados", lo cual es relevante porque este término "casi no aparece" en la LFCE y su caracterización es "prácticamente nula" en comparación con otros objetos "mucho mejor delimitados" y no se aprecia en el OPR una definición "que trascienda apenas un diagrama, y un par de apreciaciones vagas". Estas manifestaciones son **inoperantes**, nuevamente, porque consisten en señalamientos genéricos y abstractos que no combaten ni controvierten los elementos de análisis establecidos en el OPR sobre los Mercados Relacionados.

Las Emplazadas argumentan que el concepto de Mercados Relacionados "casi no aparece" en la LFCE; pero omiten señalar lo que a su consideración es un número suficiente de veces que un concepto económico debe aparecer en la legislación aplicable para que dicho concepto pueda ser utilizado por la autoridad. Más aun, AMX y Telcel tampoco señalan las razones por las cuales deba concluirse que, para poder utilizar un concepto o elemento de análisis en el caso concreto, tal concepto tenga que estar señalado determinado número de veces dentro de la LFCE o el RLFCE.

Aunado a lo anterior, también es abstracto y genérico el señalamiento de que la caracterización de los Mercados Relacionados en la legislación es prácticamente nula. Esto, porque las Emplazadas no señalan cuál o cuáles son los elementos de análisis que a su juicio debió considerar la LFCE; y no sólo eso, sino que también omiten relacionar estos supuestos elementos con errores en el OPR que produzcan afectaciones específicas y concretas a los derechos de AMX y Telcel respecto a la imputación de la conducta. Las Emplazadas agregan que los Mercados Relacionados tienen una pobre caracterización comparados con otros objetos "mucho mejor delimitados"; sin embargo, no especifican a qué objetos se refieren, los elementos de caracterización de esos objetos, y por qué sería posible asumir que esos mismos criterios o elementos deben ser tomados en consideración dentro de los Mercados Relacionados.

Independientemente de estas consideraciones, se advierte que el OPR sí realiza una conceptualización específica y fundada de los Mercados Relacionados que no es controvertida por las Emplazadas.

Al respecto, en cuanto a la dimensión de producto, el OPR lo define como los servicios minoristas de tiempo aire, mientras que la dimensión geográfica fue catalogada como las localidades donde Telcel enfrentaba competencia de otros OSTM y los únicos puntos disponibles para adquirir tiempo aire pertenecían a la *Red Qiubo*. Sin embargo, las Emplazadas no establecen consideraciones mediante las cuales pretendan desvirtuar el servicio definido ni la determinación geográfica de estos mercados. En otras palabras, las Emplazadas dicen que los Mercados Relacionados fueron pobremente definidos, pero no aportan elementos de

convicción ni argumentos mediante los cuales pueda aducirse que la AI cometió errores en su definición y que, por lo tanto, deba realizarse una conceptualización más amplia o más estrecha de estos mercados.

La vaguedad de estas manifestaciones llega al grado de que AMX y Telcel ni si quiera dicen si los Mercados Relacionados debieron ser definidos de una manera más amplia, incluyendo otros servicios o zonas geográficas; o bien, o de una manera más estrecha reduciendo el margen de estos conceptos.

Ahora bien, por lo que hace a la determinación de las localidades de los Mercados Relacionados, las Emplazadas argumentan que en el OPR no se advierte una definición exhaustiva de todos los lugares del territorio nacional afectados por la conducta y que sólo se hace referencia a localidades periféricas de la Ciudad de México y Guadalajara.

Al respecto, el Pleno de este Instituto advierte que tales manifestaciones son ciertas, ya que de las páginas ciento setenta y cuatro y ciento setenta y cinco del OPR únicamente se advierte un análisis sobre diversas localidades de la Ciudad de México y Guadalajara. Sin embargo, dichos ejemplos sirven de referencia para ilustrar que los lugares afectados por la conducta se encuentran en localidades y municipios donde existe un menor grado de urbanización y, previsiblemente, tienen una baja densidad de población y un menor ingreso *per cápita* que el que se advierte de las localidades en las que se instalan tiendas de conveniencia de Oxxo, puntos de acceso del canal identificado como Bancos o los demás pertenecientes al Mercado Relevante.²²²

Las Emplazadas agregan que, en buena medida, de hecho estos puntos no competidos con Oxxo existen gracias al desarrollo de la red de BLM que se dio a partir de su alianza comercial con Telcel. Lo cual, es inoperante toda vez que consiste en manifestaciones genéricas que no son acreditadas por las Emplazadas; e incluso se advierte que resultan imprecisas y contrarias a la evidencia recabada en el Expediente.

En cuanto a este punto, la *Red Qiubo* de BLM no sólo comercializa tiempo aire de Telcel sino que también presta otros servicios electrónicos; por lo cual, no es posible concluir sin evidencia, que la expansión de la red de BLM responde exclusivamente a beneficios derivados del Contrato de Venta de Saldos celebrado con AMX y Telcel, y no a alguna otra relación comercial de BLM y Grupo Bimbo, o incluso a inversiones propias de dichos agentes económicos.

De hecho, en el Expediente se advierte que el exponencial crecimiento de la red de distribución de BLM, no se debe a la exclusividad celebrada con las Emplazadas, sino a un convenio de colaboración o *joint venture* celebrado entre

²²² Se cuentan con elementos que permiten conocer que en el treinta y cinco punto nueve por ciento (35.9%) de los municipios no existen corresponsables bancarios. Esto constituye evidencia indirecta de que era altamente probable que el único punto de venta de tiempo aire en las localidades referidas era la red de BLM. Información disponible en el Reporte de Inclusión Financiera 6, del Consejo Nacional de Inclusión Financiera, disponible en: <http://www.cnbv.gob.mx/Inclusi%C3%B3n/Documents/Reportes%20de%20IF/Reporte%20de%20Inclusion%20Financiera%206.pdf>

ese agente y Grupo Bimbo. Derivado de lo cual, BLM tuvo acceso a la red de puntos de venta de Grupo Bimbo, sin que en dicha operación hubieran intervenido AMX y/o Telcel.

Finalmente, por lo que hace a la supuesta existencia de canales alternativos para la distribución y comercialización de tiempo aire, así como la posibilidad de acudir a otros distribuidores y/o comercializadores distintos de BLM, se remite a las Emplazadas al inciso **B.** de este apartado, donde se analiza la supuesta existencia de estos canales y distribuidores, y la posible sustitución de los mismos en relación a la red de BLM.

B. Por otro lado, una de las razones por las que no puede concluirse el cierre de es la existencia de múltiples canales alternativos, exclusivos y *multicarrier*, para la distribución de tiempo aire de todos los OSTM en el territorio nacional y, particularmente, en las localidades identificadas por la AI Mercados Relacionados.

Al respecto, de la venta de primera mano de tiempo aire por parte del OSTM a su llegada al punto de venta hacia el usuario final puede haber más de un eslabón; por lo que las posibilidades de dispersión del tiempo aire se multiplican. Por ejemplo, el tiempo aire que Telcel comercializa a sus distribuidores, particularmente BLM, termina no sólo en el canal detalle, abarrotes, sino en una variedad de puntos de venta como: farmacias, agencias automotrices, boliches, baños públicos, boneterías, cafeterías, restaurantes, comedores industriales, casetas, papelerías, clubes deportivos, depósitos de cerveza, escuelas, estéticas, expendios de pan, ferreterías, hoteles, gasolineras, librerías, jugueterías, lavados de auto, puestos de revistas, tortillerías y vinaterías.

No basta con descartar la cobertura de un conjunto de instituciones financieras y tiendas de conveniencia y/o autoservicio, como lo hizo la AI en la página 173 del OPR, para concluir la existencia de localidades que sólo son atendidas por un solo canal de distribución de tiempo aire; ya que la variedad de giros donde puede darse la comercialización de este servicio es muy amplia. Razón por la cual, sin un análisis serio de campo, la AI llegó a conclusiones erróneas sobre cierre de mercado e inexistencia de canales alternativos basada únicamente en argumentos teóricos que contrastan con la realidad del mercado.

A todos estos puntos de venta de menor tamaño habría que añadir a las grandes cadenas, generalmente *multicarrier* que distribuyen tiempo aire en sus puntos de venta como: Wal-Mart, Chedraui, Coppel, Banorte, Bancomer, entre otros. Dado el tamaño de estas cadenas su cobertura tiende a abarcar una proporción importante del Mercado Relevante y los Mercados Relacionados; por lo que, si es cierto que ninguno de ellos tiene cobertura en los Puntos no Competidos por Oxxo, necesariamente habrán de representar una porción significativamente pequeña del mercado analizado total.

Aunado a lo anterior, el OPR considera la cobertura de instituciones bancarias, pero no su red de cajeros que es donde se llevan a cabo las recargas de tiempo aire *multicarrier*. Lo anterior es de especial importancia si se considera que en las

zonas alejadas y/o rurales donde es poco probable que exista una sucursal de alguna institución bancaria, “*es muy probable*” que tenga presencia –al menos en alguna de estas instituciones bancarias- a través de su red de cajeros.

De la misma manera, existen los distribuidores exclusivos y puntos de venta propios de cada uno de los OSTM. Al respecto, es importante señalar que, en el análisis de Puntos no Competidos por Oxxo, la AI jamás menciona si en estas localidades existe o no un distribuidor de la Denunciante o cualquier punto de venta propio donde pudiera llevarse a cabo la adquisición “*física*” de tiempo aire.

Adicionalmente, todos los OSTM tienen plataformas propias y/o de terceros, así como otros mecanismos más sencillos como una llamada telefónica, que permiten hacer recargas desde la misma terminal móvil sin necesidad de acudir a un punto de venta específico. Considerando que para que la red de BLM tenga cobertura se requiere de la existencia de redes de datos, es posible asegurar que en cualquiera de las localidades identificadas como Puntos no Competidos por Oxxo, un usuario tiene acceso a la red de datos, desde su terminal móvil u otro dispositivo propio o de un tercero, para adquirir tiempo aire de manera electrónica a través de la variedad de páginas y proveedores que comercializan dicho tiempo aire en Internet.

Al respecto, Telcel incluso ha detectado que haciendo uso de terminales móviles para la compra de tiempo aire de Telcel a través de la plataforma *Street Seller*, plataforma desarrollada por Telcel para la comercialización de tiempo aire Telcel a pequeños distribuidores, algunos agentes económicos incluso llegaron a vender tiempo aire de Telefónica.

También, habrá que añadir a la ecuación todos los puntos de venta de redes y/o plataformas de terceros cuya cobertura no fue analizada por la AI pero que forman parte de la red de distribución de tiempo aire de un OSTM. Tal es el caso de los quioscos de recargas y otros mecanismos y dispositivos similares.

Por último, el OPR no considera que es muy probable que los habitantes en “*localidades ubicadas en las preferias de las ciudades o zonas alejadas de las cabeceras municipales (...)*” tienden a desplazarse más de dos punto cinco kilómetros a sus zonas de trabajo o incluso de estudio; por lo que, no contar con un punto de venta que comercializara tiempo aire de su compañía de telefonía móvil, en este caso Telefónica, cerca de su domicilio no le impediría realizar una recarga en puntos de venta cerca de otros lugares que frecuenta.

Así, independientemente de cualquier exclusividad que AMX y Telcel hubieran tenido con algunos de sus distribuidores para la comercialización de tiempo aire, lo cierto es que en tanto este distribuidor no comercialice directamente dicho tiempo aire al usuario final, no tiene manera de controlar que el agente económico tercero a quien haya comercializado dicho tiempo aire sea o no *multicarrier*; o bien si, siendo exclusivo de Telcel, comercialice su tiempo aire en un punto de venta *multicarrier*. Así, es de destacar que existen puntos de venta que compran tiempo aire a distintos distribuidores exclusivos, quienes venden

únicamente tiempo aire de una sola compañía telefónica, y por tanto, ofrecen al usuario final tiempo aire de diversas compañías. Lo anterior quiere decir que una exclusividad en el mercado "aguas arriba" no se traduce forzosamente en una exclusividad en el mercado "aguas abajo", es decir, la existencia de exclusividades en redes de distribución no necesariamente genera exclusividad en puntos de venta minorista.

Por otra parte, aun suponiendo que -dada la cobertura de BLM (Grupo Bimbo)- su red se vuelve atractiva y necesaria para un OSTM; lo cierto es que el desarrollo de dicha red dependió, en buena medida, de la relación comercial con Telcel. De donde, los otros OSTM, particularmente Telefónica, podrían buscar generar su propio socio comercial mediante el establecimiento de relaciones comerciales similares con empresas de bienes de consumo que llevan sus TPVs (sic) a diversos comercios entre los que se encuentran las tiendas de abarrotes.

Adicionalmente, existen empresas independientes que ofrecen sus servicios de distribución a un portafolio diverso de bienes de consumo y transportan una TPV. Estos terceros constituyen una alternativa viable y rentable de la red de BLM y sin embargo su existencia no fue siquiera considerada por la AI.

La existencia de estos socios comerciales tentativos, permitiría a otros OSTM, particularmente a Telefónica, replicar la relación comercial de Telcel con BLM. Lo anterior destacando que Telefónica no requiere de una red con tanta capilaridad como la de BLM ya que su cobertura y número de usuarios son menores que los de Telcel; por lo que sus necesidades de distribución son también menores.

Entonces, es posible concluir que resulta falsa la siguiente aseveración del OPR:

"En este tenor, la conducta de AMX y TELCEL tuvo por objeto desplazar indebidamente a los competidores de TELCEL del MERCADO RELEVANTE, así como desplazar indebidamente a otros agentes económicos e impedirles sustancialmente su acceso a ciertos mercados relacionados de consumo minorista de tiempo aire, donde para sus competidores es difícil o imposible acceder a dichos mercados, si no se tiene acceso a la red de distribución de BLM".

En conclusión, es difícil argumentar que un acuerdo con exclusividad en un canal en particular dañe a la competencia, dadas las distintas alternativas de acceso existentes.

En resumen, la AI afirma que "(l)os Mercados Relacionados donde la práctica tuvo el objeto referido, se encuentran en localidades donde no existe presencia de una cadena comercial o tienda de conveniencia, sino sólo BLM, o en los que otra plataforma no participe". Sin embargo, no aclara cuáles fueron los elementos que tomó en cuenta y los análisis que realizó para asegurar que BLM es o sería la única plataforma disponible para la venta de tiempo aire.

Los Puntos no Competidos por Oxxo, pueden no representar localidades donde exista cierre de mercado como pretende hacer ver la AI como fruto de su análisis

parcial e incompleto. Por ejemplo, en el mapa de la página 174 se observa que cerca de Santa Catarina Yecahuitzotl existen varios "puntos azules". No obstante, en esta comunidad se identificaron, al menos, un cajero de Banorte y una tienda de Movistar; ambos elementos donde se puede adquirir tiempo aire de Telefónica y cuya cobertura, con base a lo señalado por la misma AI en el OPR, no fue considerada para la determinación de dichos puntos azules.

En conclusión, no hay un análisis de campo donde se hubiese investigado el comportamiento y el uso de la red de BLM en la realidad, así como la existencia de plataformas alternativas o puntos de venta aledaños donde se comercialice el tiempo aire de otros OSTM competidores de Telcel. Ello no solo demuestra la insuficiencia de la investigación realizada, sino que acredita también que el OPR deviene incompleto, parcial e infundado, por lo que ha de desestimarse.

Existe un elemento adicional cuyo análisis es inexistente, no aparece en el OPR: el objeto o efecto de desplazamiento en el Mercado Relevante o Mercados Relacionados como consecuencia de la conducta investigada. Este elemento es necesario para poder declarar la conducta como una práctica monopólica relativa; no obstante, su análisis por parte de la AI se limita a un par de párrafos conclusivos sin fundamento alguno, ni cuantitativo ni cualitativo. En la Sección 8.6.4 del OPR, la AI señala que:

"Dada la presencia y análisis de las características referidas en la sección 8.6.3 anterior, se considera que el acuerdo de exclusividad entre AMX y Telcel con BLM materia del presente OPR, tuvo por objeto desplazar indebidamente a otros agentes del Mercado Relevante, en específico, a otros OSTM, competidores de Telcel".

"Conforme a las características referidas en la sección 8.6.3 del presente OPR, se considera que el acuerdo de exclusividad entre AMX y Telcel con BLM materia del presente OPR, tuvo por objeto desplazar indebidamente a otros agentes o impedirles el acceso de manera sustancial a los Mercados Relacionados, en específico, a otros OSTM, competidores de Telcel".

No obstante, dichos párrafos no vienen con un análisis cuantitativo o cualitativo que los sustente, ni material probatorio que más allá de la presunción de inocencia y de toda duda razonable pudiera soportar esas afirmaciones.

Más aún, no existe análisis alguno por parte de la autoridad que demuestre que de facto los competidores de Telcel, otros OSTM, no tuvieron acceso a los Mercados Relacionados. Esto es, no existe análisis alguno que demuestre que los referidos párrafos del OPR guarden relación verídica alguna con la realidad del Mercado Relevante y los Mercados Relacionados.

Aun si todos los argumentos económicos presentados por Telcel no fuesen suficientes, también es posible demostrar la falta de un análisis completo y correcto por parte de la AI para determinar el efecto u objeto de desplazamiento indebido por parte de la conducta analizada. Esto es, conforme a la LFCE, no basta con que exista una conducta que pueda ser calificada como violatoria de la ley conforme a la definición de práctica monopólica relativa y que la misma sea llevada cabo en un mercado relevante,

correctamente definido, donde un agente económico ostente supuestamente poder sustancial; es necesario que también se demuestre que dicha conducta tuvo como objeto o efecto dañar a un agente económico competidor del agente económico investigado.

Para el caso que nos ocupa, lo anterior implicaría que la AI demostrara, de manera concreta, un desplazamiento hacia la Denunciante. No existe demostración de un desplazamiento, mientras existe la prueba de un desistimiento de la Denuncia por parte de Telefónica que, cuando menos a nivel indiciario, conlleva la idea de que la Denunciante no fue desplazada.

Telefónica es un OSTM competidor de Telcel en la oferta de servicios de telecomunicaciones móviles al usuario final y la oferta de otros servicios mayoristas como la comercialización de recargas de tiempo aire. En el caso de esto último, si bien Telefónica también participa de la venta de tiempo aire, ya sea mediante tarjetas físicas o con recargas electrónicas, el tiempo aire ofrecido por Telefónica no es sustituto del tiempo aire ofrecido por Telcel y viceversa. Esto, porque el usuario de telecomunicaciones móviles se ve restringido, por naturaleza, a utilizar el tiempo aire del operador con el que tiene contratados sus servicios de telecomunicaciones móviles. Hecha la aclaración anterior, la pregunta que se vuelve relevante para analizar y que debió hacer y responder la AI en el OPR, y que es parte necesaria y fundamental en la determinación de la existencia de una práctica monopólica relativa, es ¿cómo puede AMX desplazar a Telefónica mediante la oferta de su propio tiempo aire bajo ciertas condiciones comerciales?

Para responder a lo anterior se desprenden dos posibilidades: i) que la conducta imputada a AMX y Telcel esté generando una disminución en el tiempo aire vendido por Telefónica a sus usuarios de prepago, o ii) que Telefónica esté perdiendo usuarios a raíz de la conducta investigada. En el OPR no se encuentra este análisis por parte de la AI.

Un usuario de prepago de Telefónica al enfrentarse ante la posibilidad de “no encontrar” recarga de tiempo aire en un punto de venta específico, en este caso supuestamente en los puntos de venta donde BLM distribuye el tiempo aire de Telcel, se enfrenta ante tres posibilidades:

- i) no llevar a cabo la recarga y, consecuentemente, no consumir el tiempo aire;
- ii) buscar un canal alternativo para la adquisición del tiempo aire, o
- iii) cambiar de proveedor por otro OSTM que sí cuente con puntos de recarga.

Estas posibilidades están estrictamente relacionadas con el tiempo. Esto es, la opción i) sería únicamente una opción en el muy corto plazo, ya que eventualmente el usuario habrá de adquirir tiempo aire. Por su parte, la opción iii) será una opción en el mediano plazo, ya que existen otros elementos más importantes que la disponibilidad de recargas de tiempo aire, que fueron evaluados por el consumidor al elegir su operador de telecomunicaciones y que habrán de persistir al momento que éste decidiera cambiar de operador.

Así, en un primer momento, el usuario final de prepago acude al punto de venta, al no encontrar disponibilidad de recarga de tiempo aire para su compañía telefónica, decide no realizar la recarga y, por tanto, no realizar el consumo de servicios de telecomunicaciones móviles que lo llevó a necesitar la adquisición de la recarga originalmente. Lo anterior tendría como consecuencia una disminución, temporal y limitada, del tiempo aire vendido por dicho operador móvil. Al respecto la AI afirma:

“(...) un consumidor promedio debió transportarse a mayores distancias para poder realizar una recarga o incluso pudo haber dejado de realizar recargas al no contar con un punto de venta que comercializara tiempo aire de dichas compañías de telefonía móvil y que estuviera cerca de su domicilio”.

Sin embargo, esta alternativa es una de muy corto plazo debido a que el usuario buscará la manera de adquirir dicho tiempo aire en canales alternativos para poder satisfacer sus necesidades de consumo. Así, de manera inmediata o con posterioridad pero siempre en el muy corto plazo, el usuario habrá de identificar canales alternativos para la adquisición de recargas electrónicas o tarjetas físicas que le permitan adquirir el tiempo aire. Esto es, es poco probable que el usuario final simplemente deje de consumir los servicios móviles por no haber encontrado una recarga de tiempo aire en un punto de venta específico. Máxime con la amplia existencia de canales alternativos diversos para la recarga de dicho tiempo aire.

Es así que Telefónica no pudo haberse visto desplazado en su venta de tiempo aire. Esta afirmación no es desvirtuada por la AI, quien en su OPR no presenta un análisis de la venta de tiempo aire total de Telefónica o del tiempo aire consumido por sus usuarios finales durante el periodo investigado que demuestre una disminución en el mismo. Esto pese a que dicha autoridad cuenta o pudo haber solicitado a Telefónica dicha información en la investigación.

Al respecto, en la página 154 del OPR la AI afirma:

“Telefónica dejó de percibir ingresos en virtud de dicha situación. Este hecho se corrobora con la caída en la facturación; en particular, con la factura emitida por Telefónica a favor de BLM por concepto recargas electrónicas de tiempo aire (...)”.

Es un resultado lógico y previsible que la venta de tiempo aire de Telefónica a BLM haya disminuido en el momento en que la relación comercial entre ambos agentes económicos se terminó. Por lo mismo, también es una consecuencia lógica el que Telefónica haya dejado de percibir ingresos de dicha relación comercial. No obstante, lo anterior no demuestra que Telefónica haya disminuido sus ingresos por venta de tiempo aire en el periodo investigado.

La AI debió presentar en su OPR los ingresos de Telefónica por venta de tiempo aire no a BLM, a quien dejó de venderle en el periodo investigado, sino totales. En la medida que los usuarios de Telefónica hayan acudido a canales alternativos a satisfacer sus necesidades de consumo de tiempo aire, el tiempo aire que se dejó de comercializar a través de BLM, se comercializó a través de otros canales directos e indirectos de Telefónica. De donde, más que una

disminución en el tiempo aire vendido por parte de este operador, la cual en ningún momento fue presentado ni demostrado por la AI en el OPR.

Es así que la disminución de las ventas de tiempo aire de Telefónica a través de un canal específico, en este caso BLM, no muestra la existencia de desplazamiento alguno sino de redistribución de la comercialización. Ese análisis no existe en el OPR y, además, Telcel no cuenta con acceso a la información de venta de tiempo aire de Telefónica que le permita presentar de manera fundamentada y cuantificada este análisis (y que debería haberse incluido en el OPR, en todo caso); no obstante, sí puede concluir que sin el mismo las afirmaciones de desplazamiento realizadas por la AI son gratuitas y carecen de fundamento y de demostración.

En la medida que los usuarios de Telefónica hayan acudido a canales alternativos de consumo para la adquisición de recargas de tiempo aire, se prueba que la conducta analizada no tuvo por objeto o efecto impedir el acceso de dichos usuarios minoristas en Mercados Relacionados, también se prueba que los OSTM tuvieron acceso a canales alternativos de distribución en el Mercado Relevante. La existencia de dichos canales alternativos prueba también que no sólo no hubo efecto alguno de la práctica sino tampoco objeto.

Esto porque al ser del conocimiento de Telcel, y del resto de los OSTM, la existencia de dichos canales es claro para todos que ninguno de ellos, independientemente de su tamaño como operadores móviles, tiene la capacidad de "*cerrar el mercado*" de distribución de tiempo aire. Es decir, para todos los operadores móviles es claro que cualquier conducta tendiente a lo anterior habría de ser una conducta estéril en la medida que existen demasiadas alternativas para que dicho tiempo aire pueda llegar al usuario final, alternativas que al presentarse a través de diferentes agentes económicos y plataformas no pueden ser controladas por ningún OSTM en su totalidad ni en ninguna proporción significativa que pueda implicar un "*foreclosure*" o cierre de mercado.

Finalmente, se analiza la posibilidad de que los usuarios de Telefónica, al no encontrar con la misma disponibilidad sus recargas de tiempo aire en un punto de venta específico, decidan no buscar canales alternativos para la adquisición del mismo, sino cambiar de OSTM. En este caso, el usuario habría de valorar con mayor fuerza la disponibilidad de tiempo aire como elemento diferenciador para la selección del OSTM sobre otros elementos como la cobertura, los precios y otros; elementos que -en un primer momento- llevaron al usuario a, en este caso, elegir a Telefónica como su operador móvil.

Al respecto, el Instituto ha señalado que los principales motivos de los usuarios de telecomunicaciones móviles para elegir un OSTM son "*buena cobertura*", "*por las ofertas/promociones*" y "*buen servicio/ es bueno*".²²³ Lo anterior indica que existen

²²³ AMX y Telcel señalan como fuente la siguiente: Instituto Federal de Telecomunicaciones. Cuarta Encuesta 2016 Usuario de Servicios de Telecomunicaciones, página 77, consultable en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/confenidogeneral/usuarios-y-audiencias/cuartaencuesta-acc.pdf>

otros elementos de mayor peso en la decisión del usuario que el acceso al tiempo aire, y que éste no es un factor tan relevante en la decisión de contratación del operador por parte del usuario. De hecho, este factor ni siquiera entra dentro de los nueve principales motivos de elección de OSTM presentados por el Instituto. Lo anterior, incluso puede ser prueba de la diversidad de canales alternativos que existe para la adquisición de dicho tiempo aire. El conocimiento de este fenómeno en la industria, existente incluso en publicaciones del mismo Instituto, tiene como consecuencia que sea difícil e infundado argumentar que Telcel tenía el objeto de cerrar el mercado mediante la conducta investigada. Esto porque sería del conocimiento de este operador que dicha conducta no habría de tener impacto alguno en el consumidor.

La AI no presentó en su OPR, indicador alguno que demuestre de manera fehaciente que Telefónica, independientemente de un análisis de causalidad, haya presentado disminución alguna en variables como usuarios o comercialización de tiempo aire total, que permitan identificar un posible desplazamiento a raíz de la conducta analizada.

Al respecto, las manifestaciones de las Emplazadas se consideran inoperantes e infundadas, en los términos descritos en los párrafos subsecuentes.

Antes de realizar el análisis sobre los señalamientos de las Emplazadas en relación con la existencia de canales de distribución alternativos distintos de la red de BLM, es necesario señalar que tales manifestaciones únicamente se encuentran encaminadas a desvirtuar el desplazamiento y cierre de mercado en los Mercados Relacionados. Es decir, que estos señalamientos no se encuentran vinculados por parte de AMX y Telcel con el Mercado Relevante definido como la venta mayorista de bolsas virtuales, sino que se encaminan a intentar acreditar que sí había puntos de venta distintos de la red de BLM en los Mercados Relacionados definidos en el OPR.

Dicho lo anterior, son inoperantes por consistir en manifestaciones abstractas y genéricas los señalamientos de AMX y Telcel por virtud de los cuales sostienen que el OPR fue omiso en considerar el impacto de otros canales de distribución ante un posible cierre de mercado tales como: **i)** pequeños comercios, como farmacias, papelerías, expendios de pan, gasolineras, librerías jugueterías, entre otros; **ii)** grandes cadenas de autoservicio como *Wal Mart, Chedraui, Coppel*; **iii)** cajeros automáticos; **iv)** distribuidores exclusivos y puntos de venta desarrollados por los propios OSTM, **v)** llamadas y mensajes **vi)** la plataforma *Street Seller*, y **vii)** kioscos de recargas.

A mayor precisión, AMX y Telcel señalan que debido a la existencia y variedad de múltiples canales de distribución para la venta de tiempo aire, es imposible concluir que al cerrar la red de distribución de BLM se podría desplazar o impedir el acceso a otros OSTM al Mercado Relevante y los Mercados Relacionados. Sin embargo, las Emplazadas omiten presentar información, datos y/o cualquier tipo de evidencia mediante la cual demuestren que, efectivamente, la venta de tiempo aire a través de los canales de distribución que señalan es similar, o al menos significativa, en

comparación con la capacidad de distribución y venta que representa tener acceso a la red de BLM.

En otras palabras, AMX y Telcel se limitan a hacer referencia a otros canales de distribución que supuestamente no fueron considerados dentro del OPR; no obstante, omiten presentar información relativa al porcentaje de ventas de tiempo aire que se obtiene por el uso de dichos canales. En este sentido, es importante precisar que debido a que las Emplazadas hacen uso de estos canales de distribución, es posible asumir que sí contaban con la información correspondiente al menos por lo que se refiere a Telcel; lo cual, pudo constituir evidencia indiciaria sobre un comportamiento del mercado distinto del que se establece en el OPR.

No obstante, al no presentar evidencia alguna que permita a este instituto corroborar el sustento de las manifestaciones de AMX y Telcel, se advierte que tales consideraciones resultan **inoperantes**. Es decir, para el Pleno de este Instituto no es viable, ni jurídicamente posible, simplemente tomar por ciertas las afirmaciones de los agentes económicos emplazados, sin que dichas afirmaciones estén acompañadas de elementos probatorios en los cuales tengan soporte y puedan ser empleados para motivar la presente resolución.

Por otra parte, las manifestaciones de AMX y Telcel relativas a la existencia de canales de distribución alternativos también se consideran **infundadas**. Esto, en primer lugar, porque las Emplazadas señalan que los pequeños negocios, distintos de tiendas de abarrotes, representan un canal de distribución alternativo a la red de distribuidores o comercializadores como BLM. Sin embargo, de las constancias del Expediente se advierte que precisamente este tipo de establecimientos forman parte de la red de distribución de BLM u otros distribuidores y/o comercializadores.

Es decir, que negocios como farmacias, vinaterías, boneterías, cafeterías, depósitos de cerveza, expendios de pan, entre otros, en buena medida sirven como puntos de venta de tiempo aire en la medida que forman parte de red de distribución de algún distribuidor y/o comercializador, en este caso BLM. Para mejor referencia, de diversos correos electrónicos intercambiados entre las Emplazadas y BLM, se advierte que AMX y Telcel informan a BLM sobre diversas eventualidades ocurridas en puntos de venta de la red de BLM, que no son tiendas de abarrotes sino, farmacias, mini supermercados, e incluso cafés, en específico: "*Café Conectados*", "*Farmacia La Gloria*", "*Súper A*" "*Farmacia Bravo*", "*Minisuper Chispa*" y "*Mercadito y Carnicería Chilo*", entre otros.²²⁴

De lo cual, se advierte que las Emplazadas realizan un análisis incorrecto sobre la imputación del OPR cuando afirman que existen otros negocios diferentes de tiendas de abarrotes que no fueron considerados; pues en el OPR se demuestra que estos negocios sí forman parte de la red de distribución de BLM, o de algún otro comercializador; por lo cual, fueron considerados dentro del análisis de la Autoridad Investigadora.

²²⁴ Folios 4483 y 4484.

En segundo lugar, por lo que hace a las cadenas de autoservicio, de las constancias del OPR se advierte que, en la definición de los Mercados Relacionados, no sólo se descartó la existencia de puntos de recarga de la red de Oxxo. Sino que también, en estos mercados coincide que tampoco es posible encontrar puntos de venta de tiempo aire pertenecientes a las cadenas cuyos nombres comerciales son: Grupo Gigante, Círculo K, Soriana, Farmacias Guadalajara, Wal Mart, Chedraui, Farmacias del Ahora, e incluso bancos como Banamex y Bancomer.

Por lo tanto, se concluye que es infundada la manifestación de las Emplazadas por virtud de la cual sostienen que en el OPR la Autoridad Investigadora fue omisa en considerar el impacto de las redes de distribución de cadenas de autoservicio. De hecho, de las constancias del Expediente se observa que estos agentes económicos fueron requeridos por el Instituto para determinar la existencia y ubicación de los diversos puntos de venta.²²⁵

Sobre este mismo punto, las Emplazadas nuevamente omiten presentar cualquier tipo de elementos probatorios a partir de los cuales se demuestre, al menos de forma indiciaria, que las conclusiones del OPR relativas a la existencia y ubicación de los puntos de venta de las cadenas señaladas son incorrectos. AMX y Telcel no acreditan de manera específica, para el Periodo de Exclusividad, errores en la determinación de los Mercados Relacionados, ni tampoco que el impacto de las grandes cadenas de autoservicios permita concluir que ante un cierre de la red de BLM, estas cadenas representan un canal de distribución y venta con la misma capacidad, o al menos similar a la de BLM.

Efectivamente, AMX y Telcel no cuentan con información relativa a Telefónica ni los distribuidores y/o comercializadores pertenecientes a dicho agente económico. Sin embargo, ello no implica que las Emplazadas no cuenten con la información relativa a los propios puntos de venta de tiempo aire de Telcel, entre los que se encuentran las cadenas de autoservicio a las que hacen referencia, y respecto de las cuales sí pudieron presentar información para sustentar sus manifestaciones; que, al no hacerlo, consisten en señalamientos de carácter especulativo, y por lo tanto insuficientes.

Como tercer punto, AMX y Telcel afirman que:

*“Telcel incluso ha detectado que haciendo uso de terminales móviles para la compra de tiempo aire de Telcel a través de la plataforma Street Seller, plataforma desarrollada por Telcel (...) incluso llegaron a vender tiempo aire de Telefónica”.*²²⁶

Así, las Emplazadas afirman que: **i)** desarrollaron una plataforma denominada *Street Seller*; **ii)** esa plataforma es usada para vender tiempo aire de Telcel a través de terminales móviles, y **iii)** *Street Seller* se ha usado para comercializar también tiempo aire de Telefónica. No obstante, AMX y Telcel omiten presentar elemento

²²⁵ Folios 15434, 19085, 21166, 22590, 29949, 30240, 34015, 34521, 34666, 35207, 36000, 38331, 39500 y 39896.

²²⁶ Folios 40698 y 40981.

probatorio alguno mediante el cual acrediten cualquiera de los puntos anteriormente señalados. En este caso, la omisión de las Emplazadas de presentar pruebas para acreditar sus manifestaciones cobra particular relevancia, pues ellas mismas afirman que la plataforma fue desarrollada por Telcel, y que dicho agente detectó el uso de su plataforma para la venta de tiempo aire de Telefónica; por lo cual, es claro que sí contaban con la información, documentos o cualquier otra evidencia.

Por otra parte, AMX y Telcel aseveran que independientemente de cualquier exclusividad celebrada con los distribuidores, entre tanto el distribuidor no comercialice directamente el tiempo aire, no hay forma de controlar que el agente económico que vende el tiempo aire al usuario final, en este caso los puntos finales de venta como tiendas de abarrotes y otros pequeños comercios, no sea *multicarrier*. Al respecto, se advierte que estos señalamientos resultan falsos y por lo tanto inoperantes, pues de las constancias del Expediente se advierte que AMX y Telcel sí tuvieron control y capacidad de verificar el cumplimiento de la exclusividad por parte de los puntos de venta afiliados a la red de BLM.

Lo anterior, porque durante el Periodo de Exclusividad en los contratos celebrados con BLM y los tenderos o pequeños comercios se estableció de manera terminante que los comercios afiliados no podían vender, distribuir, ni comercializar servicios iguales o semejantes a los de BLM; lo cual, incluía de manera explícita comercializar planes de prepago, es decir venta de tiempo aire, distintos de los proporcionados por BLM, que en este caso eran exclusivamente de la marca Telcel. En estos contratos, dicha condición se estableció de la siguiente manera:

“**Confidencial**”²²⁷

Esta exclusividad responde de manera directa al hecho de que AMX y Telcel prohibieron a BLM vender tiempo aire de la marca Telcel a cualquier comercio que vendiera tiempo aire de otro concesionario; de hecho, BLM precisó lo siguiente:

*“Mi Representada incluyó esa cláusula en virtud de que bajo la relación que tenía con América Móvil, no podía vender tiempo aire a algún punto de venta que también vendiera tiempo aire de otras compañías telefónicas. (...)”*²²⁸ (Énfasis añadido).

Incluso, de las constancias del Expediente se advierten comunicaciones electrónicas enviadas por Telcel a BLM donde este concesionario manifiesta que su personal detectó diversas incidencias o incumplimientos por parte de puntos de venta de BLM respecto de la exclusividad. Y no sólo eso, sino que, además Telcel manifestó que en caso de persistir se haría efectiva una penalización y no sería posible realizar el pago trimestral inicialmente acordado.

En estas comunicaciones electrónicas, se observa particularmente que el doce de febrero de dos mil trece de **“Confidencial”** de Telcel, dirigido a diversas personas donde manifiesta que:

²²⁷ Contrato BLM y sus comercios afiliados con vigencia del diecisiete de septiembre de dos mil trece. Folio 3842.

²²⁸ Escrito de BLM en respuesta al oficio número IFT\110\AI\DG-PMCI\127\2017. Folio 36160.

“Confidencial”

“Confidencial” punto de venta vende de otras compañías, si ese es el caso por ningún motivo puede venderse tiempo aire Telcel, ya que implicaría una penalización económica y la pérdida del bono trimestral.

Saludos”²²⁹ (Énfasis añadido).

Asimismo, y en seguimiento al tema relacionado con puntos de venta *multicarrier*, se aprecia un correo electrónico de catorce de marzo de dos mil trece, enviado por “Confidencial”, mediante el cual informa a diversas personas de Telcel y BLM la situación que guardan diversos puntos que previamente señalados por Telcel debido a que venden tiempo aire de otros OSTM. Sobre el particular, esta comunicación señala:

“Estimado “Confidencial”,

“Confidencial”:

(...)

“Confidencial”

(...)

“Confidencial”²³⁰ (énfasis añadido).

Finalmente, se aprecia otro correo electrónico de diecinueve de marzo de dos mil trece donde el propio “Confidencial” informa lo siguiente en relación con la red de distribución de BLM y la exclusividad pactada:

“Confidencial”²³¹ (énfasis añadido).

En conclusión, AMX y Telcel sí establecieron a través de BLM una exclusividad vinculante que permeó hasta los puntos de venta finales, y no se quedó únicamente en el nivel de los comercializadores y/o distribuidores. E incluso, se advierte que las Emplazadas llevaron a cabo mecanismos de verificación y cumplimiento para evitar que comercios de la red de BLM distribuyeran o vendieran tiempo aire de otros OSTM.

Posteriormente, las Emplazadas manifiestan que el desarrollo de la red de distribución de BLM dependió en buena medida de su relación comercial con AMX y Telcel, y que otros OSTM como Telefónica también tenían la oportunidad de desarrollar relaciones comerciales similares debido a que existen “empresas independientes” que ofrecen servicios de distribución.

Estas manifestaciones son **inoperantes**, toda vez que AMX y Telcel omiten presentar elementos probatorios mediante los cuales se acredite que la celebración del Contrato de Venta de Saldos, y específicamente la exclusividad acordada entre las Emplazadas y BLM, haya tenido como consecuencia el desarrollo y/o la

²²⁹ Folio 4450.

²³⁰ Folios 4483 y 4484.

²³¹ Folio 4461.

expansión de la red de BLM. Esto, porque en el Contrato de Venta de Saldos y en los correos electrónicos de las negociaciones entre estos agentes económicos no se observa que hayan acordado destinar un porcentaje determinado de las comisiones pagadas a la reinversión para la expansión de la red de BLM, ni tampoco que se hayan fijado metas relacionadas con el incremento de puntos de venta de BLM.

Es importante recordar, que la *Red Qiubo* de BLM no sólo comercializa tiempo aire de Telcel sino que también presta otros servicios electrónicos; por lo cual, no es posible concluir sin evidencia, que la expansión de la red de BLM responde exclusivamente a beneficios derivados del Contrato de Venta de Saldos celebrado con AMX y Telcel, y no a alguna otra relación comercial de BLM y Grupo Bimbo, o incluso a inversiones propias de dichos agentes económicos.

De hecho, en el Expediente se advierte que el exponencial crecimiento de la red de distribución de BLM, no se debe a la exclusividad celebrada con las Emplazadas, sino a un convenio de colaboración o *joint venture* celebrado entre ese agente y Grupo Bimbo. Derivado de lo cual, BLM tuvo acceso a la red de puntos de venta de Grupo Bimbo, sin que en dicha operación hubieran intervenido AMX y/o Telcel. Al respecto, de las constancias del Expediente se desprende lo siguiente:

“(...) Esta situación cambió el 23 de febrero de 2011, cuando Bimbo y BLTelecoms materializaron un Joint Venture, por medio del cual, la primera incursionó en el mercado de distribución de recargas electrónicas de tiempo aire, suscribiendo para tal efecto nuevas acciones de BLMéxico por un monto aproximadamente “Confidencial”. Derivado de lo anterior, Bimbo se convirtió en propietario del “Confidencial” del capital social de BLMéxico.

Según lo reportó BLTelecoms en sus informes anuales 2011-2012, la alianza garantizó el acceso de BLMéxico a la red de distribución de la empresa con el negocio panadero más grande del mundo, misma que alcanza aproximadamente “Confidencial” puntos de entrega. Según dichos documentos, el objetivo de la alianza consiste en utilizar la presencia y las capacidades logísticas de Bimbo para el despliegue de dispositivos de recargas electrónicas en puntos de venta en México, para lo cual se celebró un acuerdo de distribución que ha permitido la aceleración de la presencia de BLMéxico.”²³²

Asimismo, es **inoperante**, por consistir en manifestaciones genéricas y abstractas, el señalamiento de que existen otras “empresas independientes” que proporcionan sus servicios de distribución con las que Telefónica pudo haber celebrado acuerdos comerciales. Esto, porque nuevamente las Emplazadas se limitan a señalar de manera ambigua la existencia de supuestos agentes económicos enfocados a la prestación de servicios de distribución; sin embargo, no señalan de manera específica cuáles son las sociedades a las que se refiere, ni tampoco las características de sus redes de distribución y puntos de venta, que permitan

²³² Folios 1218 y1219.

concluir que efectivamente representan una posibilidad de sustitución viable frente al cierre de la red de BLM para Telefónica.

Evidentemente, una “*empresa independiente*” que cuente con diez, cien, mil, o más puntos de venta, no representará una opción de sustitución viable frente a “**Confidencial**” y con la capilaridad en la misma cantidad y diversidad de localidades y municipios que alcanzó BLM en 2014.²³³ Por lo cual, y ante la falta de evidencia que sustente las afirmaciones de las Emplazadas, no es posible analizar si las empresas a las que se refieren constituyen un canal de distribución distinto de los analizados en el OPR, ni que su capacidad sea cercana o similar a la de BLM.

Posteriormente, AMX y Telcel señalan que en la comunidad de Santa Catarina Yecahuitzotl que está en el mapa de la Ciudad de México presentado en el OPR sí existe un cajero Banorte y un punto de venta de *Movistar*, donde es posible hacer recargas de Telefónica por lo que no se acredita ningún cierre de mercado en los Mercados Relacionados. Manifestaciones que devienen en **inoperantes** por consistir en señalamientos genéricos y abstractos, respecto de los cuales AMX y Telcel son omisas en presentar elementos de convicción. En efecto, en el escrito de contestación al OPR AMX manifiesta que:

“(…) Por ejemplo, en el mapa de la página ciento setenta y cuatro se observa que cerca de Santa Catarina Yecahuitzotl existen varios “puntos azules”. No obstante, en esta comunidad se identificaron, al menos, un cajero de Banorte y una tienda de Movistar; ambos elementos donde se puede adquirir tiempo aire de Telefónica y cuya cobertura, con base a lo señalado por la misma Autoridad en el OPR, no fue considerada para la determinación de dichos puntos azules o Puntos no Competidos por Oxxo.”²³⁴

No obstante, las Emplazadas y particularmente AMX, omiten presentar cualquier elemento de convicción o evidencia que permita concluir que en Santa Catarina Yecahuitzotl efectivamente existió durante el Periodo de Exclusividad un cajero Banorte o un punto de venta Movistar.

En ese sentido, el Pleno de este Instituto no puede simplemente tener por ciertos los señalamientos de las Emplazadas, pues atendiendo a la debida fundamentación y motivación prevista por el artículo 16, de la CPEUM, que rige todo acto de autoridad, es necesario motivar las consideraciones de esta resolución con base en la información del Expediente; la cual, en este caso no fue aportada por las Emplazadas quienes tienen la obligación de probar sus afirmaciones.

Finalmente, las Emplazadas señalan que en el OPR y el Expediente en general, no se acredita la existencia de un objeto o efecto de desplazamiento. En concreto, manifiestan que:

*“No obstante, dichos párrafos (sección 8.6.4. del OPR) no vienen con un análisis cuantitativo o cualitativo que los sustente, ni material probatorio. (...) no existe análisis alguno por parte de la autoridad **que demuestre que de facto los***

²³³ Folio 25305.

²³⁴ Folio 40982.

competidores de Telcel, otros OSTM, no tuvieron acceso a los Mercados Relacionados. (...) Para el caso que nos ocupa, lo anterior implicaría que la AI demostrara, de manera concreta un desplazamiento hacia la Denunciante”²³⁵ (énfasis añadido).

Así, a juicio de las Emplazadas en el OPR se debió acreditar que, de hecho, en el caso ocurrió un desplazamiento o cierre de mercados en contra de Telefónica y otros OSTM. Al respecto, se advierte que estas manifestaciones resultan **inoperantes** debido a que parten de una premisa equivocada, pues en el Expediente la imputación presuntiva realizada por la Autoridad Investigadora no tuvo sustento en un posible efecto de la conducta, sino en el objeto de la misma.

En esa tesitura, el artículo 10, de la LFCE, establece que:

*“Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, **se consideran prácticas monopólicas relativas** los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos (...)”.* (Énfasis añadido).

Es decir, que en términos de la LFCE existen dos posibles caminos o alternativas para la autoridad al determinar la responsabilidad de agentes económicos por la realización de prácticas monopólicas relativas. La primera, radica en que en el caso concreto se haya materializado una conducta pero, además, que esta conducta sí logró cumplir su cometido desplazando competidores, impidiendo el acceso o estableciendo ventajas exclusivas en favor de determinados agentes económicos; por lo cual, ocasionó efectos en los mercados analizados.

Cuando la Autoridad Investigadora realiza una imputación presuntiva de este tipo, es decir por el efecto de la práctica, en el OPR se debe demostrar mediante elementos de convicción suficientes el daño causado al proceso de competencia y libre concurrencia. Y en caso de que no sea posible acreditar este daño, es necesario determinar el cierre del Expediente sin imputar responsabilidad ni sancionar a los agentes económicos emplazados.

La segunda vía, sin embargo, no está sustentada en algún efecto ocurrido dentro de los mercados analizados para cada caso. Por el contrario, se basa en el objeto de la conducta, a pesar de que la misma no se lleve a cabo, o bien que a pesar de haberse llevado a cabo no tuvo los efectos anticompetitivos esperados.

La posibilidad de sancionar prácticas monopólicas, ya sean absolutas o relativas, por el mero objeto de las mismas, sin la existencia de una consecuencia o efecto, responde precisamente a que no en todos los casos será exitoso el intento de los agentes económicos por monopolizar un mercado. Pero el hecho de que un agente económico no obtenga el fin deseado en sus esfuerzos por realizar una

²³⁵ Folios 40983 a 40995.

conducta anticompetitiva, no impide determinar su responsabilidad por el objeto de la práctica e imponer las sanciones correspondientes.

Este es el caso del Expediente, donde no se estableció la responsabilidad presuntiva de AMX y Telcel por el efecto de la exclusividad acordada con BLM, sino que se emplazó a estos agentes económicos por el objeto o intencionalidad de la práctica, a pesar de que no se hayan tenido los resultados esperados por su realización. Por lo que hace al objeto de la práctica se remite a las Emplazadas al apartado "Acreditación de la Práctica Monopólica Relativa" de esta resolución, donde se analizan tales consideraciones.

C. Es posible concluir que el verdadero objeto para Telcel de llevar a cabo la conducta investigada, fue el coadyuvar al desarrollo de un agente económico tercero y ajeno, con capacidad de incrementar su cobertura, con la finalidad de incorporarlo en el esquema de distribuidor autorizado o, al menos, con compromisos similares a los adquiridos por los distribuidores autorizados de Telcel. Esto, porque es a través de estos distribuidores que Telcel ha logrado, en gran parte, su crecimiento en el mercado. Razón por la cual ha generado figuras de distribuidores autorizados que forman parte de su estructura de ventas y que actúan en nombre y representación de Telcel.

Una de las características principales de estos distribuidores es la venta de líneas móviles, función que le resulta a Telcel de mayor relevancia que la venta misma de tiempo aire. Esto porque alrededor de un "Confidencial" de las líneas de prepago de Telcel a nivel nacional se comercializan a través de sus distribuidores. Es así que, para Telcel sus distribuidores autorizados se han vuelto un motor importante de crecimiento; razón por la cual se explica la existencia de incentivos adecuados para esa labor con mayores comisiones, inversiones directas, apoyos en publicidad, entre otros. Este modelo de negocios ha estado abierto para los comercializadores de tiempo aire de Telcel en la medida que los mismos quieran adquirir ciertos compromisos adicionales como lo es: i) la venta de líneas móviles; ii) la apertura de puntos de venta; iii) exclusividad, y iv) presencia mínima en regiones específicas, entre otras. Este modelo de negocio estuvo disponible para BLM, junto con la comercialización de tiempo aire *multicarrier*, y fue BLM quien durante el tiempo de la negociación y en el contexto de la misma, eligió un modelo que le permitiera ir evolucionando hasta convertirse en un distribuidor de Telcel, adquiriendo algunos de los compromisos previamente mencionados, a cambio de obtener de este operador mayores comisiones.

De hecho, BLM antes del dos mil doce, adquiría tiempo aire de Telcel para su comercialización de otros distribuidores autorizados, como "Tarjetas del Noreste". Esta relación comercial entre "Tarjetas del Noreste" y BLM es prueba de que las características con que cuentan los distribuidores o comercializadores mayoristas de Telcel no necesariamente se trasladan a eslabones más bajos de la cadena y, particularmente, al punto de venta donde acude el usuario final.

Lo cierto es que, aunque el OPR no lo analice debidamente ni dentro del

contexto que debió incluirse en él, BLM siempre tuvo la opción de seguir operando como una plataforma *multicarrier* a través de la adquisición indirecta de tiempo aire de Telcel, mediante otros distribuidores de Telcel, o de manera directa con una menor comisión. Sin embargo, fue su intención y decisión el incrementar su margen de ganancia para, entre otras cosas, incrementar su cobertura y desarrollar su red. Es por eso que BLM buscó a Telcel para la venta directa de tiempo aire. Así, aunque la AI de manera simplista afirma que: *"BLM no solicitó a AMX y Telcel suscribir un acuerdo de exclusividad, sino que dichos agentes económicos ofrecieron incentivos a BLM con el requisito de no comercializar o proporcionar el tiempo aire de terceros fue Telcel"* y *"(p)or lo anterior, se observa que BLM no fue quien solicitó la exclusividad, sino que AMX y Telcel propusieron dicho acuerdo"*.

Desde luego, se objetan esas afirmaciones por parciales e irreales, ya que solo parten de un análisis tendencioso de las posibles declaraciones o afirmaciones de parte interesada ante la propia autoridad, en las que AMX y Telcel no tuvieron ocasión de intervenir ni formular tachas, o bien de comunicaciones evidentemente integradas unilateral y estratégicamente por personal de BLM con la clara idea de tenerlas y poder usarlas posteriormente en su perjuicio, pero que no necesariamente reflejan lo que pasó ni pueden pararles perjuicio ni hacer prueba en contra de quien no las redactó por conducto de persona autorizada. En este sentido, el OPR acusa una indebida e inexacta valoración del material a que alude, pues no es razonable que se le conceda pleno valor probatorio a las afirmaciones de personal de BLM (que, se insiste, evidentemente tenía estratégicamente maquinada su versión e intentó preconstituir documentos que incluyeran una versión), pero que por otro lado no se hubiera atendido a las respuestas brindadas por AMX y Telcel, a las declaraciones de quienes fueron citados y, en fin, a las circunstancias y el contexto del caso, incluyendo en su integridad la relación comercial entre empresas.

Asimismo, Telcel logró el objetivo planteado con esta negociación que fue no el desplazamiento de la venta de tiempo aire de otros OSTM; si no el desarrollo de un socio comercial -a manera de la figura de un distribuidor autorizado- que vendiera líneas y desarrollara nuevos puntos de venta. Esto es, el desarrollo de un nuevo brazo comercial.

Se insiste, es claro que tanto a Telcel como, en su caso, a cualquier agente interesado (como fue el caso de BLM), en un momento dado puede resultarle más conveniente y atractivo el modelo de distribuidor autorizado previamente descrito en el Expediente, que conllevó específicamente características que incluyen la representación, manejo de marca y, sobre todo, la venta de líneas que ayudan al crecimiento del mercado, y que dadas las implicaciones de todo ese modelo permite acceder a comisiones mayores.

Por todo ello, es evidente que el Pleno ha de resolver que el OPR debe desestimarse y ordenar se cierre el Expediente.

En este apartado AMX y Telcel realizan manifestaciones inoperantes e infundadas.

Como ha sido precisado en los puntos anteriores de este apartado, las manifestaciones de las Emplazadas por las cuales sostienen que el desarrollo de la red de BLM se debió a su alianza comercial con Telcel y AMX, y que ese fue el objeto de la exclusividad, son **Inoperantes**.

Lo anterior, toda vez que AMX y Telcel omiten presentar elementos probatorios mediante los cuales se acredite que la celebración del Contrato de Venta de Saldos, y específicamente la exclusividad acordada entre las Emplazadas y BLM, haya tenido como consecuencia el desarrollo y/o la expansión de la red de BLM. Esto, porque en el Contrato de Venta de Saldos y en los correos electrónicos de las negociaciones no se observa que estos agentes económicos hayan acordado destinar un porcentaje determinado de las comisiones pagadas a la reinversión para la expansión de la red de BLM, ni tampoco que se hayan fijado metas relacionadas con el incremento de puntos de venta de BLM, en relación con las comisiones pagadas.

Es importante recordar, que la *Red Qiubo* de BLM no sólo comercializa tiempo aire de Telcel sino que también presta otros servicios electrónicos; por lo cual, no es posible concluir sin evidencia, que la expansión de la red de BLM responde exclusivamente a beneficios derivados del Contrato de Venta de Saldos celebrado con AMX y Telcel, y no a alguna otra relación comercial de BLM y Grupo Bimbo, o incluso a inversiones propias de dichos agentes económicos.

De hecho, en el Expediente se advierte que el exponencial crecimiento de la red de distribución de BLM, no se debe a la exclusividad celebrada con las Emplazadas, sino a un convenio de colaboración o *joint venture* celebrado entre ese agente y Grupo Bimbo. Derivado de lo cual, BLM tuvo acceso a la red de puntos de venta de Grupo Bimbo, sin que en dicha operación hubieran intervenido AMX y/o Telcel.²³⁶

Aunado a ello, es igualmente inoperante el señalamiento de las Emplazadas en relación a que en realidad el contrato y el desarrollo de la relación de exclusividad con BLM tenía por objeto que dicho agente comercializara líneas móviles, más allá de la venta de recargas. Esto, porque AMX y Telcel no presentan evidencia para acreditar estas consideraciones, pero más que eso de las constancias del Expediente, y específicamente del Contrato de Venta de Saldos, se advierte que la exclusividad nunca estuvo sujeta a la venta de líneas de telefonía móvil por parte de BLM.

Para una mejor referencia, a continuación, se transcribe la cláusula segunda del Contrato de Venta de Saldos, misma que contiene el objeto de ese acuerdo de voluntades, en los siguientes términos:

“Confidencial”.

²³⁶ Folios 1218 y 1219.

“Confidencial”.

“Confidencial”.²³⁷ (énfasis añadido).

Posteriormente, las Emplazadas afirman que si celebraron la exclusividad con BLM es porque ese agente económico eligió este modelo de negocio derivado de que convenía a sus intereses y representaba la posibilidad de evolucionar para ser distribuidor autorizado de Telcel. Estas consideraciones, sin embargo, resultan **infundadas** pues, de las constancias que obran en el Expediente, se advierte que la transición al modelo de exclusividad se presentó ante la negativa de Telcel de continuar vendiendo tiempo aire a BLM si dicho agente vendía saldo de otros OSTM. Tal como se demuestra en las siguientes líneas.

En específico, de la comparecencia de **“Confidencial”**, celebrada el día dieciocho de abril de dos mil diecisiete en las oficinas de la Autoridad Investigadora de este Instituto, se advierte lo siguiente:

“21. ¿Nos podría señalar la temporalidad en que Telcel “al principio” les permitio ser multicarrier?

*Hasta marzo de dos mil doce fuimos multicarrier, fecha en que Telcel nos puso un ultimátum. El ultimátum y está en un correo de “Confidencial”, señala claramente que o dábamos por finalizado lo que ellos llaman una “prueba piloto” y desconectábamos a los otros carriers o no nos vendían. Luego en septiembre de dos mil catorce volvieron a aceptar que fuésemos multicarriers, no sin antes volvernos a bajar el margen por ese hecho.”*²³⁸ (énfasis añadido).

Sobre los correos a los que se hace referencia en la comparecencia transcrita, se advierten dos comunicaciones electrónicas de **“Confidencial”** dirigidos a **“Confidencial”**. En el primero de estos correos, del catorce de febrero de dos mil doce, se manifiesta que:

“Confidencial”.²³⁹ (énfasis añadido).

Ahora bien, de este primer correo no se desprende con total claridad a qué se refieren los interlocutores de la comunicación cuando hablan de una “prueba piloto”, y si bien las manifestaciones realizadas por **“Confidencial”** parecen tener lógica en relación con este correo no son concluyentes. Aquí, cobra relevancia un segundo correo que de nueva cuenta fue enviado por **“Confidencial”** a **“Confidencial”**, el día cinco de marzo de dos mil doce, mediante el cual precisa lo siguiente:

“Estimada “Confidencial”

“Confidencial”.

²³⁷ Folios 3920 y 3921.

²³⁸ Folio 26230.

²³⁹ Folios 4367 y 4368.

“Confidencial”

“Confidencial”...)”²⁴⁰ (énfasis añadido).

Con esto, se concluye efectivamente que Telcel, con comunicaciones enviadas por este mismo agente económico, estableció una fecha límite para que BLM desconectara de su red de distribución y venta de tiempo aire a otros OSTM. Lo anterior, bajo la premisa que en caso de no hacerlo Telcel dejaría de vender tiempo aire a BLM. Entonces, es falso que Telcel hubiera permitido a BLM continuar como *multicarrier* con el simple hecho de tener una comisión menor, y que la exclusividad se dio porque esa fue la solicitud de BLM.

Aunado a estas consideraciones, son **inoperantes** por partir de una premisequivocada las manifestaciones de las Emplazadas por las que sostienen que esta evidencia es parcial y unilateral debido a que AMX y Telcel no tuvieron “*ocasión de intervenir ni formular tachas*”. Esto, porque los agentes económicos emplazados tienen plena oportunidad de controvertir las pruebas del Expediente, ya sea presentando un contrainterrogatorio a cargo del testigo que compareció ante la Autoridad Investigadora; o bien, presentando su propia versión de las comunicaciones electrónicas, que de hecho está integrada en una cuerda del Expediente respecto de la cual las Emplazadas tuvieron plena oportunidad de consultar y no lo hicieron.

En otras palabras, AMX y Telcel parten de una premisfalsa porque en términos de lo establecido por los artículos 33, fracciones II y III, de la LFCE, 45, 46, 47 y 49 del RLFCE, las Emplazadas pudieron elaborar un cuestionario con repreguntas a la testigo, o bien presentar los elementos aportados por la ciencia o las documentales privadas para desvirtuar las constancias del Expediente.

Para una mejor referencia, los artículos 45 y 47, del RLFCE, establecen que:

“ARTÍCULO 45.- El probable responsable podrá presentar su contestación y ofrecer los medios de prueba que considere pertinente, en una o más ocasiones, pero en todo caso deberá hacerlo dentro del plazo a que se refiere la fracción II del artículo 33 de la Ley, sin posibilidad de que se prorogue el mismo. (...)

ARTÍCULO 47.- Cuando los elementos de convicción que funden la probable responsabilidad se basen en pruebas testimoniales, periciales o de inspección aportadas por el denunciante, el probable responsable podrá presentar al momento de la contestación del oficio de probable responsabilidad, interrogatorio de repreguntas para los peritos o testigos o sobre los puntos que estime pertinentes respecto de la inspección. La Comisión fijará lugar, día y hora para que se lleven a cabo las diligencias necesarias”. (Énfasis añadido).

En ese sentido, el hecho de que AMX y Telcel no hayan realizado repreguntas a la testigo u ofrecido la totalidad de medios probatorios que estimaran necesarios, ya

²⁴⁰ Folio 4372.

sea por omisión, olvido o ignorancia, opera en su perjuicio y no implica en forma alguna la violación por parte del Instituto a los preceptos normativos aplicables.

5.2.12. Inmunidad ad hoc²⁴¹

El procedimiento y el OPR, son improcedentes y carecen de una debida fundamentación y motivación, pues como concesionario del servicio local móvil, carece de legitimación pasiva en la causa y, en todo caso, goza de la exclusión de la aplicabilidad de las normas de competencia económica, de la causa y materia de este procedimiento, y de la actuación del Instituto.

No debe someterse a Telcel al procedimiento que nos ocupa porque ha cumplido debidamente la legislación de telecomunicaciones correspondiente, sus títulos de concesión y la resolución mediante la cual se determinó el agente económico preponderante en telecomunicaciones y sus medidas. En el OPR no se demuestra que exista una situación contraria a la "*competencia efectiva*" en el Mercado Relevante del llamado sector de las telecomunicaciones, ni respecto de los servicios que presta Telcel.

Por otra parte, en el artículo 6, de la CPEUM, se establece que los servicios de telecomunicaciones al ser servicios públicos de interés general tienen que ser prestados bajo ciertas condiciones. Así, Telcel actúa y presta sus servicios en términos de lo establecido en el mismo texto constitucional.

Así, ya que Telcel ha cumplido con la legislación y regulación se debe excluir a Telcel de la posibilidad de que se le juzgue, perjudique o sancione a través de este nuevo procedimiento precisamente a partir de ese cumplimiento regulatorio. No existe incumplimiento que pudiera justificar lo contrario y ninguno se menciona en el OPR.

En lo que al Expediente corresponde es claro que Telcel desarrolló las actividades concesionadas y adoptó las modalidades permitidas y aún ordenadas por la Cofetel, la SCT, la CFC y por el Instituto, a partir de su creación, que le son aplicables por ser titular de los títulos de concesión aludidos y por prestar el servicio de telefonía local móvil. En ese sentido, Telcel tiene la obligación de prestar a sus usuarios los servicios móviles de voz, tiempo aire, mensajes cortos SMS, datos, telefonía móvil, etc. Servicios que Telcel ofrece a través de la modalidad de prepago o de pospago.

Cuando un usuario utiliza los servicios prestados por Telcel u otro concesionario, necesariamente tiene que adquirir tiempo aire. Por ello, la venta de recargas de tiempo aire forman parte de la prestación de los servicios que Telcel tiene obligación de prestar a sus usuarios. Esa comercialización de tiempo aire forma parte del proceso de competencia y libre concurrencia, de forma que no es posible que en el OPR se pretenda imputar responsabilidad por supuestos efectos anticompetitivos.

²⁴¹ Este argumento únicamente es hecho valer por Telcel en los folios 40766 a 40779.

La situación existente ha sido generada por el cumplimiento y ejecución que se ha dado a decisiones de las autoridades regulatorias del sector, incluyendo la resolución en materia de preponderancia, la revisión bienal y sus respectivas medidas, por lo que sería inadecuado, injusto e improcedente que al particular se le sancione por conductas legales, reguladas e irrenunciables.

Telcel no puede quedar sometida a este procedimiento sancionatorio. También es inconcuso que la aplicación de las leyes de competencia a Telcel por dar cumplimiento a los actos de autoridad y reglas que taxativamente o permisivamente rigen su actividad como concesionario, es incorrecta.

Al ajustarse a la regulación en la materia de telecomunicaciones y a la actuación del Instituto, las conductas atribuidas a Telcel son lícitas y fueron avaladas por normatividad existente. Luego, el supuesto efecto anticompetitivo que se imputa, no sería atribuible a Telcel sino a la normatividad y a los actos de autoridad que avalaron su actuación. Por ello, previamente a la calificación de anticompetitividad, ilicitud y tipicidad de las conductas que se imputan a AMX y Telcel, el Instituto tendría que obtener la declaración de invalidez, inconstitucionalidad, insuficiencia o la anulación de la regulación aludida y los actos de registro mencionados.

Así, Telcel goza de una inmunidad *ad hoc*, por lo que no es jurídicamente posible imponerle responsabilidad y menos sanción alguna pues ya se ha demostrado que el supuesto efecto anticompetitivo, en realidad, sería consecuencia de la regulación en materia de telecomunicaciones. Debe reconocerse que existe una exclusión o inmunidad *ad hoc* sobre ese particular respecto de situaciones y conductas que son producto de decisiones que no son fruto exclusivo de una decisión de negocios, sino que se adoptan en virtud de decisiones impositivas o permisivas de la autoridad.

La Autoridad Investigadora debió reconocer el impacto del esquema regulatorio en la industria y en la situación jurídica concreta de Telcel, especialmente el cumplimiento a la resolución en materia de preponderancia, la resolución de la revisión bienal y sus respectivas medidas, pues Telcel es un concesionario de un servicio altamente regulado que ha adoptado modalidades de pago por sus servicios de la forma más conveniente y benéfica para el usuario.

Lo anterior tiene íntima relación con las manifestaciones vertidas por Telcel y AMX en relación con la improcedencia del procedimiento derivada de la imposibilidad jurídica de que se sustancie el Expediente en perjuicio de las Emplazadas quienes han sido declaradas como parte del agente económico preponderante en telecomunicaciones y ha dado cumplimiento desde dos mil catorce a las medidas asimétricas que le han impuesto.

Esto es, el elemento radical de la definición del Mercado Relevante es un servicio de telefonía que es concesionado según las leyes, reglas y modalidades establecidas e impuestas por el Estado Mexicano, ya sea a través de las leyes federales o por medio de las concesiones otorgadas que taxativamente se

imponen al concesionario, en este caso a Telcel. De manera tal que, se pretende restringir los derechos de un concesionario a través de un procedimiento que implique la sanción por la presunta práctica de conductas monopólicas en relación con un supuesto poder sobre un Mercado Relevante creado en virtud de concesiones sometidas a leyes y reglas administrativas obligatorias para tal concesionario.

Sin que implique reconocimiento de la definición del Mercado Relevante, no puede emitirse una resolución final en la que se declare a Telcel como un agente económico con poder sustancial y se le sancione por la comisión de prácticas monopólicas relativas, pues su participación se debe a las condiciones establecidas en sus títulos de concesión. De manera tal que si Telcel presta el servicio de distribución y comercialización de recargas electrónicas de tiempo aire para el uso del servicio de telefonía local móvil, en el territorio de nuestro país, no cabe duda que resulta improcedente e injusto que por el cumplimiento de tales obligaciones regulatorias se le acuse y se le sancione.

Al respecto, las manifestaciones de Telcel por virtud de las cuales sostiene que en el presente caso cuenta con una inmunidad *ad hoc*, se consideran **infundadas**.

En primer lugar, para sostener la falta de legitimación pasiva en la causa, o en todo caso defender una supuesta "inmunidad", Telcel argumenta que ha dado cumplimiento a la legislación en materia de telecomunicaciones, sus títulos de concesión, las resoluciones emitidas por el IFT sobre preponderancia y las medidas que de ello derivan; y que, por lo tanto, no puede ser sancionado por las conductas relacionadas a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Sin embargo, Telcel omite que el hecho cumplir con la regulación sectorial en materia de telecomunicaciones –situación que no puede ser calificada mediante la presente resolución- no implica que este concesionario quede exceptuado de cumplir con todas las demás normas del sistema jurídico mexicano, que también le son aplicables en razón de la naturaleza y objeto de cada legislación, tales como las disposiciones en materia de competencia económica.

En ese sentido, la regulación sectorial para los servicios de telecomunicaciones tiene una naturaleza y objeto distintos de la normatividad en materia de competencia económica, pero ambas son aplicables a los agentes económicos concesionarios de servicios públicos relacionados con este sector. Es decir, que no puede dejarse de aplicar una norma frente a la otra, pues se trata de leyes que conviven en razón de que se enfocan a materias y propósitos distintos.

Para mayor claridad, el artículo 1º, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, vigente hasta el doce de agosto de dos mil catorce y abrogada mediante decreto publicado en el DOF el catorce de julio de dos mil catorce, señala que:

*"La presente Ley es de orden público y **tiene por objeto regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, de las redes de telecomunicaciones, y de la comunicación vía satélite**". (Énfasis añadido).*

En el mismo tenor, el artículo 1, de la LFTR, vigente a partir del trece de agosto de dos mil catorce, establece lo siguiente:

*“La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes públicas de telecomunicaciones, el acceso a la infraestructura activa y pasiva, los recursos orbitales, la comunicación vía satélite, la prestación de los servicios públicos de interés general de telecomunicaciones y radiodifusión, y la convergencia entre éstos, los derechos de los usuarios y las audiencias, **y el proceso de competencia y libre concurrencia en estos sectores**, para que contribuyan a los fines y al ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 6o., 7o., 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.* (Énfasis añadido).

Es decir, que la legislación aplicable en materia de telecomunicaciones regula la prestación de los servicios públicos de interés en dicho sector, y prevé-pero no regula- la convergencia de ese propósito con el proceso de competencia y libre concurrencia.

Por otra parte, los artículos 1 y 2, de la LFCE, que sí protege al proceso de competencia y libre concurrencia en todos los mercados de bienes y servicios, establecen que:

*“**Artículo 1.** La presente ley es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, es de observancia general en toda la República y aplicable a todas las áreas de la actividad económica.*

Artículo 2. Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. (...)” (énfasis añadido).

Por lo anterior, tanto la legislación en materia de telecomunicaciones como aquella relacionada con el proceso de competencia y libre concurrencia, son aplicables a Telcel por razones y con propósitos distintos. Esto, porque la Ley Federal de Telecomunicaciones, ahora la LFTR, es aplicable a Telcel debido a es un concesionario que presta servicios públicos de telecomunicaciones en términos de sus títulos de concesión.²⁴² Mientras que, por otra parte, la LFCE es aplicable a Telcel toda vez que en términos del artículo 3, fracción I, de dicho cuerpo normativo, Telcel tiene el carácter de agente económico que participa en la provisión de bienes y servicios en el territorio nacional.²⁴³

Ahora bien, es cierto que en términos de la abrogada Ley Federal de Telecomunicaciones, ahora LFTR, Telcel tiene la obligación ineludible de prestar servicios móviles de telecomunicaciones, en los términos establecidos en sus títulos de concesión. Para lo cual, es indispensable la comercialización de tiempo aire, ya

²⁴² Disponibles en el Registro Público de Concesiones, cuyo contenido puede ser consultado a través de la siguiente liga: <http://ucsweb.ift.org.mx/vrpc/>.

²⁴³ El artículo 3, fracción I, de la LFCE, establece que se entiende como agente económico a: “*Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica*”.

sea en la modalidad de prepago o pospago. Sin embargo, ello no implica, como lo pretende hacer valer Telcel, que la legislación sectorial y la regulación que de ésta deriva, conduzcan u obliguen a ese concesionario a celebrar contratos de exclusividad para la venta de bolsas virtuales de tiempo aire en perjuicio de sus competidores.

En ese sentido, es falso que “*la situación existente*” (es decir, la celebración del contrato de exclusividad de las Emplazadas con BLM) haya sido generada por el aparente cumplimiento y ejecución de las decisiones regulatorias emitidas por las autoridades competentes. Nuevamente, ni la legislación ni la regulación aplicables, autorizan ni mucho menos obligan a Telcel a comercializar las bolsas virtuales de su tiempo aire en el territorio nacional bajo un modelo de exclusividad contrario al proceso de competencia y libre concurrencia. Esta conducta fue realizada por Telcel, y AMX, en el ejercicio de su libertad contractual, sujetos a las consecuencias jurídicas que ello implica.

Por lo anterior, es **infundado** el señalamiento de que previo a la calificación de las conductas de las Emplazadas, debería ser necesaria una declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de la legislación aplicable. Esto porque el sistema jurídico no establece la obligación de que las Emplazadas vendan su tiempo aire de prepago en condiciones de exclusividad, impidiendo que los distribuidores y/o comercializadores puedan adquirir y vender el tiempo aire de otros OSTM. Es importante precisar que Telcel no hace referencia ni alude algún artículo o precepto normativo aplicable, en el cual se establezca la obligación para dicho concesionario de celebrar contratos de venta de bolsas virtuales de tiempo aire bajo esquemas de exclusividad.

Finalmente, el hecho de que Telcel y AMX formen parte del agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones, no implica que estos agentes económicos queden excluidos o sean inmunes al cumplimiento de la normatividad en materia de competencia económica. Esto, porque como ya fue señalado en párrafos anteriores, la legislación sectorial que prevé la figura de preponderancia en términos del artículo 28, de la CPEUM, no es excluyente de la legislación en materia de competencia económica prevista por el mismo precepto constitucional.

5.2.13. Ausencia de daño imputable a AMX y Telcel²⁴⁴

El OPR es improcedente, pues no existe acreditación de conducta específica de Telcel, menos aún que algún hecho de AMX y Telcel hubiese causado daño, ni a la Denunciante ni a otros, ni tenido efectos u objeto adversos al proceso de competencia. Del OPR no se desprende, ni siquiera presuntamente, la existencia de nexo causal alguno entre conductas de Telcel que hubiesen causado daños, ni desde luego, se acredita daño alguno.

²⁴⁴ Folios 40817 a 40818 de Telcel y 41097 a 41099 de AMX.

Tampoco hay demostración de lo que en el OPR se le imputa a Telcel respecto de un daño o daños causados a la Denunciante ni a otros. Es más, ni siquiera se establece con debida precisión una conducta determinada de la probable responsable ni, por ende, que ésta hubiese actualizado los pretendidos daños.

En el OPR se debía acreditar tanto la conducta particular como el daño causado, lo que no ocurre. Por ello, todo lo referido en el OPR respecto de terceros, de estudios generales, de situaciones e información que son ajenos a la probable responsable o bien, que se obtuvieron de forma "*indebida*", así como a especulaciones y conjeturas circulares y generales es que se demuestra que en la especie, no existe prueba de daño causado alguno.

Desde luego, ante la ausencia de conducta y de prueba y nexo causal sobre daño alguno, tampoco es dable considerar intencionalidad de ninguna especie en el actuar de la probable responsable. Además, es claro el daño que en abstracto se dice que habría sufrido la Denunciante no se ha causado, pero si existiera sería como consecuencia de sus propias decisiones y actuaciones.

Las manifestaciones de las Emplazadas por las cuales sostienen que no existe un daño que pueda ser imputable a AMX y Telcel, se consideran inoperantes como a continuación se expone.

Es inoperante por partir de una premisa falsa el señalamiento de que en el presente caso no se acredita una conducta específica respecto de Telcel. Esto, porque de las constancias que obran en el Expediente, se aprecia que Telcel sí tuvo una conducta activa y fundamental para la celebración del Contrato de Venta de Saldos en exclusividad con BLM. En específico, Telcel fue el agente económico que, en primera instancia realizó el ofrecimiento de incentivos para que BLM transitara a un esquema de exclusividad, e incluso manifestó su negativa de vender tiempo aire a dicho comercializador en caso de querer continuar como distribuidor *multicarrier*.

Lo anterior, se concluye por la existencia de múltiples correos electrónicos intercambiados entre el siete de julio de dos mil once y el veintiséis de marzo de dos mil doce, previos a la celebración del Contrato de Venta de Saldos. Estos correos fueron recibidos y enviados por person "**Confidencial**", se aprecia que "**Confidencial**", "**Confidencial**" que por BLM "**Confidencial**", su calidad de "**Confidencial**" y "**Confidencial**", por parte de Grupo "**Confidencial**".

Incluso, dentro de estas comunicaciones electrónicas se hace referencia a reuniones celebradas entre las Direcciones Generales de BLM y Telcel, no AMX.²⁴⁵ Mediante las cuales, se establecieron y negociaron los términos y condiciones para que BLM pudiera vender tiempo aire de Telcel en exclusiva. Al respecto, mediante

²⁴⁵ Como ya fue precisado en apartados anteriores, AMX intervino para la celebración del Contrato de Venta de Saldos y fue la persona moral que se obligó jurídicamente al cumplimiento del mismo.

un correo del nueve de diciembre de dos mil once, “Confidencial”, manifestó a “Confidencial” lo siguiente:

““Confidencial” (...).”²⁴⁶ (énfasis añadido).

Así, a través del intercambio de comunicaciones electrónicas y la celebración de reuniones de trabajo, Telcel fue el agente económico encargado de establecer las condiciones para la comercialización de tiempo aire por BLM. Por lo cual, en este caso es posible apreciar con notable claridad y distinción tanto la participación de AMX que se describe en los apartados “*Indebida integración de la relación jurídica procesal*” e “*Indebida determinación del GIE*”, como la de intervención de Telcel que ha sido expuesta en los párrafos anteriores.

Por otra parte, es **inoperante** por partir de una premisa equivocada el señalamiento de las Emplazadas por el que sostienen que al no acreditarse un daño o efecto en los mercados no es posible imputar responsabilidad ni sancionar. Sobre el particular, tal como fue señalado en el OPR y en la presente resolución, la imputación presuntiva por la realización de la conducta establecida en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, no tiene sustento en un efecto sobre los mercados; sino que se basa en el objeto de la práctica. Para mayor claridad, la AI estableció dentro del OPR que:

“Dada la presencia y análisis de las características referidas en la sección 8.6.3 anterior, se considera que el acuerdo de exclusividad entre AMX y Telcel con BLM materia del presente OPR, tuvo por objeto desplazar indebidamente a otros agentes del Mercado Relevante, en específico, a otros OSTM, competidores de Telcel.

*Conforme a las características referidas en la sección 8.6.3 del presente OPR, se considera que el acuerdo de exclusividad entre AMX y Telcel con BLM materia del presente OPR, tuvo por objeto desplazar indebidamente a otros agentes o impedirles el acceso de manera sustancial a los Mercados Relacionados, en específico, a otros OSTM, competidores de Telcel”.*²⁴⁷ (Énfasis añadido).

Es decir, que en el presente caso no se imputó responsabilidad a las Emplazadas por el hecho de que la conducta consistente en la comercialización exclusiva de bolsas virtuales de tiempo aire haya tenido el efecto de desplazar a los competidores. Por el contrario, la responsabilidad de AMX y Telcel tiene como sustento que esa conducta tuvo el objeto de desplazar a los competidores del Mercado Relevante, así como desplazarlos e impedirles el acceso a los Mercados Relacionados.

En esa tesitura, el artículo 10 de la LFCE establece que:

“Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado;

²⁴⁶ Folio 4364.

²⁴⁷ Folios 40614 y 40615.

impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas (...)". (Énfasis añadido).

Así, la Autoridad Investigadora y este Instituto, tienen la facultad de establecer la responsabilidad por las conductas previstas en el artículo 10, fracciones I a XI, de la LFCE, ya sea porque tales prácticas tuvieron efectos adversos en los mercados; o bien porque, sin tener efectos adversos, tuvieron el objeto de: **i)** desplazar indebidamente; **ii)** impedir sustancialmente el acceso o **iii)** establecer ventajas exclusivas. Es por ello que, en estricto sentido, dentro del Expediente no resulta necesaria la acreditación de un efecto en el Mercado Relevante o los Mercados Relacionados.

Es importante señalar que la posibilidad de sancionar prácticas monopólicas por el simple objeto de las mismas, sin la existencia de un efecto en los mercados, responde a que no en todos los casos será exitoso el intento de los agentes económicos por llevar a cabo conductas anticompetitivas. Sin embargo, el hecho de que un agente económico "fracase" en sus esfuerzos por monopolizar los mercados no es un obstáculo para determinar su responsabilidad e imponer las sanciones correspondientes.

Ahora bien, los señalamientos de las Emplazadas por los cuales desconocen los documentos, estudios, datos y/o información obtenida por este Instituto mediante requerimientos de información a distintos agentes económicos, resultan **inoperantes**. Esto, porque las Emplazadas se limitan a realizar manifestaciones genéricas y abstractas por las cuales desconocen y niegan en general la validez de cualquier información y documentos contenidos en el Expediente; sin embargo, no señalan de manera específica a qué documentos o información se refieren, ni las razones concretas por las cuales esas constancias no deben ser consideradas por este Instituto para emitir la presente resolución.

5.2.14. Aplicación retroactiva de normas²⁴⁸

La AI pretende sustentar "el ámbito temporal de facultades de investigación del Instituto" y, para ello, invoca el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 34 bis 3, de la LFCE. Con base en ello, determina que la conducta investigada se cometió durante el lapso del treinta y uno de marzo de dos mil doce al treinta y uno de agosto de dos mil catorce.

Sin embargo, refiere que del trece de agosto de dos mil catorce al treinta y uno del mismo mes y año, la conducta deberá ser analizada de conformidad con lo prescrito por el artículo 208, fracción V, de la LFTR, para todos los efectos legales a que haya lugar. Lo anterior, es a todas luces artificial, ilegal e implica una aplicación retroactiva de una ley posterior a una situación de hecho anterior, pues tal y como lo expresa la AI en el OPR, la conducta investigada se generó a partir del treinta y uno de marzo de dos mil doce, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de LFTR, por lo que pretender aplicar la LFTR por el periodo del

²⁴⁸ Folios 40656 a 40659 de Telcel y 40939 a 40943 de AMX.

trece al treinta y uno de agosto de dos mil catorce viola lo dispuesto en el artículo 14 de la CPEUM y causa perjuicio a AMX y Telcel.

Ello, aunado a que el cumplimiento o no de dicha disposición de la LFTR no es competencia de la AI ni mucho menos es materia del Expediente, por lo que tal determinación resulta ilegal e inconstitucional.

A mayor abundamiento, es un hecho notorio que el catorce de julio de dos mil catorce se publicó en el DOF el decreto por el que se promulgó la LFTR, mismo por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión. En dicho decreto se publicaron cuarenta y cinco artículos transitorios cuya finalidad fue establecer la entrada en vigor de la LFTR, así como la manera en que se iban a aplicar los artículos de la LFTR a los particulares.²⁴⁹ De los artículos Primero y Sexto Transitorios, se desprenden diversos supuestos, a saber:

a) La LFTR entró en vigor el trece de agosto de dos mil catorce, treinta días naturales después de la fecha de publicación del decreto en el DOF.

b) La atención, trámite y resolución de los asuntos y los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LFTR se harán en términos del artículo Séptimo Transitorio del Decreto Constitucional. Es decir, el trámite y resolución de esos asuntos y procedimientos iniciados se realizará en términos de la legislación aplicable al momento del inicio de cada uno de esos procedimientos.

Así, la AI únicamente estaría facultada para aplicar las leyes en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones vigentes al momento de la conducta y/o del inicio de la investigación.

Lo que a ese respecto se manifiesta en los párrafos aludidos del OPR resulta manifiestamente contrario a los principios de irretroactividad de la ley, seguridad jurídica, legalidad, derecho a no ser juzgado por leyes privativas, interpretación *pro persona* de las norma de derechos humanos, supremacía constitucional y reserva de ley.²⁵⁰

La garantía de irretroactividad de la ley y de su aplicación tiene como finalidad la protección de los gobernados tanto de la ley, como de su aplicación, pues obliga al poder legislativo a no expedir leyes que resulten retroactivas y a las demás autoridades a no aplicar leyes en forma retroactiva. De todo lo anterior, es dable concluir que la AI pretende aplicar de manera ilegal y contraria a la CPEUM, la fracción V del artículo 208 de la LFTR, lo que causa perjuicio a AMX y Telcel, pues transgrede la garantía de legalidad, seguridad jurídica y la de

²⁴⁹ AMX y Telcel transcribe lo previsto en los artículos Primero y Sexto Transitorios del Decreto LFTR.

²⁵⁰ AMX y Telcel manifiesta que la garantía de irretroactividad de la ley obliga a esta autoridad y ha sido interpretada por la SCJN a través de las jurisprudencias cuyos rubros señalan: "**GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD. CONSTRIÑE AL ÓRGANO LEGISLATIVO A NO EXPEDIR LEYES QUE EN SÍ MISMAS RESULTEN RETROACTIVAS, Y A LAS DEMÁS AUTORIDADES A NO APLICARLAS RETROACTIVAMENTE**". Localización: (J); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Septiembre de 2003; Pág. 126. 1a./J. 50/2003, y "**RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA**". Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VI, Noviembre de 1997; Pág. 7. P./J. 87/97.

irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna.

En primer lugar, son **inoperantes** por partir de una premisa equivocada los señalamientos de AMX y Telcel por los cuales sostienen que mediante el OPR se pretende aplicar retroactivamente el artículo 208, fracción V, de la LFTR. Esto, porque como las propias Emplazadas lo sostienen, la Autoridad Investigadora de este Instituto es incompetente para pronunciarse sobre la aplicación o no aplicación de preceptos normativos distintos de la legislación en materia de competencia económica.

Sobre esta cuestión, de conformidad con los artículos 28, de la CPEUM, 1 y 2 de la LFCE; 7, de la LFTR; 4, fracción VI, y 62 del Estatuto Orgánico 2017, el IFT es la autoridad sectorial en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, pero además está encargado de la aplicación de las normas de competencia económica dentro de estos sectores. A mayor precisión, el artículo 28, de la CPEUM, señala que:

“El Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones. (...).

El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica”. (Énfasis añadido).

Ahora bien, para ejercer las atribuciones encomendadas y cumplir con su objeto, el Instituto cuenta con la estructura establecida en el artículo 4, del Estatuto Orgánico, entre la que se encuentran diversas unidades administrativas y la Autoridad Investigadora.²⁵¹ En ese sentido, las facultades asignadas a la Autoridad Investigadora establecidas en el artículo 62 del mismo ordenamiento, están enfocadas exclusivamente a la aplicación de la legislación en materia de competencia económica, sin que pueda aplicar ni verificar el cumplimiento a la LFTR y/o cualquier otra legislación sectorial de telecomunicaciones y radiodifusión.

Por lo tanto, mediante la emisión del OPR, la Autoridad Investigadora no aplicó ni pretendió aplicar la LFTR, sino únicamente delimitar o circunscribir el ámbito temporal del ejercicio de sus facultades y atribuciones, reconociendo la posibilidad de que para el periodo comprendido entre el trece de agosto de dos mil catorce y el treinta y uno de agosto del mismo año, la conducta podría actualizar diversa disposición normativa fuera de su alcance. Precisamente ante esa posibilidad, la Autoridad Investigadora decidió dejar fuera del OPR este periodo y con ello evitar

²⁵¹ El artículo 4, del Estatuto Orgánico establece lo siguiente:

“Para el ejercicio de sus funciones y el despacho de los asuntos que le competen, el Instituto contará con la siguiente estructura: I. Pleno; II. Presidente; III. Secretaría Técnica del Pleno; IV. Coordinación Ejecutiva; V. Unidades de: i) Política Regulatoria; ii) Espectro Radioeléctrico; iii) Concesiones y Servicios; iv) Medios y Contenidos Audiovisuales; v) Cumplimiento; vi) Competencia Económica; vii) Asuntos Jurídicos, y viii) Administración. VI. Autoridad Investigadora: (...).”

una posible invasión de competencias sobre otras unidades administrativas del Instituto.

Así, es falso el señalamiento de que la Autoridad Investigadora pretendió aplicar retroactivamente algún precepto normativo de la LFTR, y en particular el artículo 208, fracción V, de esta ley. Pues, incluso, ante la posibilidad de que la práctica imputada pudiera estar prevista no sólo en la LFCE sino también en la legislación sectorial, la AI decidió dejar fuera de la duración de la conducta el periodo iniciado a partir de la entrada en vigor de la LFTR. Por ello, no es posible considerar que en el OPR exista algún pronunciamiento sobre violaciones a la LFTR derivado de los hechos investigados.

Si bien la AI cita el artículo 208, fracción V, de la LFTR, ello no implica que dicho instrumento normativo se esté aplicando mediante el OPR. Existen criterios judiciales que reconocen que la cita de un artículo no equivale a su aplicación. En el presente caso, se trata únicamente de una cita, lo que resulta suficiente para contestar el argumento que se contesta como infundado.²⁵²

Dicho lo anterior, el Pleno de este Instituto estima pertinente precisar que el periodo comprendido entre el trece de agosto de dos mil catorce al treinta y uno de agosto del mismo año, mismo que fue excluido por la Autoridad Investigadora en el Expediente, sí debió formar parte de la duración de la conducta para efectos de la imputación presuntiva. Es decir, que dentro del OPR se tuvo que haber considerado de forma preliminar que la práctica imputada abarcó el lapso comprendido entre el treinta y uno de marzo de dos mil doce y el treinta y uno de agosto de dos mil catorce, sin dejar fuera de dicho cómputo los diecinueve días naturales que van del trece al treinta y uno de agosto del año dos mil catorce.

Esto, porque si bien existe la posibilidad de que los hechos investigados actualicen diverso supuesto de la LFTR, ello no implica que esa conducta no deba ser valorada en términos de la LFCE, para resolver si constituye una práctica monopólica relativa sancionable, máxime si el periodo citado también se encuentra dentro de la temporalidad prevista en el artículo 34, bis 3, de la LFCE. En ese sentido, es importante señalar que la LFTR y la LFCE tienen distintos ámbitos de aplicación que, en ocasiones resultan concurrentes, pero de ninguna forma se excluyen con motivo de la aplicación de un precepto frente al otro.

²⁵² Sirve de apoyo la siguiente jurisprudencia: "**LEYES. SU SOLA CITA NO CONSTITUYE UN ACTO DE APLICACIÓN.** Las normas jurídicas contenidas en leyes constituyen prescripciones que obligan, prohíben o permiten a las personas la realización de una conducta específica. Ello lo hacen al enlazar una consecuencia determinada, como efecto, a la realización de cierta conducta, como causa. Así, ante la actualización de la hipótesis o supuestos previstos en la ley, el orden jurídico prescribe la aplicación de las consecuencias previstas también en la misma. De esa manera, una ley sólo se puede considerar aplicada cuando el órgano estatal correspondiente ordena la realización de la consecuencia jurídica que se sigue del cumplimiento de sus condiciones de aplicación, por considerar, precisamente, que éstas fueron satisfechas. En consecuencia, la sola cita, en una resolución, de un artículo de una ley constituye un dato que, por sí solo, resulta insuficiente para acreditar tal cuestión, pues lo relevante para ello consiste en demostrar que, en el caso concreto, fueron aplicadas las consecuencias jurídicas que siguen a la configuración de la hipótesis normativa descrita en la ley". Época: Décima Época. Registro: 159929. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2. Materia(s): Común. Tesis: 1a./J. 18/2012 (9a.). Página: 812. (énfasis añadido)

En el caso concreto, el artículo 208, fracción V, de la LFTR señala que:

“Artículo 208. (...) El agente económico preponderante en el sector de las telecomunicaciones o con poder sustancial en el mercado de terminación de llamadas y mensajes cortos, tendrá, entre otras obligaciones, las siguientes:

V. Abstenerse de celebrar contratos de exclusividad para puntos de venta y de distribución, incluyendo compra de tiempo aire, distintos a los del agente económico preponderante, que impidan u obstaculicen a otros concesionarios a acceder a dichos puntos de venta.” (énfasis añadido).

Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor de la LFTR y la emisión del acuerdo P/IFT/EXT/060314/76, mediante el cual se determinó al grupo de interés encabezado por AMX como preponderante en el sector de telecomunicaciones, dicho agente económico está impedido para celebrar contratos de exclusividad para la venta y distribución de tiempo aire. Pero esta limitante forma parte de una regulación específica prevista en la legislación sectorial, y no puede considerarse que conduce a la inaplicación de la LFCE, pues se trata de ordenamientos de una naturaleza jurídica diferente, que sancionan distintas conductas y persiguen objetos diversos.

Por otra parte, el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE señala que:

“(...) se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos: (...)

VIII. El otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;”. (Énfasis añadido).

Así, en materia de competencia económica el Instituto también tiene facultades suficientes para verificar la celebración de convenios de exclusividad; sin embargo, los supuestos normativos para acreditar esta práctica son diferentes de aquéllos que establece la LFTR. En específico, es necesario que el probable responsable cuente con poder sustancial de mercado, que es distinto de la determinación de preponderancia; pero, además, la LFCE también requiere que los efectos anticompetitivos de la conducta superen las posibles ganancias en eficiencia a que se refiere el artículo 10, último párrafo, de la LFCE. E incluso, es indispensable acreditar que la conducta tuvo el objeto o efecto de desplazar indebidamente, establecer ventajas exclusivas, o impedir sustancialmente el acceso a los mercados; requisitos que no son señalados por la LFTR.

En suma, los elementos necesarios para acreditar las conductas previstas en el artículo 208, fracción V, de la LFTR y el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, son distintos y no resultan excluyentes.

Ahora bien, bajo los principios de seguridad y certeza jurídica de las Emplazadas, a pesar de que el lapso del trece al treinta y uno de agosto de dos mil catorce, sí debió incluirse como parte del periodo de exclusividad para determinar la duración de la práctica, para efectos de la presente resolución la duración de la conducta se circunscribirá al mismo periodo determinado en el OPR. Es decir que, para el análisis de la imputación establecida en este Expediente, se considera que la conducta se llevó a cabo del treinta y uno de marzo de dos mil doce al doce de agosto de dos mil catorce.

Lo anterior, debido a que al ser ese el plazo establecido en el OPR, las Emplazadas únicamente tuvieron oportunidad de oponer las defensas y excepciones que estimaron pertinentes para aquellas conductas realizadas entre el treinta y uno de marzo de dos mil doce y el doce de agosto de dos mil catorce. Por lo cual, ampliar el periodo inicialmente determinado en el OPR podría representar una violación a los principios de seguridad y certeza jurídica, legalidad y la garantía de audiencia, necesarios en todo proceso legal.

Finalmente, por lo que hace a las manifestaciones de AMX y Telcel sobre la vigencia de la LFTR y la posible aplicación de dicho cuerpo normativo a los hechos contenidos en el Expediente, los señalamientos de las Emplazadas resultan **inoperantes**. Esto, toda vez que AMX y Telcel no controvierten ni desvirtúan las imputaciones del OPR, sino que hacen alusión a la interpretación de un precepto normativo que excede la materia de análisis en este caso; y que como ya fue señalado, no forma parte de la fundamentación del OPR.

5.2.15. La conducta no estuvo prohibida²⁵³

En el supuesto que se estime que AMX y Telcel han celebrado los convenios y contratos en los términos mencionados en el OPR, lo cierto es que los mismos no fueron realizados ni celebrados con el objeto ni con el efecto que describe la autoridad. Adicionalmente, la celebración de esos convenios y contratos no estuvo prohibida en la LFCE, ni en ninguna otra disposición legal aplicable durante la duración que se pretende en el OPR, por lo que resulta ilegal sancionar por conductas que a su realización no se encontraban prohibidas.

El principio de legalidad tiene una doble vertiente de aplicación, la primera, se traduce en que las facultades otorgadas a la autoridad tienen que estar expresamente señaladas en el texto legal, delimitadas a su campo de actuación, estando prohibido todo lo que no está expresamente permitido. Por otro lado, los particulares tienen permitido hacer todo lo que no está expresamente prohibido.²⁵⁴

²⁵³ Folios 40784 a 40799 de Telcel y 41065 a 41080 de AMX.

²⁵⁴ Sexta Época. Registro: 267357, Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Volumen II. Tercera Parte, Página: 66. Amparo en revisión 2550/61. "**NORMAS LIMITADORAS DE LA ACTIVIDAD DEL INDIVIDUO.** La ausencia de normas limitadoras de la actividad del individuo, configura un derecho respetable por las autoridades, aun por el propio legislador, cuya vigencia desaparecerá hasta que surja una norma legislativa al

Con la finalidad de demostrar que la conducta que se imputa a AMX y Telcel nunca estuvo prohibida y estaba permitida, es conveniente que este Instituto observe que la LFCE y la LFCE 2014, en sus respectivas fracciones VIII están redactadas en los mismos términos.²⁵⁵

Mediante el decreto publicado el veintitrés de mayo de dos mil catorce el poder legislativo expidió la LFCE 2014. A través de dicho acto, el poder legislativo estimó que la conducta tipificada en la fracción VIII, del artículo 10, de la LFCE, debía seguir tipificada en los mismos términos señalados en la legislación que se abrogaba.

Ahora bien, en diverso decreto publicado en el DOF el catorce de julio de dos mil catorce se promulgó la LFTR, de donde se desprende lo siguiente:

“Artículo 208. (...)

El agente económico preponderante en el sector de las telecomunicaciones o con poder sustancial en el mercado de terminación de llamadas y mensajes cortos, tendrá, entre otras obligaciones, las siguientes: (...)

V. Abstenerse de celebrar contratos de exclusividad para puntos de venta y de distribución, incluyendo compra de tiempo aire, distintos a los del agente económico preponderante, que impidan u obstaculicen a otros concesionarios a acceder a dichos puntos de venta.”

Así, el legislador a través de la legislación en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, estimó por primera vez en la fracción V, del segundo párrafo, del artículo 208, de la LFTR, que el agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones tiene la obligación específica de abstenerse de celebrar contratos de exclusividad para puntos de venta y distribución, incluyendo compra de tiempo aire.

Es decir, las fracciones VIII de los respectivos artículos 10 y 53, de la LFCE y LFCE 2014, no establecían en su tipicidad la prohibición de celebrar contratos de exclusividad para puntos de venta y de distribución, incluyendo la compra de tiempo aire. Desde luego, porque esa conducta no estaba prohibida, en virtud de que no puede estimarse que los acuerdos de exclusividad están taxativamente y ex ante prohibidos por la ley -razón por la cual el artículo 208, segundo párrafo, fracción V, de la LFTR es inconstitucional.

Sólo a partir de promulgación de la LFTR se prohibió al agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones la celebración de los contratos de exclusividad para puntos de venta y de distribución, incluyendo compra de tiempo aire. Antes, la celebración de acuerdos de exclusividad

respecto. Es decir, antes de la prevención legislativa, el derecho estriba en poder obrar sin taxativas; después de ella, el derecho está en obrar conforme a tal prevención, pues mientras las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta, el gobernado puede hacer todo lo que dicha ley no le prohíbe. Establecido que la ausencia de normas legislativas configura para el gobernado el derecho de obrar libremente (...).”

²⁵⁵ Como excepción, la fracción VIII de la LFCE 2014 incluye dos palabras (“o beneficios”) del texto que anteriormente estaba comprendido en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE.

simple y sencillamente no estaba prohibida. Si lo hubiese estado, ese precepto no habría existido ni tendría razón de ser.

La Autoridad Investigadora reconoce que lo señalado en líneas anteriores es cierto, pues señala que la conducta descrita únicamente se tomaría en cuenta, para efectos de la imputación hasta el doce de agosto de dos mil catorce. Esto, porque la LFTR entró en vigor el trece de agosto de dos mil catorce y, por ello, no podría actualizarse el supuesto establecido en la fracción VIII, del artículo 10, de la LFCE, en el periodo que transcurrió del trece de agosto de dos mil catorce hasta el treinta y uno de agosto de dos mil catorce.

Lo anterior, en virtud de que la imputación en contra de AMX y Telcel durante el periodo de tiempo de treinta y uno de marzo de dos mil doce a doce de agosto de dos mil catorce actualiza el supuesto legal establecido en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE. No obstante, la misma conducta realizada en el periodo de tiempo de trece de agosto de dos mil catorce al treinta y uno de agosto de dos mil catorce, se registraría y regularía en términos de lo dispuesto por el diverso artículo 208, fracción VIII, de la LFTR, no del similar artículo 53, fracción VIII, de la LFCE vigente.

Dicho lo anterior, el Instituto debe observar la incongruencia e imprecisión en la que se incurre en el OPR en virtud de que únicamente se hace la descripción de una presunta conducta. Supuesta conducta que es constante y no cambiante desde el treinta y uno de marzo de dos mil doce hasta el treinta y uno de agosto de dos mil catorce, y que por lo tanto surgió en un momento dado y se habría mantenido por ese periodo de tiempo. Es decir, la autoridad únicamente hace la descripción de una presunta imputación en perjuicio de AMX y Telcel por todo el llamado "*Periodo de Exclusividad*" en el OPR.

Sin embargo, al mismo hecho descrito en el OPR -dice la Autoridad Investigadora- le aplican dos supuestos de ley diferentes. Pues a aquella conducta realizada de treinta y uno de marzo de dos mil doce hasta el doce de agosto de dos mil catorce, le es aplicable la LFCE. Más (sic), a la misma conducta realizada supuestamente del trece de agosto de dos mil catorce y hasta el treinta y uno de agosto de dos mil catorce dice le es aplicable la LFTR.

En este sentido, en el supuesto que llegase a estimarse que a la conducta imputada le resulta aplicable la LFCE para el primer periodo descrito, le deberá resultar aplicable para el segundo periodo. Si al primer periodo le es aplicable el artículo 10, fracción VIII de la LFCE, resulta contradictorio que al segundo periodo no le resulte aplicable la fracción VIII, del artículo 53, de la LFCE 2014, que prácticamente establecen lo mismo.

En todo caso, la única razón por la cual la autoridad podría llegar a la conclusión que señala en su OPR es que la ley especial predominara sobre la ley general. Entendiéndose por esta última aquella disposición en materia de competencia económica y, por la primera, las obligaciones específicas aplicables al agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones. Incluso, cuando esa última resultaría completamente inconstitucional por ser una ley

privativa en perjuicio del agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones.

Sin embargo, esa conclusión es un imposible jurídico ya que las disposiciones en materia de competencia económica y aquellas en materia de telecomunicaciones no pueden estimarse que encuadran dentro de un supuesto de ley general-ley especial o viceversa.

Si la Autoridad Investigadora estimó que a las presuntas conductas realizadas en el periodo del trece al treinta y uno de agosto de dos mil catorce, le serían aplicables las obligaciones asimétricas establecidas en la fracción V, del segundo párrafo, del artículo 208, de la LFTR; se tendría que llegar a la conclusión que fue hasta ese momento que el legislador ordinario estimó que la celebración de acuerdos de exclusividad para puntos de venta y de distribución, incluyendo de compra de tiempo aire, se encontraba prohibida para el agente económico preponderante.

En efecto, fue hasta la promulgación de la LFTR, que el legislador estimó que esa conducta se encontraba prohibida. Por lo que esa decisión legislativa demuestra que, con anterioridad a esa situación y en términos de la LFCE, la celebración de acuerdos de exclusividad para puntos de venta y de distribución, incluyendo de compra de tiempo aire, no encuadraba en la descripción de la fracción VIII, del artículo 10, de la LFCE, y que estaba permitida.

Luego, en virtud de que todo lo que no está prohibido para el gobernado está permitido, antes del trece de agosto de dos mil catorce no existía prohibición alguna para celebrar el contrato de exclusividad que, según señala la Autoridad Investigadora, constituiría una práctica monopólica relativa. Dicho de otra manera, no se actualizan en realidad los términos del artículo 10, fracción VIII, de la LFCE. Es decir, la imprevisión legislativa a ese respecto permitía que AMX y Telcel actuaran como presuntamente se le imputa que lo hicieron.

Asimismo, en atención al desarrollo de los derechos fundamentales que reconoce la CPEUM en beneficio de los gobernados, se destaca que el propio OPR implica que no es posible aplicar la fracción VIII, del artículo 10, de la LFCE, a los hechos señalados como conducta imputada, precisamente a partir de la tipificación de la conducta específica en la fracción V, del artículo 208, de la LFTR.

A partir de los principios pro persona, de progresividad y de retroactividad en beneficio del afectado, lo cierto es que esa reforma legal que crea un nuevo tipo sancionatorio, lo que provoca que aquellas conductas realizadas antes a las que no pueda aplicársele esa porción normativa, *so pena* de violar la irretroactividad en la aplicación de la ley, tampoco puedan ser juzgadas bajo una descripción normativa distinta que sea distinta, amplia y general.

Finalmente, no debe pasar desapercibido que en términos del principio de sucesión normativa, si el legislador reforma la ley y determina que un tipo sancionatorio debe dejar de tener el carácter de ilícito o infracción, no se podría aplicar de manera retroactiva el precepto modificado. Es decir, si el poder

legislativo determina que una conducta típica dejó de serlo porque ese supuesto típico ya no habría considerarse como tal sino ser otro nuevo, aplicar en perjuicio del gobernado el precepto que anteriormente establecía la conducta típica constituye una violación a los derechos del gobernado.²⁵⁶

Luego, si el Congreso de la Unión determinó establecer en el artículo 208, fracción V, de la LFTR, un prohibición específica en materia de celebración de contratos de exclusividad de recargas de tiempo aire para el llamado agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones, es claro que dicha acción legislativa debe entenderse como una causa de inaplicabilidad y supresión implícita de la conducta típica que la Autoridad Investigadora ha pretendido señalar que actualiza el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE.

En realidad, el Instituto no ha podido acercarse al tema de manera objetiva y parcial (sic) por cuanto a su construcción y análisis de la posible actualización del artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, pues al haber actuado cuando ya se había emitido la LFTR resulta imposible material y jurídicamente que la autoridad se haya acercado a la aplicación de la ley anterior sin tener presente que existe ya una prohibición específica de la conducta que, posteriormente, se pretende encuadrar en la porción normativa general previa.

Por ello, es que toda la imputación formulada por la Autoridad Investigadora en el OPR resulta ilegal, incongruente e imprecisa, además de carecer de las debidas y suficientes fundamentación y motivación que requiere cualquier acto de autoridad, por lo que la misma debe ser desestimada para llegar a la conclusión de que el presente expediente debe cerrarse.

Las manifestaciones de las Emplazadas se consideran infundadas, tal como a continuación se expone.

Efectivamente, como lo mencionan AMX y Telcel, a partir de la entrada en vigor de la LFTR, es decir a partir del trece de agosto de dos mil catorce, existe una prohibición específica y *ex ante*, que impide al agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones celebrar acuerdos de exclusividad para puntos de venta y distribución de tiempo aire. Sobre el particular, el artículo 208, fracción V, de la LFTR, señala que:

"Artículo 208 (...) El agente económico preponderante en el sector de las telecomunicaciones o con poder sustancial en el mercado de terminación de llamadas y mensajes cortos, tendrá, entre otras obligaciones, las siguientes: (...)

V. Abstenerse de celebrar contratos de exclusividad para puntos de venta y de distribución, incluyendo compra de tiempo aire, distintos a los del agente

²⁵⁶ Época: Décima Época Registro: 2010222 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 23, Octubre de 2015. Tomo II Materia(s): Penal Tesis: 1a. CCXCV/2015 (10a.) Página: 1659. *"SUCESIÓN DE NORMAS PENALES. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 211, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO ABROGADA, SUBSISTE EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN DE AMPARO VIGENTE A PARTIR DEL 3 DE ABRIL DE 2013"*.

económico preponderante, que impidan u obstaculicen a otros concesionarios a acceder a dichos puntos de venta.” (énfasis añadido).

Por otra parte, también es cierto que el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, no prohíbe *a priori* y de manera específica la celebración de contratos de exclusividad para la distribución y comercialización de tiempo aire por parte de un concesionario que forme parte del agente económico preponderante. En este sentido, el precepto citado establece lo siguiente:

*“Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, **se consideran prácticas monopólicas relativas** los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:*

(...)

***VIII. El otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;**”*

Hasta este punto, las manifestaciones de AMX y Telcel son ciertas. No obstante, las Emplazadas se equivocan al concluir que el hecho de que la LFTR haya incorporado esta prohibición expresa se debe a que antes la conducta sí estaba permitida, y que en caso contrario no tendría razón de ser. Lo anterior, porque las Emplazadas AMX y Telcel realizan una interpretación equivocada sobre la aplicación de la LFTR y la LFCE, así como los alcances que tiene el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE.

En primer lugar, como es reconocido por las propias Emplazadas, la LFCE y la LFTR no se encuentran en una relación de subordinación ni por su vigencia ni bajo un criterio de especialidad de estos cuerpos normativos. Esto se debe a que ambas leyes tienen materias y ámbitos de aplicación distintos; por lo cual, tanto la LFCE como la LFTR son vigentes y aplicables, cada una en los supuestos legales correspondientes de acuerdo a su naturaleza jurídica. En otras palabras, la entrada en vigor de la LFTR y su regulación específica en materia de telecomunicaciones y preponderancia, no abroga la LFCE ni deroga alguno de sus artículos.

Por lo tanto, el hecho de que la LFTR haya incorporado la prohibición establecida en el artículo 208, fracción V, no significa que conductas de la naturaleza de la imputada a las Emplazadas no pudiese colmar algún supuesto de la LFCE ni fuera sancionable conforme a la misma ley. Pues como ya ha sido señalado, la LFTR y su contenido están enfocados a la regulación sectorial y tiene por objeto regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes públicas de telecomunicaciones, así como la prestación de los servicios públicos de interés general de telecomunicaciones y radiodifusión. Mientras que la LFCE busca proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención

y eliminación de prácticas monopólicas en todos los mercados de la actividad económica. A mayor precisión, el artículo 1, de la LFTR, señala que:

“Artículo 1. La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes públicas de telecomunicaciones, el acceso a la infraestructura activa y pasiva, los recursos orbitales, la comunicación vía satélite, la prestación de los servicios públicos de interés general de telecomunicaciones y radiodifusión, y la convergencia entre éstos, los derechos de los usuarios y las audiencias, y el proceso de competencia y libre concurrencia en estos sectores, para que contribuyan a los fines y al ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 6o., 7o., 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

Por otra parte, el artículo 2, de la LFCE, afirma lo siguiente:

“Artículo 2. Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.”

Por lo cual, fue hasta la entrada en vigor de la LFTR, que la regulación sectorial en materia de telecomunicaciones, prohibió al agente económico preponderante celebrar contratos de exclusividad para la venta de tiempo aire. Pero esto, no significa que AMX y Telcel en su calidad de agentes económicos con poder sustancial, que es distinto del carácter de preponderante, no se encontraran sujetos al cumplimiento de la LFCE, ni que la celebración de determinados convenios como el Contrato de Venta de Saldos, pudieran constituir una práctica monopólica relativa.

A mayor precisión, en el caso que nos ocupa, efectivamente el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, no prohíbe de manera previa, específica y expresa la celebración de contratos de exclusividad para puntos de venta y distribución de tiempo aire en estos términos particulares. Por el contrario, este precepto es más amplio y se refiere a una diversidad de conductas que pueden ser llevadas a cabo de distintas maneras por múltiples agentes económicos, no sólo concesionarios de telecomunicaciones. Pero, tal como a continuación se demuestra, ello no significa que la conducta realizada por las Emplazadas no esté prevista, desde la óptica de competencia económica, por la multicitada fracción. De hecho, la práctica imputada en el Expediente sí está prevista y es sancionable de conformidad con la LFCE.

Al respecto, la LFCE prevé que se deben considerar como prácticas monopólicas relativas, entre otras, el otorgamiento de incentivos por parte de proveedores a los compradores con el requisito de no adquirir, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos por un tercero. Lo anterior, sujeto a que: **i)** el agente económico que otorga los descuentos o incentivos tenga poder sustancial en el mercado relevante; **ii)** el probable responsable realice la conducta con el objeto o efecto de desplazar indebidamente a sus competidores, impedir sustancialmente el acceso a los mercados o establecer ventajas exclusivas en favor de un agente,

y **iii)** no se acredite que las ganancias en eficiencia, en caso de haberlas, superan los efectos anticompetitivos de la conducta.

Es decir, que si bien el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, no hace referencia a una conducta específica e individualizada, sí se refiere a la celebración de determinados acuerdos y/o convenios con características o elementos jurídicos particulares que, al concurrir, deben considerarse como prácticas monopólicas relativas; y, por lo tanto, ser sancionados.

En la especie, estos requisitos se acreditan por la conducta de las Emplazadas toda vez que: **i)** mediante la celebración del Contrato de Venta de Saldos AMX y Telcel otorgaron incentivos a BLM para no adquirir ni distribuir y/o comercializar tiempo aire de Telefónica; **ii)** Telcel tiene poder sustancial en el Mercado Relevante; **iii)** la conducta fue realizada con el objeto de desplazar indebidamente a otros agentes del Mercado relevante, así como desplazar indebidamente e impedir sustancialmente el acceso a competidores de Telcel a los Mercados Relacionados, y **iv)** en el Expediente no se acredita la existencia de ganancias en eficiencia, ni mucho menos que esas ganancias superen los efectos anticompetitivos de la práctica.

Así, las Emplazadas se equivocan al asumir que la LFCE no prevé la práctica imputada; esto, porque si bien es cierto que la LFCE no cuenta con una redacción individualizada como sí lo hace la LFTR, también es cierto que la LFCE considera como prácticas monopólicas relativas determinado tipo de acuerdos o contratos bajo los supuestos ya analizados. Por lo tanto, no sólo resulta posible, sino que es necesario concluir, que la conducta imputada sí estaba prevista como práctica monopólica relativa, en materia de competencia económica por la LFCE.

Sin embargo, este análisis no es excluyente de la aplicación y revisión al cumplimiento de la LFTR, que no sanciona la realización de prácticas monopólicas, sino que establece las conductas que deben observar los concesionarios al prestar servicios públicos de interés general en el sector de telecomunicaciones; particularmente, tratándose del agente económico preponderante.

De lo anterior, se colige que existen notables diferencias entre el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE y el artículo 208, fracción V, de la LFTR, que los hace coexistir, sin que puedan considerarse como excluyentes; y que, de hecho, es posible la aplicación de ambos preceptos a una misma conducta, siempre y cuando se cumplan los elementos previstos por cada legislación.

En ese sentido, como fue precisado en el apartado "*Aplicación retroactiva de normas*" de esta resolución, se advierte que la Autoridad Investigadora no tomó en cuenta diecinueve días de la comisión de la práctica; esto se debe a que el periodo comprendido entre el trece de agosto de dos mil catorce al treinta y uno de agosto del mismo año, mismo que fue excluido por la AI en el Expediente, sí debió formar parte de la duración de la conducta para efectos de la imputación en grado probable. Es decir, que dentro del OPR se tuvo que haber considerado de forma preliminar que la práctica imputada abarcó el lapso comprendido entre el treinta y uno de marzo de dos mil doce y el treinta y uno de agosto de dos mil

catorce, sin dejar fuera de dicho cómputo los diecinueve días naturales que van del trece al treinta y uno de agosto del año dos mil catorce.

Esto, porque si bien existe la posibilidad de que los hechos investigados actualicen diverso supuesto de la LFTR, ello no implica que esa conducta no deba ser valorada en términos de la LFCE, para resolver si constituye una práctica monopólica relativa sancionable. Sobre todo, considerando que la LFCE y la LFTR tienen distintos ámbitos de aplicación.

Al respecto, como ha sido precisado previamente y bajo los principios de seguridad y certeza jurídica, legalidad y garantía de audiencia, para efectos de esta resolución, la duración de la conducta se limita al mismo periodo en el OPR a pesar de que debieron incluirse los diecinueve días que transcurrieron del trece al treinta y uno de agosto de dos mil catorce.

Lo anterior, debido a que al ser ese el plazo establecido en el OPR, las Emplazadas únicamente tuvieron oportunidad de oponer las defensas y excepciones que estimaron pertinentes para aquellas conductas realizadas entre el treinta y uno de marzo de dos mil doce y el doce de agosto de dos mil catorce. Por lo cual, ampliar el periodo inicialmente determinado en el OPR podría representar una violación a los principios de seguridad y certeza jurídica, legalidad y la garantía de audiencia, necesarios en todo proceso legal.

En conclusión, las manifestaciones de las Emplazadas son **infundadas** porque la LFCE sí preveía y regulaba la celebración de acuerdos y/o convenios como el Contrato de Venta de Saldos, que bajo determinados supuestos debe considerarse como una práctica monopólica relativa. Esto, sin importar que posteriormente la LFTR regulara sectorialmente la conducta de las Emplazadas en materia de preponderancia bajo supuestos distintos y con consecuencias legales diversas de aquellas establecidas en competencia económica.

5.2.16. De la no actualización de diversas prácticas monopólicas relativas²⁵⁷

Se recoge en beneficio de AMX y Telcel que si bien la Denunciante pretendió señalar que se habrían cometido conductas prohibidas previstas en los fracciones V, VIII y XI del artículo 10 de la LFCE, lo cierto es que en lo consideración de derecho Novena titulada "*Prácticas monopólicas relativas denunciadas que no se actualizan en términos de la LFCE*", la AI determinó que las presuntas conductas investigadas no actualizan los supuestos establecidos en los fracciones V y XI del artículo 10 de la LFCE.

Las manifestaciones de las Emplazadas se consideran **inoperantes** y, por lo tanto, el Pleno de este Instituto no puede analizar si las mismas resultan fundadas o no. Lo anterior, porque los señalamientos de AMX y Telcel no están encaminados a controvertir y/o desvirtuar las imputaciones realizadas por la Autoridad Investigadora del IFT, en relación con la posible actualización de la práctica prevista por el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE.

²⁵⁷ Folios 40712 de Telcel y 40995 a 40996 de AMX.

Por el contrario, las Emplazadas se limitan a reiterar que, de las constancias que obran en el Expediente, no se acreditó la comisión de las prácticas monopólicas relativas previstas en el artículo 10, fracciones V y XI, de la LFCE. Lo cual, no desvirtúa sino confirma las conclusiones de la Autoridad Investigadora, quien determinó no imputar responsabilidad presuntiva a AMX y Telcel por la actualización de las fracciones señaladas.

Por último, es importante precisar que estas consideraciones en nada afectan ni impiden las facultades indagatorias de la Autoridad Investigadora respecto de expedientes que actualmente, o en el futuro, puedan encontrarse en la etapa indagatoria prevista por el artículo 30, de la LFCE; en los cuales, haya diversidad total o parcial sobre los hechos dirimidos mediante la presente resolución.

Al respecto, es aplicable el siguiente criterio judicial:

“PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. ACTOS Y PROCEDIMIENTOS DERIVADOS DE LA DENUNCIA RELATIVA Y CONGRUENCIA DE LAS RESOLUCIONES CORRESPONDIENTES. De los artículos 30, 32 y 33 de la Ley Federal de Competencia Económica abrogada y 28, 29, 30 y 41 de su reglamento, se advierte que los particulares están legitimados para presentar denuncias por la posible comisión de prácticas monopólicas (en las cuales, entre otras cuestiones, deben describir los hechos que estimen violatorios de la ley), y que dicha promoción puede dar lugar a diversos actos y/o procedimientos. Así, en un primer momento, la autoridad en la materia deberá dictar un auto para proveer sobre la denuncia presentada, ya sea en el sentido de: a) admitirla y dar inicio a la investigación; b) desecharla (por improcedente); o, c) prevenir al promovente para determinado efecto y, en caso de no cumplir con el requerimiento correspondiente, tenerla por no presentada. Posteriormente, si se admitió a trámite la denuncia, la autoridad deberá realizar la investigación correspondiente y, a partir de los elementos, documentación e información obtenidos, podrá: a) emitir un oficio de probable responsabilidad, cuando encuentre elementos suficientes para sustentar la existencia de hechos constitutivos de probables infracciones a la ley cometidos por uno o varios agentes económicos; o bien, b) decretar el cierre del expediente, cuando no existan elementos suficientes para sustentar esa probable responsabilidad. Finalmente, si se emite un oficio de probable responsabilidad, la autoridad tendrá por iniciado el procedimiento sancionatorio correspondiente, el cual transita por el emplazamiento al probable responsable (a fin de que comparezca ante la autoridad para que manifieste lo que a su derecho convenga); una fase de pruebas (ofrecimiento, admisión y desahogo) y otra de alegatos, y concluye con una resolución que dilucida sobre la comisión de la infracción y la responsabilidad del agente económico llamado al procedimiento como probable responsable. En resumen, a fin de respetar las formalidades esenciales del procedimiento y los derechos de legalidad y seguridad jurídica, la autoridad debe recibir la denuncia y proveer lo conducente, atendiendo a la totalidad de las prácticas y/o los hechos referidos, de modo que si decide admitirla a trámite, su resolución, sea el cierre del expediente o la apertura del procedimiento sancionatorio, debe ser congruente con los hechos o las prácticas denunciadas, es decir, en el auto de cierre tiene que informar cuáles atañen a esa determinación y las razones en que ésta descansa; en el oficio de probable responsabilidad debe hacer

referencia a la denuncia presentada y al resultado de la investigación efectuada (sin que ello implique que tenga que pronunciarse de manera puntual sobre todas y cada una de las manifestaciones del denunciante) y, en su caso, expresar las razones por las cuales el procedimiento sancionatorio no se abrirá respecto de ciertas conductas o hechos materia de la investigación; por último, en la resolución final del procedimiento de sanción debe establecer si las prácticas o hechos de la denuncia que quedaron precisados en el acto de apertura del procedimiento y respecto de los cuales se emplazó al agente, se tuvieron o no por acreditados, y la consecuencia legal de ello."²⁵⁸

SEXTO. VALORACIÓN Y ALCANCE DE LAS PRUEBAS

6.1. Elementos probatorios del OPR.

6.1.1. Existencia de una relación contractual entre BLM y AMX-Telcel

Mediante las comunicaciones electrónicas entre personal de Telcel y empleados de BLM, la Comparecencia HCT, el Contrato de Venta de Saldos y sus convenios modificatorios, se acredita que BLM y AMX-Telcel iniciaron una relación comercial en exclusiva a partir del treinta y uno de marzo de dos mil doce, misma que terminó el treinta y uno de agosto de dos mil catorce, pero para efectos de la imputación se circunscribe al doce de agosto de ese año. Estos elementos de convicción son los siguientes:

a) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de catorce de marzo de dos mil doce, enviado por "Confidencial", en su calidad de empleada de BLM, a "Confidencial", en su calidad de empleada de Telcel.²⁵⁹

En este correo, BLM confirma a Telcel que a partir del treinta y uno de marzo de dos mil doce, abandonarán un esquema *multicarrier* en la comercialización de tiempo aire para distribuir sólo tiempo aire de la marca Telcel, tal como se aprecia:

"Estimada "Confidencial",

"Confidencial" (...).

"Confidencial" ".²⁶⁰

De tal manera que mediante dicho correo, queda debidamente acreditado que Telcel formó parte activa en las negociaciones del acuerdo de exclusividad mediante el establecimiento de los términos y condiciones, tales como los incentivos a pagar y el esquema de comercialización.

²⁵⁸ Época: Décima Época; Registro: 2013267; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Publicación: viernes 02 de diciembre de 2016 10:14 h; Materia(s): (Administrativa); Tesis: I.2o.A.E.37 A (10a.)

²⁵⁹Folios 4351 a 4377.

²⁶⁰Folio 4376.

A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.²⁶¹

b) Testimonial consistente en la diligencia por virtud de la cual se realizó la Comparecencia HCT, el dieciocho de abril de dos mil diecisiete, la cual fue ordenada mediante el oficio IFT/110/AI/DG-PMCI/089/2017, de veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.²⁶²

En la comparecencia, "Confidencial" de BLM, reiteró a este Instituto que efectivamente, el convenio de exclusividad entre Telcel y AMX con BLM se ejecutó a partir del treinta y uno de marzo de dos mil doce, mediante la "desconexión" de los demás OSTM. Con esta prueba se acredita que el convenio de exclusividad sí inició en la fecha establecida por los agentes económicos, en los siguientes términos:

"D) Indique cómo y cuándo se regularizó la situación descrita en el inciso anterior.

*Desde nuestro punto de vista no era una situación irregular el hecho de ser multicarrier y por instrucciones de Telcel según se señala en el correo que fue también proporcionado se dejó de ser multicarrier el treinta y uno de marzo de dos mil doce hasta agosto-septiembre de dos mil catorce"*²⁶³ (énfasis añadido).

"S) (s) eñale la compareciente si el acuerdo de desconexión se ejecutó, la fecha de ejecución y a qué agentes económicos desconectaron.

Se ejecutó el 31 de marzo del 2012 y se desconectaron a Telefónica y Iusacell (...)." ²⁶⁴ (énfasis añadido).

De esta manera, a la comparecencia a cargo de HCT, le corresponde la naturaleza y valor probatorio que le confieren los artículos 93, fracción VI, 165, 179, 184, 197 y 215, fracciones III, V, VI, VII y VIII, del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE.

²⁶¹ Sirvan de sustento los criterios: por analogía los siguientes criterios judiciales: **D)** Tesis Aislada V.3o.10 C con número de registro 186243, emitida en la Novena Época, en materia Civil, por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en el S.J.F. Tomo XVI, agosto 2002, página 1306, bajo el rubro y texto siguientes: **"INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO.** El artículo 188 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, en términos de lo previsto en el diverso artículo 2o. de este ordenamiento legal, dispone: "Para acreditar hechos o circunstancias en relación con el negocio que se ventila, pueden las partes presentar fotografías, escritos o notas taquigráficas, y, en general, toda clase de elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia."; asimismo, el diverso artículo 210-A, párrafo primero, de la legislación que se comenta, en lo conducente, reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquiera otra tecnología; ahora bien, entre los medios de comunicación electrónicos se encuentra "internet", que constituye un sistema mundial de disseminación y obtención de información en diversos ámbitos y, dependiendo de esto último, puede determinarse el carácter oficial o extraoficial de la noticia que al efecto se recabe, y como constituye un adelanto de la ciencia, procede, en el aspecto normativo, otorgarle valor probatorio idóneo". La referencia a estos criterios judiciales resulta aplicable a todos los elementos probatorios de esta naturaleza.

²⁶² Folios 26222 a 26294.

²⁶³ Folio 26254.

²⁶⁴ Folio 26260.

c) Documental privada consistente en el Contrato de Venta de Saldos de veinticinco de junio de dos mil doce, celebrado por América Móvil, S.A.B. de C.V., representada por "Confidencial", Blue Label México, S.A. de C.V., representada por "Confidencial" y Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V. representada por "Confidencial".²⁶⁵

Mediante el Contrato de Venta de Saldos, se acredita que efectivamente el veinticinco de junio de dos mil doce, los agentes económicos involucrados, formalizaron los términos y condiciones para la venta de tiempo aire de Telcel, tal como se describe a continuación:

"Confidencial".

"Confidencial"

"Confidencial".

"Confidencial" (...) "²⁶⁶ (subrayado añadido).

"Confidencial".

"Confidencial". "²⁶⁷ (subrayado añadido).

A esta documental privada le corresponde la naturaleza y valor probatorio que le confieren los artículos 93, fracción III, 133, 197 y 203 del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE.

d) Documental privada consistente en el convenio celebrado el primero de abril de dos mil trece, por América Móvil, S.A.B. de C.V. representada por "Confidencial", Blue Label México, S.A. de C.V. representada por "Confidencial" y Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V. representada por "Confidencial".²⁶⁸

Por virtud de este convenio modificatorio AMX, BLM y Grupo Bimbo, en su calidad de obligado solidario, determinaron extender la vigencia inicial del Contrato de Venta de Saldos en estos términos:

" "Confidencial" (...) "²⁶⁹.

A esta documental privada le corresponde la naturaleza y valor probatorio que le confieren los artículos 93, fracción III, 133, 197 y 203 del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE.

e) Documental privada consistente en el segundo convenio modificatorio celebrado el primero de septiembre de dos mil catorce, por América Móvil, S.A.B. de C.V. representada por "Confidencial", Blue Label México, S.A.P.I. de C.V.

²⁶⁵ Folios 3918 a 3951.

²⁶⁶ Folio 3925.

²⁶⁷ Folio 3929.

²⁶⁸ Folios 3952 y 3953.

²⁶⁹ Folio 3952.

representada por “Confidencial” y “Confidencial” y Grupo México, S.A.B. de C.V. representada por “Confidencial”.²⁷⁰

Finalmente, con este segundo convenio modificatorio, entre otras cuestiones, los agentes económicos involucrados determinaron reducir el descuento aplicable a BLM como resultado del término de la exclusividad para la venta de tiempo aire, así como establecer un porcentaje mensual para inversión en puntos de venta. En específico, de este documento se lee:

“Confidencial”

“Confidencial”.

“Confidencial” (...)”²⁷¹ (subrayado añadido).

“(...) “Confidencial” (...)”.²⁷² (subrayado añadido).

A esta documental privada le corresponde la naturaleza y valor probatorio que le confieren los artículos 93, fracción III, 133, 197 y 203 del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE.

De los elementos enunciados en los incisos **a)** a **e)** de este apartado, se demuestra que las Emplazadas negociaron y formalizaron una relación comercial con BLM por virtud de la cual este distribuidor se convirtió en comercializador exclusivo de tiempo aire de Telcel. En específico, esta relación tuvo vigencia del treinta y uno de marzo de dos mil doce, fecha en que fueron “desconectados” los otros OSTM de la red de BLM, al treinta y uno de agosto de dos mil catorce, fecha en que terminó la exclusividad. Sin embargo, por las razones expuestas a lo largo de la presente resolución, para efectos del expediente se considera que el periodo de la exclusividad comprende del treinta y uno de marzo de dos mil doce al doce de agosto de dos mil catorce.

6.1.2. Ofrecimiento y otorgamiento de incentivos

Con los elementos probatorios que se describen en este apartado, los cuales se encuentran relacionados entre sí, se acredita que las Emplazadas efectivamente ofrecieron incentivos a BLM para que este distribuidor no comercializara tiempo aire de otros OSTM. En específico, Telcel ofreció a BLM los incentivos correspondientes mediante diversos correos electrónicos que, posteriormente, derivaron en la firma del Contrato de Venta de Saldos por parte de AMX.

En este sentido, también se acredita que los “incentivos” utilizados por las Emplazadas en las negociaciones con BLM no sólo tenían una implicación o significado en sentido positivo; sino que, además, también se hizo del conocimiento

²⁷⁰ Folios 3954 y 3955.

²⁷¹ Folio 3954.

²⁷² Folio 3955.

de BLM que, en caso de no acceder al acuerdo de exclusividad, ya no podría comercializar tiempo aire de la marca Telcel.

a) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de siete de julio de dos mil once, enviado por “Confidencial”, en su calidad de empleada de Telcel, a “Confidencial”, en su calidad de empleada de BLM.²⁷³

A través de este correo electrónico, Telcel informó a BLM sobre la posibilidad de otorgarle incentivos adicionales en caso de que dicho agente económico accediera a firmar un contrato de exclusividad con Telcel para la venta de tiempo aire. Con esto, se acredita que los incentivos otorgados fueron ofrecidos por Telcel a BLM, mientras que dicho agente económico y Grupo Bimbo habían manifestado su intención de celebrar un contrato en modalidad *multicarrier*.

En el correo señalado se estableció lo siguiente:

“Confidencial”

“Confidencial” (subrayado añadido).

A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.

b) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de nueve de diciembre de dos mil once, enviado por “Confidencial”, en su calidad de empleada de Telcel, a “Confidencial”, en su calidad de empleada de BLM.²⁷⁴

Mediante el correo electrónico que se describe, se acredita que Telcel decidió incrementar el porcentaje de los incentivos ofrecidos a BLM, nuevamente, sujeto a la condición de que ese distribuidor no comercializara tiempo aire de otros OSTM, tal como ahora se transcribe:

““Confidencial”: (...)

“Confidencial”(...)” (subrayado añadido).

A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.

c) Documental privada consistente en el Contrato de Venta de Saldos de veinticinco de junio de dos mil doce, celebrado por América Móvil, S.A.B. de C.V., representada por “Confidencial”, Blue Label México, S.A. de C.V., representada por “Confidencial” y Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V. representada por “Confidencial”.²⁷⁵

En el contrato señalado se observa que las partes acordaron que para todas las regiones en que Telcel divide el territorio nacional dicho concesionario pagaría a

²⁷³ Folio 4355.

²⁷⁴ Folio 4364.

²⁷⁵ Folios 3918 a 3951.

BLM una comisión mensual del "Confidencial" de tiempo aire vendido, más una comisión trimestral del "Confidencial". Con esto se acredita que las Emplazadas y BLM, con "Confidencial" obligado solidario, efectivamente formalizaron los términos del convenio de exclusividad que se comenzó a ejecutar desde el treinta y uno de marzo de dos mil doce; es decir, que sí se estableció el otorgamiento de los incentivos ofrecidos por Telcel, mediante la firma del contrato correspondiente por parte de AMX.

A esta documental privada se le confiere el valor probatorio señalado previamente, y de la cual se desprende lo siguiente:

"Confidencial":

| | |
|----------------|----------------|
| "Confidencial" | "Confidencial" |
| "Confidencial" | "Confidencial" |

"Confidencial"²⁷⁶

d) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de catorce de febrero de dos mil doce, enviado por "Confidencial", en su calidad de empleada de Telcel, a "Confidencial", en su calidad de empleada de BLM.²⁷⁷

Con esta comunicación electrónica se acredita que, si bien en principio, con la "prueba piloto" las Emplazadas permitieron a BLM comercializar tiempo aire de Telcel como *multicarrier*, e incluso para formalizar esta relación comercial le ofrecieron distintos esquemas de negocio; posteriormente le presentaron sólo dos alternativas, comercializar tiempo aire de Telcel en forma exclusiva, o bien dar por terminada la prueba piloto, lo cual significaba que ya no podrían vender tiempo aire de Telcel siendo *multicarrier*. En este correo se observa lo siguiente:

"(...) "Confidencial" (...)"²⁷⁸(énfasis añadido).

A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.

e) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de veinticuatro de febrero de dos mil doce, enviado por "Confidencial", en su calidad de empleada de Telcel, a "Confidencial", en su calidad de empleado de Grupo Bimbo, relacionado con el proyecto de BLM para la venta de saldos.²⁷⁹

²⁷⁶ Folios 3943 a 3951.

²⁷⁷ Folios 4367 y 4368.

²⁷⁸ Folios 4367 y 4368.

²⁷⁹ Folios 4373 y 4374.

En esta comunicación, Telcel nuevamente hace del conocimiento de BLM y Grupo Bimbo que la “*prueba piloto*” no puede continuar, y en ese sentido BLM debe proceder a la desconexión de los demás OSTM. En específico se lee:

“Estimado “Confidencial”:

(...)

“Confidencial” (...).²⁸⁰ (subrayado añadido)

A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE, por tratarse de un elemento de prueba aportado por la ciencia.

f) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de cinco de marzo de dos mil doce, enviado por “Confidencial”, en su calidad de empleada de Telcel, a “Confidencial”, en su calidad de empleada de BLM.²⁸¹

Mediante este correo Telcel reitera a BLM que la única forma en que les permitirán comercializar tiempo aire de la marca Telcel es bajo un modelo de exclusividad, e incluso que en caso de no hacerlo procederían a la desconexión de BLM para que no tuviera acceso a la plataforma de Telcel para la adquisición de bolsas virtuales de tiempo aire. Es decir, que los incentivos empleados por las Emplazadas en las negociaciones para la celebración del Contrato de Venta de Saldos no sólo tenían una connotación en sentido positivo, sino que además implicaban una sanción que motivó o incentivó a BLM a aceptar la exclusividad.

En esta comunicación electrónica se observa lo siguiente:

““Confidencial”.

“Confidencial” (...)” “Confidencial”.

A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.

g) Testimonial consistente en la diligencia por virtud de la cual se realizó la Comparecencia HCT, el dieciocho de abril de dos mil diecisiete, la cual fue ordenada mediante el oficio IFT/110/AI/DG-PMCI/089/2017 de veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.²⁸²

Mediante esta comparecencia, entre otras cosas, “Confidencial” explica el contenido de la “*prueba piloto*”, así como el contexto en el que se desarrollaron las negociaciones con Telcel. Incluso se advierte que anteriormente BLM adquiría tiempo aire de Telcel de manera indirecta; sin embargo, esto cesó a partir de que

²⁸⁰ Folio 4373.

²⁸¹ Folio 4372.

²⁸² Folios 26222 a 26294.

dicho concesionario ordenó a “celular kit” dejar de vender tiempo aire a BLM, para que comenzara a negociar directamente con Telcel.

Como ya fue precisado, a esta diligencia se le otorga el valor probatorio de una prueba testimonial, en los términos previamente descritos; en específico, de la Comparecencia HCT se desprende:

“21. ¿Nos podría señalar la temporalidad en que Telcel “al principio” les permitio ser multicarrier?”

*Hasta marzo de dos mil doce fuimos multicarrier, fecha en que Telcel nos puso un ultimátum. El ultimátum y está en un correo de “Confidencial”, señala claramente que o dábamos por finalizado lo que ellos llaman una “prueba piloto” y desconectábamos a los otros carriers o no nos vendían. Luego en septiembre de dos mil catorce volvieron a aceptar que fuésemos multicarriers, no sin antes volvernos a bajar el margen por ese hecho. (...)”*²⁸³ (subrayado añadido).

“28. De las constancias que obran en el Expediente, se desprende la existencia de una cadena de tres correos electrónicos, los cuales obran en el folio 4359 del EXPEDIENTE, los cuales consisten en los siguientes:

(...)

b) Indique cuál era el “problema grave” al que hace referencia el título de dichos correos electrónicos.

El problema grave era la desconexión que teníamos de uno de nuestros proveedores de tiempo aire de Telcel que se denominaba Celular Kit donde sin previo aviso nos desconectan de su plataforma. El director general de BLM nos informa que a su vez Celular Kit le dice que fue por instrucciones de Telcel y dado que yo principalmente era la que en ese momento tenía las negociaciones con Telcel me piden que acuda a Telcel para que se resuelva el problema.

c) Señale si tiene conocimiento de quién, cuándo y a través de qué medio se enteró que “Celular Kit” no le iba a vender tiempo aire a BLM y las razones de dicha negativa, tal y como se desprende de la impresión del primer correo de veintiséis de julio de dos mil once.

*Fue el Director General de BLM en ese momento el que se enteró y desconozco si le hablaron o simplemente lo desconectaron, hasta donde entiendo fue sin previo aviso y cuando habló para saber cuál era el problema técnico, Celular Kit le informó que era por instrucciones de Telcel.*²⁸⁴(énfasis añadido).

6.1.3. Obligación de no adquirir ni comercializar bienes de un tercero

Con los elementos probatorios que se detallan a continuación se acredita que las Emplazadas sujetaron el otorgamiento de incentivos a la condición de que BLM no comercializara tiempo aire de otros OSTM. Asimismo, se acredita la pérdida de los

²⁸³ Folio 26230.

²⁸⁴ Folios 26241 y 26242.

incentivos ante posibles incidencias por parte de BLM, en las que Telcel advierta que se está comercializando tiempo aire en puntos de venta bajo modalidades *multicarrier*.

Los medios de prueba citados, se detallan a continuación:

a) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de siete de julio de dos mil once, enviado por “Confidencial”, en su calidad de empleada de Telcel, a “Confidencial”, en su calidad de empleada de BLM.²⁸⁵

A través de este correo electrónico, se acredita que Telcel hace de manifiesto que la obligación principal de BLM para que pueda recibir descuentos o incentivos adicionales es la no comercialización de tiempo aire de otros OSTM. A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio señalado en el apartado anterior.

En esta comunicación electrónica se observa:

“Confidencial”

“Confidencial”

b) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de nueve de diciembre de dos mil once, enviado por “Confidencial”, en su calidad de empleada de Telcel, a “Confidencial”, en su calidad de empleada de BLM.²⁸⁶

Con este medio de prueba, se acredita el otorgamiento de incentivos y la exclusividad impuesta por Telcel a BLM, puesto que en el correo electrónico Telcel señala a BLM que sería posible otorgarle un “Confidencial” de comisión mensual, más el pago trimestral del “Confidencial”, sujeto a que BLM no comercialice tiempo aire de Telcel en condición de *multicarrier*.

Se transcribe en su parte relevante:

“Confidencial”

“Confidencial” (...)” (Subrayado añadido).

A este correo se le otorga el valor probatorio señalado en párrafos anteriores.

c) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de doce de febrero de dos mil trece enviado por “Confidencial”, en su calidad de empleado de Telcel, a los siguientes destinatarios “Confidencial” “Confidencial” y “Confidencial”.²⁸⁷

En este correo se observa que Telcel hace referencia al posible incumplimiento de BLM respecto del acuerdo de exclusividad, y señala expresamente que el hecho de detectar incidencias implicaría una penalización “Confidencial”

Para mayor claridad, se transcribe el correo electrónico en su parte conducente:

²⁸⁵ Folio 4355.

²⁸⁶ Folio 4364.

²⁸⁷ Folio 4450.

“Confidencial”.

“Confidencial” (Subrayado añadido).

A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.

d) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de diecinueve de marzo de dos mil trece, enviado por “Confidencial”, en su calidad de empleado de Telcel a los destinatarios “Confidencial” y “Confidencial”.²⁸⁸

De nueva cuenta, a través de este correo electrónico se acredita el incentivo coercitivo que Telcel impone a BLM, al señalarle que aquellos puntos de venta de la red de BLM que comercialicen tiempo aire de otros OSTM no pueden adquirir ni vender tiempo aire de la marca Telcel, aunado a que este incumplimiento deriva en la pérdida de los incentivos otorgados a BLM. Es decir, había una condición expresa para el pago de los incentivos previamente acordados relacionada con que BLM no podía, bajo ningún motivo, vender tiempo aire de otros OSTM.

Con este correo, además, se acredita que Telcel tenía personal “en campo” verificando el cabal cumplimiento a la exclusividad previamente acordada; es decir, que había mecanismos que permitían a Telcel hacer exigible a BLM que no vendiera tiempo aire *multicarrier*.

Esta comunicación establece lo siguiente:

“Confidencial”.

“Confidencial”

“Confidencial” (Subrayado añadido)

A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.

e) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de catorce de marzo de dos mil trece, enviado por “Confidencial”, en su calidad de empleada de BLM, a “Confidencial”, en su calidad de empleado de Telcel.²⁸⁹

Mediante esta comunicación electrónica se acredita que los mecanismos de vigilancia y exigencia para el cumplimiento del convenio de exclusividad para la venta de tiempo aire resultaban efectivos. En particular, BLM realiza diversas aclaraciones a Telcel sobre los puntos de venta que presuntamente se encontraban en incumplimiento, e incluso solicita instrucciones sobre cómo proceder con un punto de venta que efectivamente era de BLM y operaba como *multicarrier*.

²⁸⁸ Folio 4461.

²⁸⁹ Folios 4483 y 4484.

En específico, se observa lo siguiente:

"Estimado "Confidencial",

"Confidencial"

"Confidencial" " (Énfasis añadido)

A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.

f) Elemento aportado por la ciencia consistente en el correo electrónico de cinco de abril de dos mil trece, enviado por "Confidencial", en su calidad de empleado de Telcel, a "Confidencial", en su calidad de empleada de BLM.²⁹⁰

En esta comunicación electrónica, nuevamente, es posible observar que Telcel hace del conocimiento de BLM posibles incidencias o incumplimientos en algunos puntos de venta, con lo que se acredita que Telcel contaba con incentivos coercitivos para hacer exigible el cumplimiento de la exclusividad acordada.

"Saluod (sic "Confidencial".

"Confidencial":

| | | |
|----------------|----------------|----------------|
| "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" |

²⁹⁰ Folio 4483.

| | | |
|----------------|----------------|----------------|
| "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" |

"Confidencial". "

A esta comunicación electrónica se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.

Los elementos probatorios descritos en este apartado, adminiculados entre sí, permiten acreditar que efectivamente existió el otorgamiento de incentivos por parte de las Emplazadas a BLM, y específicamente, que estos incentivos estaban condicionados de manera directa y particular a una obligación para BLM con el objeto de que no adquiriera, distribuyera ni comercializara tiempo aire de otros OSTM; lo cual implicó la desconexión de Telefónica y Iusacell.

6.1.4. Objeto de desplazar del Mercado Relevante y desplazar e impedir el acceso a los Mercados Relacionados

En el Expediente se encuentran elementos probatorios mediante los cuales se acredita que el convenio de exclusividad entre AMX-Telcel y BLM para la venta de tiempo aire, tuvo el objeto o intención de desplazar a otros OSTM del Mercado Relevante, así como desplazarlos e impedirles acceso de manera sustancial a los Mercados Relacionados. Elementos de prueba que se analizan a continuación.

a) Documental privada consistente en diversos anexos presentados por Femsa mediante escrito de doce de enero de dos mil diecisiete, en desahogo al requerimiento IFT/110/AI/DG-PMCI/131/2016.²⁹¹

En específico, de esta documental se advierten las entidades federativas y municipios en los cuales los comercios afiliados a Femsa tienen presencia en el territorio nacional, y se desprende que para el año dos mil doce únicamente tenían establecimientos en "Confidencial" municipios, mientras que para dos mil catorce llegaron a "Confidencial".

A esta probanza se le otorga el valor probatorio conferido en los artículos 93, fracción III, 133, 197 y 203 del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE, y con la misma se acredita la penetración de los comercios referidos en el territorio nacional.

b) Documental privada consistente en diversos anexos presentados por Emida mediante escritos de cuatro de mayo de dos mil diecisiete y veintidós de mayo de dos mil diecisiete, ambos en desahogo al requerimiento IFT/110/AI/DG-PMCI/110/2017.²⁹²

²⁹¹ Folio 15434.

²⁹² Folios 31450y 36407.

Con la prueba descrita se acredita la presencia de Emida y, particularmente, de "Microrecargas" en diversos municipios del país; en concreto, se desprende que para el año dos mil doce este agente contaba con presencia en "Confidencial" municipios, mientras que para dos mil catorce llegó a "Confidencial" localidades en el territorio nacional.

A esta prueba se le confiere el valor probatorio establecido en los artículos 93, fracción III, 133, 197 y 203 del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE.

c) Documental privada consistente en diversos anexos presentados por BLM mediante escrito de veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete, en desahogo al Oficio 068.²⁹³

Mediante esta documental, se acredita el desarrollo de la red de puntos de venta de la red de BLM durante el Periodo de Exclusividad. En concreto, se acredita que BLM en dos mil doce tenía presencia en mil ciento noventa y ocho (1198) municipios, mientras que en dos mil catorce llegó a los mil ochocientos siete (1807) municipios del país. Es decir, que BLM tenía presencia en "Confidencial" de municipios que los agentes señalados en los incisos **a)** y **b)** para el año dos mil catorce.

A esta prueba se le confiere el valor probatorio establecido en los artículos 93, fracción III, 133, 197 y 203 del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE.

d) Elemento aportado por la ciencia consistente en información publicada en la página de internet <http://www.bmv.com.mx/eventore/eventore4889511.pdf> integrada al Expediente el doce de noviembre de dos mil catorce por el Director General de Prácticas Monopólicas y Concentraciones Ilícitas del Instituto.²⁹⁴

Con esta prueba, se acredita que Grupo Bimbo tenía cerca de setecientos mil puntos de venta; mismos que se encontraban disponibles para que BLM pudiera extender su red de venta de tiempo aire, derivado del convenio de colaboración o *joint venture*, celebrado entre estos agentes económicos. En particular, se destaca lo siguiente:

"Grupo Bimbo es un proveedor confiable que diariamente abastece sus productos a una extensa red de tiendas pequeñas, un cabal que en la actualidad consta de más de 700,000 (setecientos mil) puntos de venta. En su mayoría, estos pequeños comercios cuentan con tecnología limitada y no tienen acceso a servicios bancarios y facilidades de crédito, sin embargo atienden a un gran segmento de la población en términos de los volúmenes de venta de la Compañía a nivel nacional".

²⁹³ Folio 38290.

²⁹⁴ Folio 1341.

A esta prueba se le otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción VII, 188, 197, 210-A y 217 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.²⁹⁵

De los elementos descritos en este apartado, administrados con las probanzas señaladas en los apartados “1.2. Ofrecimiento y otorgamiento de incentivos” y “1.3. Obligación de no adquirir ni comercializar bienes de un tercero” de esta resolución, se acredita que la práctica imputada tuvo como objeto desplazar a otros OSTM del Mercado Relevante, así como desplazarlos e impedir sustancialmente su acceso a los Mercados Relacionados, bajo los argumentos establecidos en el apartado “Acreditación de la conducta” de esta resolución.

6.2. Elementos probatorios aportados por las Emplazadas

6.2.1. Documental pública consistente en el acta número 22,105 (veintidós mil ciento cinco), dada ante la fe de la Licenciada Cecilia Arredondo Ramos, titular de la Correduría Pública número cuarenta y uno de la Ciudad de México, de diecisiete de octubre de dos mil diecisiete.²⁹⁶

Mediante el documento público de mérito, Telcel pretende acreditar que:

*“(…) la Autoridad Investigadora ha realizado un insuficiente análisis de las cuestiones de mercado, que la han llevado a conclusiones (...) **inaplicables e imprecisas** que determinan la ilegalidad de su actuar (...) en relación a las localidades en donde supuestamente podría existir un cierre de mercado. Pues de la fe de hechos otorgada se advierte que en la localidad de Santa Catarina Yecahuitzotl dónde (sic) existen varios “puntos azules” de los mercados en la página 174 de 204 del OPR se identificaron al menos, dos lugares en donde se puede adquirir tiempo aire de Telefónica. (...) Lo anterior, como ejemplo de **una** de las localidades mencionadas por la autoridad en donde según señala el OPR se hubiese cerrado el mercado y que es incorrecto y falso” (Énfasis añadido).*²⁹⁷

Al respecto, la fe de hechos exhibida por Telcel resulta insuficiente para otorgar el alcance probatorio al que hace referencia en virtud de las siguientes consideraciones.

En primera instancia, el OPR señala que el Período de Exclusividad abarcó del **treinta y uno de marzo de dos mil doce al treinta y uno de agosto de dos mil catorce**; no obstante, para efectos de la imputación presuntiva materia del OPR,

²⁹⁵ Resulta aplicable el criterio del PJF cuyo rubro, contenido y datos de localización son del tenor siguiente: **“PÁGINAS WEB O ELECTRÓNICAS. SU CONTENIDO ES UN HECHO NOTORIO Y SUSCEPTIBLE DE SER VALORADO EN UNA DECISIÓN JUDICIAL.** Los datos publicados en documentos o páginas situados en redes informáticas constituyen un hecho notorio por formar parte del conocimiento público a través de tales medios al momento en que se dicta una resolución judicial, de conformidad con el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles. (...) Por tanto, el contenido de una página de Internet que refleja hechos propios de una de las partes en cualquier juicio, puede ser tomado como prueba plena, a menos que haya una en contrario que no fue creada por orden del interesado, ya que se le reputará autor y podrá perjudicarle lo que ofrezca en sus términos”. Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXVI, noviembre 2013; Tomo 2; Pág. 1373. I.3o.C.35 K (10a.). Registro No. 2004949.

²⁹⁶ Folios 40887 a 40915.

²⁹⁷ Folio 40827.

sólo se tomó en cuenta la misma hasta el doce de agosto de dos mil catorce. Es decir, que la conducta presuntamente imputada a AMX y Telcel con base en el OPR, únicamente puede entenderse como circunscrita a ese período de tiempo, por lo que resultaría jurídicamente reprochable considerar cuestiones ajenas al ámbito temporal de referencia.²⁹⁸ De la lectura del Acta Pública número veintidós mil ciento cinco, se desprende lo siguiente:

“LIBRO DE REGISTRO NÚMERO OCHO

ACTA NÚMERO 22,105

VEINTIDOS MIL CIENTO CINCO

En la Ciudad de México, con fecha diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, YO, CECILIA ARREDONDO RAMOS, LICENCIADA EN DERECHO, CORREDOR PÚBLICO NÚMERO CUARENTA Y UNO DE LA PLAZA DISTRITO FEDERAL, actualmente PLAZA CIUDAD DE MÉXICO (...)

A. HAGO CONSTAR:

Que con esta fecha y a petición del señor Licenciado “Confidencial” en su carácter de apoderado de “RADIOMÓVIL DIPSA”, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, y solicita que de (sic) fe de (...) la compra de “Tiempo Aire” para abonar a la línea telefónica que sea adquirida”. (énfasis añadido).²⁹⁹

De esta manera, resulta evidente que los hechos materia del documento público de referencia, ocurrieron con tres años, un mes y diecisiete días de posterioridad a la fecha en que el OPR dio por concluido el Periodo de Exclusividad (treinta y uno de agosto de dos mil catorce). En consecuencia, es inconcuso que la pretensión de Telcel de desvirtuar el análisis efectuado en el OPR no acredita sus extremos, al rebasar el umbral de tiempo sobre el cual descansa la imputación realizada a AMX y Telcel por parte de la Autoridad Investigadora del Instituto.

En segunda instancia, para realizar cualquier análisis con relación a la conducta imputada en el OPR, debe tomarse en consideración la totalidad de la geografía nacional para el Mercado Relevante y las localidades de los Mercados

²⁹⁸ Resultan aplicables los siguientes criterios pronunciados por el PJF, que en lo conducente establecen: **“MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.** (...) el “mercado relevante” es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad. En ese orden de ideas, se advierte que este concepto, que tiene una triple delimitación: objetiva, **geográfica** y **temporal** (...)” (Énfasis añadido). Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, octubre de 2008; Pág. 2225. I.4o.A. J/75. **“DECLARACIÓN DE AGENTES ECONÓMICOS CON PODER SUSTANCIAL EN LOS MERCADOS RELEVANTES DE LOS SECTORES DE TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN. PASOS A SEGUIR PARA EL EJERCICIO DE ESA FACULTAD.** (...) En ese contexto, la declaración de un agente con poder sustancial de mercado requiere seguir varios pasos: 1. Elegir **un mercado relevante en los siguientes aspectos:** (...) c) **Temporal.** en algunos supuestos, cabe hablar de la delimitación cronológica del mercado relevante (...)” (Énfasis añadido). Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 40, marzo de 2017; Tomo IV; Pág. 2652. I.1o.A.E.207 A (10a.). Registro No. 2013921.

²⁹⁹ Folio 40889.

Relacionados, y no así limitar su análisis a una localidad como erróneamente plantea Telcel en su Escrito de Manifestaciones.

De la literalidad de la presente prueba, se observa lo siguiente:

"DILIGENCIA:

(...)

A continuación procedimos a retirarnos, trasladándonos al inmueble ubicado a unos metros de distancia, en la a (sic) la Avenida San Rafael Atlixco número 12 (doce), La Asunción Tláhuac en la misma Delegación y Código Postal descrito anteriormente, (...) lugar donde el señor "Confidencial" procedió a solicitar al dependiente una recarga de "tiempo aire" (...) de la compañía MOVISTAR (...).

Posteriormente nos trasladamos al inmueble ubicado dos cuadras adelante en el domicilio de Calzada Tláhuac-Tulyehualco número 17 (diecisiete), Los Reyes La Guadalupe, Código Postal 13080 (trece mil ochenta (sic), Ciudad de México, lugar donde se encuentra una sucursal de la tienda departamental denominada "Elektra" (...) lugar donde el señor "Confidencial" procedió a solicitar a la persona de sexo masculino que se encontraba atendiendo en dicha caja una recarga de "tiempo aire" Movistar (...)." ³⁰⁰

Para esta autoridad, no pasa inadvertido que, en su Escrito de Manifestaciones, Telcel relaciona los hechos materia de la documental pública de referencia con los Mercados Relacionados expuestos en el OPR, en concreto, con los situados en la Ciudad de México y su Zona Metropolitana. Sin embargo, el OPR hace mención explícita a que esos Mercados Relacionados en la Ciudad de México fueron definidos con información del año dos mil doce, fecha ubicada dentro del umbral temporal del Periodo de Exclusividad, en tanto que los hechos exhibidos por Telcel, rebasan dicho umbral, como se expuso anteriormente.

Aún más, mediante la documental pública aludida, sólo se dio fe (aunque de manera extemporánea al Periodo de Exclusividad) de recargas de tiempo aire en **dos** puntos de venta ubicados en **una** sola localidad, dentro de la Ciudad de México y su Zona Metropolitana, por lo que dicha muestra no puede ser considerada representativa de todos los Mercados Relacionados identificados en el OPR. En este sentido, el OPR señaló que:

"(...) los Mercados Relacionados son localidades ubicadas en las periferias de la ciudades o zonas alejadas de las cabeceras municipales en diversos puntos del país" (énfasis añadido).³⁰¹

Por lo anterior, se concluye que existen Mercados Relacionados en diferentes partes del país, cuestión que es congruente con la dimensión geográfica **nacional** del Mercado Relevante plasmada en el OPR.

³⁰⁰ Folio 40890.

³⁰¹ Folio 40590.

En este tenor, la documental pública exhibida por Telcel no sólo no es pertinente respecto al Periodo de Exclusividad ni resulta aplicable para la dimensión geográfica del Mercado Relevante en su totalidad, sino que ni siquiera abarca la generalidad de los puntos de venta ubicados en los Mercados Relacionados del OPR,³⁰² ciñéndose a dos puntos de venta de una sola localidad. En consecuencia, aunque este elemento probatorio goza de valor probatorio pleno atentos a su naturaleza pública, sólo puede acreditarse que los hechos relatados en él sucedieron, pero resulta insuficiente para demostrar el alcance probatorio que le atribuye Telcel.

No obstante lo anterior, a dicha prueba le corresponde la naturaleza y valor probatorio que le confieren los artículos 93, fracción II, 129, 197 y 202, del CFPC, de aplicación supletoria a la LFCE.³⁰³

6.2.2. Pericial en materia de economía desahogada en el Expediente, a cargo de la Perito designada por AMX y Telcel mediante los escritos de contestación al OPR.

Mediante escritos presentados ante la oficialía de partes del Instituto, el trece de diciembre de dos mil diecisiete,³⁰⁴ la Perito desahogó los dictámenes periciales ofrecidos en el Expediente por AMX y Telcel; mientras que, mediante escritos de dieciocho de enero de dos mil dieciocho,³⁰⁵ la Perito desahogó las nuevas diligencias ordenadas en el Expediente mediante acuerdo de nueve de enero de dos mil dieciocho.³⁰⁶

A continuación, se realiza un análisis sobre el alcance probatorio de estos dictámenes periciales y su valor en el Expediente.

En respuesta a las preguntas uno, dos y tres de los dictámenes periciales ofrecidos por AMX y Telcel, la Perito designada por estos agentes económicos, presentó diversos señalamientos tendientes a acreditar la posible sustitución entre las tarjetas físicas y las recargas electrónicas para la comercialización de tiempo aire. Sin embargo, se considera que sus razonamientos en materia económica son insuficientes para acreditar las pretensiones de los dictámenes y sustentar las manifestaciones de las Emplazadas.

En particular, la Perito manifiesta que las tarjetas físicas y las recargas electrónicas deben considerarse dentro del mismo mercado relevante porque se trata de servicios con elevado grado de sustitución. Esto, debido a que para el usuario final

³⁰² Folio 40589.

³⁰³ Sirva de apoyo, por analogía, el criterio siguiente del PJF: "**DOCUMENTOS PÚBLICOS. SU VALOR Y EFICACIA PROBATORIOS EN RELACIÓN CON SU PRESENTANTE.** Si bien es cierto que los documentos públicos tienen valor probatorio pleno, también lo es que ello no necesariamente les otorga alcance o eficacia demostrativa para acreditar el hecho o hechos que se pretenden comprobar, de manera que aunque su valor sea pleno, puede no ser suficiente para crear convicción sobre el punto o cuestiones que están sujetas a prueba. (...)". Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, enero de 2009; Pág. 2689. VI.2o.C.289 K. Registro No. 168143.

³⁰⁴ Folios 41234 a 41453.

³⁰⁵ Folios 41462 a 41489.

³⁰⁶ Folio Folios 41458 y 41459.

no existe volumen mínimo de compra, el precio y la forma de consumo son idénticos, ambos canales se distribuyen bajo las mismas condiciones de comercialización y *“en caso de no contar con la disponibilidad de recargas electrónicas, el usuario siempre puede acudir al consumo de recargas físicas y viceversa”*.³⁰⁷

Al respecto, la Perito omite tomar en consideración y analizar diversas diferencias significativas entre las recargas de tiempo aire a través de la comercialización de bolsas virtuales y las tarjetas de prepago, tanto por el lado de la oferta como por el lado de la demanda. Diferencias que no permiten considerar estos dos canales de distribución como sustitutos entre sí, ni parte del mismo mercado relevante.

Por el lado de la demanda, es falso que no existan diferencias en la comercialización de tiempo aire a través de bolsas virtuales y tarjetas físicas; y que, por lo tanto, en caso de no contar con recargas electrónicas los consumidores puedan acudir indistintamente al consumo de tarjetas físicas. Lo anterior, toda vez que las bolsas virtuales de tiempo aire permiten a los usuarios finales realizar recargas electrónicas de saldo desde montos de diez y veinte pesos, dependiendo de cada OSTM; mientras que, las tarjetas físicas, únicamente se encuentran disponibles a partir de montos mínimos de cien pesos.

Esta diferencia resulta trascendental en el análisis de sustitución debido a que, generalmente, los usuarios finales realizan recargas de tiempo aire en cantidades notablemente inferiores a cien pesos. En particular, sólo el dieciocho por ciento (18%) de los consumidores realizan recargas de tiempo aire superiores a cien pesos; mientras que el ochenta y dos por ciento (82%) adquieren tiempo aire en cantidades inferiores. En específico, el consumo promedio de tiempo aire de cada recarga que realizan los consumidores se encuentra en los **“Confidencial”**.³⁰⁸ Lo cual implica, que ante una imposibilidad de acceder a recargas de tiempo aire mediante la comercialización de bolsas virtuales, se forzaría a los consumidores a comprar más del doble del tiempo aire que generalmente adquieren a través de recargas electrónicas, o bien esperar el doble de tiempo para realizar cada recarga.

A mayor precisión, cerca del **“Confidencial”** por ciento **“Confidencial”** de consumidores realizan recargas inferiores a treinta pesos, el **“Confidencial”** de usuarios adquieren tiempo aire en montos que oscilan entre los **“Confidencial”** pesos, mientras que el **“Confidencial”** adquieren tiempo aire en cantidades que van de los **“Confidencial”**.³⁰⁹ Posibilidades que se verían eliminadas en caso de que sólo existieran tarjetas físicas de prepago, cuyas cantidades mínimas de saldo, como ya se ha dicho, son equivalentes a cien pesos.

A continuación, se reproduce una gráfica entregada por Oxxo, mediante la cual se aprecia la información descrita en los párrafos anteriores.

“Confidencial”

³⁰⁷ Folios 41240 y 41350.

³⁰⁸ Folio 14623.

³⁰⁹ Folio 14623.

En otras palabras, en caso de que no hubiera disponibilidad de tiempo aire mediante bolsas virtuales, se obligaría a los consumidores a incrementar drásticamente su consumo de saldo, o bien, realizar menos recargas sujeto al consumo mínimo de cien pesos por cada ocasión que se pretenda adquirir tiempo aire.

Por lo tanto, se advierte que sí existen diferencias en la comercialización de tiempo aire a través de bolsas virtuales y tarjetas de prepago, y no sólo eso, sino que ante una posible eliminación de la comercialización de bolsas virtuales los usuarios no pueden acudir *“indistintamente”* a la compra de tarjetas físicas, salvo que estén dispuestos a adquirir, en promedio, el doble de tiempo aire que adquieren actualmente.

Por el lado de la oferta, la Perito afirma que *“sin un fundamento a su dicho”* el OPR sostiene que los costos de las tarjetas físicas son mayores a los costos de recargas electrónicas, pero no prueba que los costos sean *“suficientemente distintos entre ambos canales”*. Nuevamente, la Perito omite tomar en consideración dentro de su análisis la información contenida en el Expediente, e incluso, los señalamientos realizados por las propias Emplazadas durante la etapa de investigación.

En específico, **“Confidencial”**, en su calidad de Director Ejecutivo de Unidades Regionales de Telcel, manifestó que para dicho agente económico lo más importante es que las recargas electrónicas permiten una mejor distribución, seguridad y ahorro en los canales.³¹⁰ Así, se advierte que los costos de comercializar tiempo aire a través de bolsas virtuales en lugar de tarjetas físicas permiten a los OSTM tener *“ahorros en los canales”*, de lo cual, se concluye necesariamente que los costos del primer canal son menores a los del segundo y no sólo *“diferentes”* como sostiene la Perito.

Más aún, Telcel afirma que además de los ahorros generados por la comercialización de bolsas virtuales, también se logra una mayor distribución de tiempo aire, y la comercialización resulta más segura. Estos elementos son consistentes con la tendencia decreciente en el consumo de saldo a través de tarjetas físicas de prepago.

Un punto de comparación significativo consiste en el análisis de la comercialización de tiempo aire a través de los establecimientos de la cadena Oxxo, donde los usuarios pueden adquirir indistintamente tarjetas físicas de prepago, o bien realizar recargas electrónicas de bolsas virtuales. En caso de que estos dos canales, como lo afirma la Perito, tuvieran un *“elevado grado de sustituibilidad (sic)”*, sería posible observar un consumo relativamente similar de tiempo aire a través de un canal y otro. Sin embargo, como se describe en el siguiente párrafo esto no es así.

Con información presentada por Oxxo se advierte que para el año dos mil doce las tarjetas físicas sólo representaron el **“Confidencial”** por ciento (**“Confidencial”**%) de las **“Confidencial”** electrónicas alcanzaron el **“Confidencial”**%) de las ventas. Incluso, **“Confidencial”** a través de tarjetas físicas se redujo a **“Confidencial”**

³¹⁰ Folio 35700.

mediante recargas electrónicas subió “Confidencial” puntos porcentuales “Confidencial”). Es decir, “Confidencial” sólo se observa una brecha superior al “Confidencial” por ciento (“Confidencial”), sino que además se aprecia una tendencia que va ampliando este margen entre un canal de distribución y otro.³¹¹

En esa tesitura, los ingresos de los OSTM por la venta mayorista de tiempo aire a través de tarjetas físicas de prepago también ha presentado una tendencia decreciente. Particularmente, Telefónica manifestó que, para abril de dos mil trece, la venta de tiempo aire a través de tarjetas físicas representó menos del “Confidencial” “Confidencial”%) del monto total de sus ventas de tiempo aire.³¹² Mientras que Iusacell y Unefon señalaron que para el año dos mil catorce la venta de tiempo aire a través de tarjetas sólo representó cerca del “Confidencial” de los ingresos totales de dichos concesionarios por la venta de tiempo aire.³¹³ Finalmente, se advierte que los OMVs, que comenzaron a operar a partir del año dos mil catorce, no venden tiempo aire a través de tarjetas físicas de prepago, sino que se limitan a la comercialización de bolsas virtuales de tiempo aire.³¹⁴ Por ello, se advierte que las bolsas virtuales de tiempo aire y las tarjetas físicas de prepago no son sustitutos entre sí, ni pertenecen al mismo mercado relevante.

En la respuesta cuatro de la Perito, se hace referencia al posible poder de negociación de diversos comercializadores y/o distribuidores de tiempo aire, y se concluye que existen “*numerosos demandantes de tiempo aire*” con redes de gran cobertura y capilaridad, lo cual les otorga un amplio poder de negociación frente a cualquier OSTM. Sin embargo, la Perito no presenta evidencia que sustente tales aseveraciones en el caso concreto.

En este sentido, para demostrar que un determinado distribuidor y/o comercializador de tiempo aire, efectivamente, tiene capacidad de negociación frente a los OSTM, la Perito tendría que haber realizado un análisis económico sobre las condiciones contractuales de dicho distribuidor en comparación con el resto de agentes económicos y, particularmente, sobre la diferencia de las comisiones pagadas como resultado de ese poder de negociación.

Sin embargo, no se acredita que las comisiones otorgadas a agentes económicos como Banamex, Bancomer, Walmart, Impulsora de Mercados de México, ni mucho menos a BLM, sean si quiera superiores a las comisiones que Telcel otorga a otros distribuidores y/o comercializadores con menor relevancia. A diferencia de lo anterior, de las constancias que integran el Expediente sí se advierte, y acredita, que Telcel es el agente económico que paga las comisiones más bajas a los distribuidores y/o comercializadores, independientemente del agente económico que se trate. Y no sólo eso, sino que la diferencia en el pago de comisiones de Telcel respecto de otros OSTM puede llegar a ser superiores al cincuenta por ciento (50).

³¹¹ Folios 15434 y 26909.

³¹² Folio 1202.

³¹³ Folio 24995.

³¹⁴ Folio 40501.

Así, las afirmaciones de la Perito por las cuales sostiene que “*existen demandantes con niveles de ventas muy altos que pueden llegar a tener poder de negociación importante como consumidores frente a Telcel*” quedan en un nivel especulativo, pues en los dictámenes periciales no se hace referencia a evidencia contenida en el Expediente que acredite estas circunstancias. Mucho menos se aprecia algún tipo de análisis económico realizado por la Perito mediante el cual se acredite que las comisiones pagadas por Telcel a determinados agentes económicos, como BLM, son notablemente superiores a las pagadas a otros distribuidores, ni que ello sea resultado de su poder de negociación.

Incluso, se observa que con anterioridad a que BLM adquiriera bolsas virtuales de tiempo aire directamente con Telcel, este distribuidor cobraba comisiones más altas por la venta de tiempo aire con intermediarios a través de Transipago que le proporcionaban de manera indirecta tiempo aire de Telcel. Es decir que, al comenzar a negociar y establecer una relación comercial directa con las Emplazadas, BLM vio reducido el pago de sus comisiones, con lo cual se acredita el poder de negociación que tiene Telcel en el Mercado Relevante.

En la siguiente gráfica, se muestra la reducción en las comisiones de BLM a las que se hace referencia.³¹⁵



Por otra parte, en cuanto a las respuestas cinco y seis de la Perito, se observa que los dictámenes se limitan a reiterar que, de conformidad con el OPR, BLM tiene la red de puntos de venta de tiempo aire más importante del país y que Grupo Bimbo es propietario de dicho agente económico. Sobre el particular, los señalamientos de la Perito resultan ciertos únicamente por lo que hace a que BLM tiene la red de

³¹⁵ Folio 30532.

puntos de venta más grande del territorio nacional, que para dos mil catorce llegaron a cubrir “Confidencial” municipios del territorio nacional, “Confidencial” canzaban “Confidencial” respectivamente.³¹⁶

Dicho lo anterior, basta precisar que la *Red Qiubo*, al menos por lo que hace al periodo comprendido entre el treinta y uno de marzo de dos mil doce y el doce de agosto de dos mil catorce, no era “propiedad” de Grupo Bimbo sino de BLM. Al respecto, el “Confidencial” once, Grupo Bimbo realizó una inversión aproximada de “Confidencial” para adquirir “Confidencial” por ciento (“Confidencial”) de la participación accionaria de BLM, y posteriormente incrementó dicha participación al “Confidencial” por ciento (“Confidencial”);³¹⁷ lo cual, otorgó a BLM la posibilidad de acceder potencialmente a la red de distribución de Grupo Bimbo.

De manera posterior, en su respuesta al punto siete de los dictámenes periciales, la Perito sostiene que el OPR no “incluye en su análisis el hecho de que los distribuidores o comercializadores de tiempo aire no se ven obligados a comprar este servicio directamente de Telcel” y omite que una vez entregado el tiempo aire a los distribuidores Telcel “pierde control del mismo y desconoce los puntos de venta o canales finales a través de los cuales dicho tiempo aire llega al consumidor final”. Incluso, se observa que BLM inicialmente compraba tiempo aire a través de distribuidores terceros como Tarjetas del Noreste, Maxicel y Celular Kit.

Al respecto, se advierte que los señalamientos de la Perito carecen de elementos de valoración y análisis propios de su experiencia en materia económica, y se limita a realizar aseveraciones respecto a la comercialización del tiempo aire de Telcel y la capacidad de dicho agente para vigilar el cumplimiento de sus contratos, respecto de lo cual no presenta evidencia que sustente sus afirmaciones. De hecho, los señalamientos de la Perito resultan contrarios a la evidencia contenida dentro del Expediente, misma que fue recabada durante la etapa indagatoria.³¹⁸

En este sentido, al menos por lo que se refiere al caso particular de BLM, se aprecia que inicialmente este agente económico adquiriría tiempo aire de manera indirecta a través de intermediarios como Celular Kit. Sin embargo, este intermediario dejó

³¹⁶ Folios 15434, 31450, 36407 y 38290.

³¹⁷ Folio 32559.

³¹⁸ Al resultar contradictoria con la evidencia obtenida durante la etapa indagatoria, la prueba pericial carece de los alcances que Telmex le atribuye de acuerdo con el siguiente criterio judicial: “**PRUEBA PERICIAL EN EL AMPARO. NO ES IDÓNEA PARA QUE LAS PARTES JUSTIFIQUEN LA VALIDEZ DE ENUNCIADOS SOBRE TEMAS QUE TIENEN LA CARGA DE ACREDITAR.** La prueba pericial no es idónea para que las partes en el juicio de amparo justifiquen la validez de enunciados sobre temas que tienen la carga de acreditar, lo que la doctrina conoce como carga probatoria del *thema probandum*; de ahí que el quejoso no puede pretender que, a través de un dictamen pericial, se tenga como válida una serie de hechos contenidos en las interrogantes propuestas, pero sin demostrar la veracidad de esas premisas, esto es, sin afrontar la carga probatoria respectiva. Esto es, aun cuando los dictámenes periciales aludan a temáticas especializadas sobre determinada área del conocimiento, no basta que en aquéllos se haya colmado cierta metodología (teorías o modelos explicativos), si no se demuestra su aplicabilidad, esto es, su pertinencia respecto de hechos ciertos o verosímiles”. Época: Décima Época. Registro: 2011748. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 30, Mayo de 2016, Tomo IV. Materia(s): Común. Tesis: I.10.A.E.61 K (10a.). Página: 2837.

de proporcionar tiempo aire a BLM por instrucciones directas de Telcel;³¹⁹ con lo cual, iniciaron las negociaciones directas entre BLM y las Emplazadas, quienes de hecho otorgaron a BLM comisiones inferiores a las que percibía con anterioridad. Es decir, que Telcel sí tiene la capacidad de determinar, en cierto grado, el destino de las bolsas virtuales que comercializa.

Nuevamente, resulta falso que Telcel “*pierde el control*” sobre la comercialización de tiempo aire y que ignore los puntos de venta o canales que son atendidos por cada distribuidor y/o comercializador. Lo anterior, porque de las negociaciones relacionadas con la firma del Contrato de Venta de Saldos con BLM, se observa que una de las condiciones establecidas por Telcel para la comercialización de su tiempo aire, es que BLM no vendiera tiempo aire a canales ya atendidos por Telcel o alguno de sus distribuidores.³²⁰ Además, Telcel sí mantenía control sobre la forma en que se comercializaba el tiempo aire con sus diferentes distribuidores y/o comercializadores con “*personal de campo*”, pues mantenía vigilancia constante respecto del cumplimiento de la exclusividad,³²¹ e incluso hace referencia a un proceso de “*regularización*” sobre distintos comercializadores que aún operaban bajo esquemas multicarrier.³²²

Ahora bien, en la pregunta identificada con el numeral ocho, la Perito hace referencia a posibles ganancias en eficiencia o efectos *pro* competitivos de distintos esquemas de exclusividad en una variedad de circunstancias. Al respecto, se advierte que sus manifestaciones resultan ciertas, y además coincidentes con lo establecido por la Autoridad Investigadora dentro del OPR. No obstante, la Perito no hace referencia específica a ganancias en eficiencia derivadas de la celebración del Contrato de Venta de Saldos, ni por la exclusividad de las Emplazadas con BLM. Por ello, estas consideraciones se estiman como genéricas, abstractas y gratuitas, toda vez que no hacen referencia a los elementos del Expediente, ni están enfocadas en acreditar algún tipo de beneficio *pro* competitivo como resultado de la práctica realizada por AMX y Telcel.

Sobre el particular, se precisa que en términos del artículo 10, de la LFCE, para que esta autoridad esté en posibilidad de analizar las posibles ganancias en eficiencia derivadas de una práctica monopólica relativa, los agentes económicos emplazados deben acreditar su existencia y que superan los efectos anticompetitivos de la práctica, incidiendo favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia. Es decir, que no se trata de un estudio oficioso, sino que únicamente se materializa en caso de que las Emplazadas presenten evidencia de efectos *pro* competitivos dentro del Expediente, extremo que no se cumple en el presente caso.

Por otra parte, las manifestaciones de la Perito en relación con los numerales nueve y diez de los dictámenes periciales, resultan gratuitos toda vez que no controvierten

³¹⁹ Folio 26242.

³²⁰ Folios 4364 y 4366.

³²¹ Folios 4450 y 4461.

³²² Folios 4373 y 4374.

las conclusiones del OPR en relación con la práctica imputada a AMX y Telcel. En este sentido, la Perito se limita a señalar que no cualquier acuerdo de exclusividad que no actualice por lo menos el cierre de una proporción significativa de un mercado, difícilmente podrá argumentarse con la capacidad para desplazar a terceros competidores. No obstante, no realiza un análisis particular de la exclusividad de las Emplazadas con BLM, la posible proporción del Mercado Relevante que ello implica, ni la afectación en aquellos puntos o zonas donde no existe previsiblemente en una distancia lineal de dos punto cinco kilómetros (2.5 km) otro proveedor de tiempo aire.

De hecho, la Perito omite realizar un análisis, por lo menos general, sobre la proporción de BLM respecto de la capacidad de las redes de distribución de Microrecargas y Oxxo, sus competidores más cercanos. Aunado a ello, tampoco realiza un análisis sobre la trascendencia que tiene en la exclusividad el hecho de que BLM alcance una proporción de municipios superior al “Confidencial” de sus competidores, ni el impacto que ello tiene sobre los consumidores de tiempo aire de los OSTM competidores de Telcel, que dejaron de tener acceso a recargas electrónicas de tiempo aire a través de la *Red Qiubo*.

Como ya ha sido precisado, y de hecho se hace constar en el OPR, efectivamente existen acuerdos o convenios de exclusividad que pueden derivar en beneficios para el proceso de competencia y libre concurrencia. Sin embargo, las Emplazadas no aportan elementos de convicción para demostrar algún efecto *pro* competitivo como resultado de su exclusividad con BLM, ni que dichos beneficios superen los efectos anticompetitivos de la práctica imputada.

Por otra parte, se considera necesario desestimar las consideraciones de la Perito relacionadas con la pregunta once de los dictámenes periciales, toda vez que la Perito se basa en precedentes de otras jurisdicciones, específicamente de Estados Unidos, señalando que cualquier acuerdo de exclusividad que no reúna el nivel de “*generalidad suficiente*” como para cerrar por lo menos el treinta o cuarenta por ciento, “*difícilmente*” reunirá las características como para considerarse una preocupación desde el punto de vista de competencia.

Lo anterior, toda vez que los argumentos señalados por la Perito resultan genéricos y omiten considerar que los Mercados Relacionados no son nacionales, sino que corresponden a servicios minoristas de venta de tiempo aire en las localidades del país en las que, durante la exclusividad, Telcel enfrentaba o podía enfrentar competencia de otros OSTM y en los cuales los únicos puntos de venta disponibles y a los que podían acceder los suscriptores eran los abastecidos por BLM. En particular, se trata de mercados que se encuentran en las periferias, donde comúnmente los usuarios se enfrentan a mayores costos de transacción para adquirir tiempo aire; por lo anterior, no resulta razonable como afirma la Perito que en el OPR se demuestre una proporción del cierre de mercado, y se advierte que la Perito modifica de manera arbitraria el estándar de análisis de la conducta imputada.

En relación con lo señalado en los numerales ocho a once de los dictámenes periciales, la respuesta doce la Perito reitera que en el OPR no se realiza una revisión

analítica, comprensiva o integral para acreditar que la exclusividad resultó anticompetitiva. En particular, señala que no se valoró el hecho de que la exclusividad permitió a Telcel evitar que otro OSTM se aprovechara de su inversión en la red de BLM. No obstante, resulta falso que Telcel hubiera “invertido” para expandir la red de BLM, pues dicho concesionario se limitó a realizar el pago de las comisiones a BLM por la venta de tiempo aire, sin que ello implicara que Telcel otorgara a BLM algún tipo de reembolso o “rebate” para expandir su red de distribución, ni mucho menos que existiera algún tipo de acuerdo para que un porcentaje de las comisiones se destinara en ampliar o mejorar la red de distribución de BLM.

De hecho, esta aseveración es abiertamente contraria a los elementos contenidos en el Expediente, mediante los cuales se demuestra que Telcel no sólo se limitó al pago de las comisiones acordadas, sino que además, estas comisiones eran inferiores al promedio pagado en el Mercado Relevante, e inferiores al porcentaje de comisiones que recibía BLM antes de tener que negociar directamente con Telcel. Por ello, resulta inviable asumir que Telcel invirtió en la red de distribución de BLM pues dicha circunstancia no se acredita mediante el Contrato de Venta de Saldos o cualquier elemento probatorio, además de que las comisiones que las Emplazadas otorgaron a BLM eran inferiores y perjudiciales para este agente económico en comparación con la referencia de mercado y las propias comisiones que BLM percibía al comprar tiempo aire de Telcel de forma indirecta.

A continuación, se analizan las respuestas de los puntos trece a diecisiete, veintiséis y veintinueve de los dictámenes periciales, enfocadas principalmente al análisis del cierre de mercado.

Respecto al concepto de *cierre de mercado* (en inglés, *market foreclosure*) que las Emplazadas pretenden relacionar con la imputación contenida en el OPR, por lo que supuestamente hace a la acreditación presuntiva de los “*efectos previsibles de una exclusividad anticompetitiva*”,³²³ este Pleno desestima las conclusiones a las que arriban en el peritaje en economía que ofrecieron, en virtud de las siguientes consideraciones:

En primera instancia, las Emplazadas soslayan que la imputación presuntiva contenida en el OPR se realizó porque éstas tuvieron, mediante la celebración y ejecución de un acuerdo de exclusividad, el objeto de desplazar indebidamente a otros agentes económicos del Mercado Relevante y, en específico, a otros OSTM, competidores de Telcel, en términos de la fracción VIII, del artículo 10, de la LFCE.³²⁴ Lo anterior es consistente con la literalidad del artículo 10 de la LFCE, que al tenor señala:

“Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles

³²³ Folio 41288.

³²⁴ Folios 40585, 40614, 40615 y 40618.

sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos: (...)" (Énfasis añadido).

Es decir, que la imputación presuntiva que emite la Autoridad Investigadora del Instituto, así como la sanción que, en su caso, corresponda imponer a este Pleno por la comisión de prácticas monopólicas relativas, puede actualizarse tomando en consideración el objeto o efecto de las conductas contrarias a la LFCE. Así pues, el legislador dotó al Instituto, como autoridad en materia de competencia económica para los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, de la facultad técnica y discrecional de investigar, imputar y, en su caso, sancionar las conductas de los agentes económicos que pudieran resultar contrarias al proceso de competencia y libre concurrencia, por su objeto o efecto, sin que de ello pudiera desprenderse que en la investigación, imputación o, en su caso, sanción, de dichas conductas tuvieran que acreditarse ambos supuestos normativos (es decir, el objeto y efecto), sino que basta que se colme únicamente uno de esos extremos para que el Instituto se encuentre facultado para realizar la imputación o, en su caso, sanción, de la conducta que encuadre en alguna de las fracciones que integran al artículo 10 de la LFCE. En el caso concreto del Expediente, el OPR construyó su imputación presuntiva con base en elementos de convicción suficientes que permitieron concluir que las Emplazadas tuvieron el objeto de desplazar a sus competidores de manera indebida en el Mercado Relevante y los Mercados Relacionados, y no así por los efectos que dicha conducta pudiera haber tenido en los citados mercados.

En este sentido, las Emplazadas, a través del peritaje en economía que ofrecieron, omitieron exponer de manera razonada (i) por qué, en el contexto de la imputación que realiza el OPR (es decir, por el objeto de la conducta), cobra relevancia el concepto de *cierre de mercado*, si las propias Emplazadas lo asocian a los efectos de una exclusividad anticompetitiva, y (ii) en qué medida les irroga agravio la supuesta ausencia o exhaustividad en la "caracterización" del concepto de *cierre de mercado* en el OPR, si éste construyó la imputación que nos interesa por el objeto de la conducta y no así por sus efectos. En consecuencia, dichas manifestaciones no desvirtúan las consideraciones del OPR y constituyen meras afirmaciones gratuitas, que no permiten otorgar el alcance probatorio que pretenden las Emplazadas.

En segunda instancia, el peritaje en economía que las Emplazadas ofrecieron, únicamente aportan manifestaciones genéricas y sin sustento, pues refieren expresiones que no permiten conducir a esta autoridad a argumentos lógico-jurídicos que desvirtúen las consideraciones vertidas en el OPR. En este sentido, las Emplazadas no refieren estándares objetivos que apoyen sus manifestaciones sobre una "magnitud específica", "caracterización comprensiva", "proporción suficiente" o el "grado razonable de confiabilidad estadística" del *cierre de mercado* que a su parecer debió estimar la imputación del OPR.

De esta misma manera, las Emplazadas hacen alusión a supuestos precedentes doctrinarios que "prescribe(n) la doctrina económica de competencia" o la "jurisprudencia sobre la legislación asociada", con relación al *cierre de mercado* que,

desde su perspectiva, se debió incluir en la imputación del OPR. Así, las Emplazadas omiten acompañar sus dichos de elementos de convicción que permitan que este Pleno identifique la doctrina o jurisprudencia a que se refieren las Emplazadas. Asimismo, hacen alusión las “*eficiencias y bondades económicas (...) de todo tipo de exclusividades en las economías*”. Sin embargo, de la literalidad del peritaje en economía ofrecido por las Emplazadas, no se deduce que éstas lleven sus manifestaciones del terreno de lo genérico al caso que se analiza en el Expediente y, mucho menos, refiere cuáles son las supuestas eficiencias y *bondades económicas* que menciona. Lo anterior, aunado a la obligación contenida en el último párrafo del artículo 10 de la LFCE, en el sentido de que los agentes económicos deben acreditar las ganancias en eficiencia derivadas de sus conductas,³²⁵ cuestión que en la especie no se actualiza, no permite que este Pleno otorgue al peritaje en comento, el alcance probatorio que pretenden las Emplazadas.

En cuanto a las preguntas dieciocho a veinticinco, veintisiete, veintiocho y treinta, los dictámenes periciales abordan distintas manifestaciones que hacen referencia a los Mercados Relacionados y a la imputación que, sobre ellos, realiza el OPR. En este sentido, esta autoridad desestima las conclusiones a las que llega el peritaje en economía, en virtud de las consideraciones siguientes:

En primer lugar, el texto del peritaje ofrecido por las Emplazadas se contradice en diversas ocasiones al mencionar que la dimensión geográfica de los Mercados Relacionados es local³²⁶ y, en otras ocasiones, que dicha dimensión es de carácter nacional.³²⁷

El OPR señala que “(...) los Mercados Relacionados son localidades ubicadas en las periferias de las ciudades o zonas alejadas de las cabeceras municipales en diversos puntos del país” (Énfasis añadido).³²⁸ Asimismo, por lo que respecta al Mercado Relevante, el OPR refiere que “(...) se determina que la conducta investigada ocurre en el mercado relevante de la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los OSTM a los distribuidores y/o comercializadores, cuya dimensión geográfica es nacional (...)” (Énfasis añadido).³²⁹ De lo anterior, se colige que la dimensión geográfica del Mercado Relevante es nacional, mientras que los Mercados Relacionados cuentan con una determinación local consistente en diversos puntos del territorio nacional. Por consiguiente, todas las manifestaciones que las Emplazadas vertieron que tengan relación con la supuesta dimensión geográfica local de los Mercados Relacionados, no pueden ser consideradas en el presente análisis por devenir de

³²⁵ “Artículo 10. (...) Para determinar si las prácticas a que se refiere este artículo deben ser sancionadas en términos de esta Ley, la Comisión analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia. (...)” (Énfasis añadido).

³²⁶ Folios 41299, 41300 y 41302.

³²⁷ Folios 41302 y 41303.

³²⁸ Folio 40590.

³²⁹ Folio 40507.

una premisa errónea que no tiene sustento en el OPR, documento base de la imputación.

En este sentido, este Pleno no soslaya que el peritaje ofrecido por las Emplazadas hace referencia a que los mapas que expone el OPR de los mercados relacionados comprendidos en la Ciudad de México y Zona Metropolitana, así como de Guadalajara y alrededores,³³⁰ pueden considerarse como la totalidad de los Mercados Relacionados; sin embargo, ello no responde a la realidad argumentativa del OPR, en tanto que dichas zonas fueron expuestas en el OPR como un mero ejercicio que ilustrara las características que comparten los Mercados Relacionados,³³¹ pero **no** se mencionó nunca que éstos fueron los únicos Mercados Relacionados.

En segundo lugar, el peritaje ofrecido por las Emplazadas refiere a que, a su parecer, existen “canales alternativos”³³² que “figuran como un sustituto a las recargas de tiempo aire realizadas en cualquier punto de venta físico, particularmente a las realizadas en los puntos de venta de BLM”.³³³ Las Emplazadas citan que “las llamadas telefónicas, los mensajes cortos, los servicios de datos, y hasta los cajeros automáticos”, así como “recargar tiempo aire en otro punto de venta” y “solicitar a un tercero que recargue tiempo aire a su celular, que adquiera una tarjeta física o que le ‘pase saldo’” pueden ser sustitutos a las recargas electrónicas. Sin embargo, dicho peritaje no acompaña sus manifestaciones con un análisis de sustituibilidad de los factores que menciona, respecto de la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire (para el caso del Mercado Relevante) o, particularmente, de los servicios minoristas de venta de tiempo aire (para el caso de los Mercados Relacionados). En este sentido, tampoco desvirtúa de manera razonada bajo qué consideraciones técnicas estima que la dimensión servicio del Mercado Relevante y/o de los Mercados Relacionados es incorrecta, soslayando las características de la población que suele hacer uso de las recargas electrónicas.³³⁴ En consecuencia, y en ausencia de elementos de convicción que respalden la supuesta sustituibilidad al que se hace mención por parte de las Emplazadas, se impone que esta autoridad las tenga por meras afirmaciones gratuitas y que no desvirtúen la dimensión servicio identificada en el OPR, tanto para el Mercado Relevante como para los Mercados Relacionados.

En tercer lugar, en diversas porciones del peritaje en comento, las Emplazadas hacen meras repeticiones de fragmentos del OPR así como manifestaciones genéricas y sin sustento, tales como suposiciones con respecto a la “posibilidad de que la inversión de Telcel en el canal de distribución fuese precisamente su compromiso a ofrecer una mayor comisión a BLM y que el mayor flujo de ingresos de BLM fuese precisamente el aliciente para invertir en su red” para que “puntos de venta fueron propensos a haberse creado precisamente en virtud del contrato que se investiga”.³³⁵

³³⁰ Folios 40589 y 40590.

³³¹ Folio 40588.

³³² Folio 41299.

³³³ Folio 41312.

³³⁴ Folio 40501, 40502 y 40596.

³³⁵ Folio 41306.

En conclusión, lo aquí expuesto no permite que este Pleno otorgue al peritaje en estudio, el alcance probatorio que pretenden las Emplazadas.

Ahora bien, se considera necesario desestimar el análisis de la Perito en relación con las respuestas treinta y uno a treinta y tres de los dictámenes, toda vez que se basa en suposiciones carentes de sustento, que no controvierten la práctica imputada. En particular, la Perito señala que los usuarios “podrían” disminuir los costos asociados a la adquisición de tiempo aire al cambiar sus hábitos de compra y reemplazar el punto de venta habitual por uno cercano a los lugares que frecuenta; sin embargo, la Perito no aporta elementos de convicción específicos ni determinados para establecer la base de tal argumento.

Asimismo, en el caso en particular se advierte un problema de autoselección, esto es, es previsible que un usuario elija a su proveedor de servicios móviles en función de la disponibilidad de recargas de tiempo aire en establecimientos cercanos a su domicilio. Así, los usuarios que viven en las periferias o en lugares con baja disponibilidad de puntos de recarga, producto de que realizan pequeñas recargas de tiempo aire de forma recurrente, tenderán a contratar los servicios de aquel proveedor cuyas recargas de tiempo aire sean más próximas.

En cuanto a las respuestas treinta y cuatro a treinta y seis de la Perito, se advierte que se presentan señalamientos que no controvierten las conclusiones del OPR respecto a la práctica imputada. Esto, porque como ya ha sido señalado a lo largo de la presente resolución, los Mercados Relacionados no fueron definidos bajo una dimensión geográfica nacional; por lo cual, los datos que se presentan en los dictámenes sobre los ingresos de Telefónica son inaplicables al análisis del Expediente porque se presentan de forma agregada, sin que de los mismos resulte posible advertir incrementos o disminuciones de manera concreta por localidades específicas.

En esa misma tesitura, si las participaciones de mercado de los OSTM incrementan a nivel agregado, esto no constituye prueba idónea sobre la falta de desplazamiento de los competidores de Telcel, en particular de Telefónica, pues las métricas que presenta la Perito sobre las participaciones de mercado a nivel nacional no permiten concluir que esto se presenta a nivel desagregado en los Mercados Relacionados definidos por el OPR.

Finalmente, por lo que hace al análisis de la Perito relacionado con las preguntas treinta y ocho y treinta y nueve de los dictámenes periciales, se advierte que se pretende justificar el acuerdo de exclusividad con base en ganancias en eficiencia o efectos pro competitivos de la práctica imputada. Sin embargo, la Perito presenta manifestaciones genéricas y abstractas, que no contienen información específica del Expediente ni evidencia que acredite alguna posible “inversión” por parte de las Emplazadas en la red de distribución de BLM para incrementar el número de puntos de venta. Por el contrario, y como ya fue precisado al inicio de la presente valoración, se advierte que Telcel y AMX se limitaron a pagar las comisiones acordadas con BLM, sin que dicho pago incluyera algún tipo de “rebate” o porcentaje específico que se destinara a la reinversión en la red de distribución, sobre todo considerando que las comisiones otorgadas por las

Emplazadas resultan inferiores a las referencias del mercado, e incluso son inferiores a aquellas que BLM percibía cuando compraba de manera indirecta tiempo aire de la marca Telcel.

A estas pruebas periciales se les otorga el valor probatorio previsto por los artículos 93, fracción IV, 143, 144, 147 y 211 del CFPC, aplicado de manera supletoria a la LFCE.

SÉPTIMO. ALEGATOS

Mediante escritos presentados el quince de febrero de dos mil dieciocho ante la Oficialía, las Emplazadas realizaron sus alegatos con relación al Expediente.³³⁶ En particular, AMX y Telcel señalan que: **i)** el Instituto no tiene competencia para conocer del asunto; **ii)** el procedimiento es ilegal toda vez que Telefónica se desistió; **iii)** hay una incorrecta integración del litisconsorcio pasivo; **iv)** la conducta no estaba prohibida por la LFCE; **v)** Telcel tiene inmunidad; **vi)** el Mercado Relevante fue mal definido; **vii)** el GIE fue determinado de manera incorrecta; **viii)** la determinación de poder sustancial es indebida; **ix)** el bien sí es sustituible en el Mercado Relevante; **x)** no se acredita un cierre de mercado; **xi)** en el Expediente no hay una descripción del objeto o efecto del desplazamiento en el Mercado Relevante y los Mercados Relacionados, y **xii)** es inexistente el desplazamiento de los competidores.

Al respecto, el Pleno de este Instituto advierte que tales consideraciones han sido atendidas de manera suficiente, debida, fundada y motivada en el apartado “*III. Argumentos en contra del OPR*” de esta resolución. Por lo cual, en obvio de repeticiones innecesarias se remite a AMX y Telcel a los argumentos hechos valer por esta autoridad en ese apartado, que forma parte integral de la presente resolución que concluye el Expediente.

Octavo. Acreditación de la Práctica Monopólica Relativa

8.1. Elementos constitutivos de una práctica monopólica relativa

Para tener por acreditada la existencia de una práctica monopólica relativa, esta autoridad debe verificar que se acrediten los siguientes supuestos de la LFCE:

- Que los hechos actualicen alguno de los tipos previstos en el artículo 10, fracciones I a XI, de la LFCE;
- Que las conductas sean o hayan sido realizadas por un agente económico con poder sustancial, determinado de conformidad con los criterios previstos en el artículo 13 de la LFCE, en el mercado que se defina como relevante con base en los criterios establecidos en el artículo 12 del mismo ordenamiento;
- Que se actualice alguno de los efectos u objetos previstos en el primer párrafo del artículo 10, esto es, que el objeto o efecto de la conducta sea, o pueda ser, desplazar indebidamente a otros agentes del mercado,

³³⁶ Folios 41497 a 41520.

impedirles sustancialmente su acceso, o bien establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

El texto legal referido permite que la evaluación del objeto o efecto de la conducta debe realizarse en los *mercados*, lo que permite incluir no sólo el Mercado Relevante — en el que se realiza la conducta—, sino también los *mercados* en los que repercute la conducta ya sea por el efecto o el objeto que tiene o puede tener. Los *mercados* necesarios para realizar ese análisis, que son distintos al Mercado Relevante, se denominan Mercados Relacionados.

En suma, para poder concluir que hechos específicos constituyen una práctica monopólica relativa prohibida por la LFCE, es necesario acreditar que: (i) tales hechos se ajustan a uno de los supuestos previstos en las fracciones del artículo 10 de la LFCE (**conducta**); (ii) esa conducta la realiza un agente económico con **poder sustancial** en el **mercado relevante**; y (iii) habiendo acreditado los elementos anteriores, que la conducta tenga o pueda tener un objeto o efecto de los prohibidos.

Adicionalmente, el último párrafo del artículo 10 de la LFCE establece que para determinar si una práctica monopólica relativa debe ser sancionadas en términos de esta ley, debe analizarse si existen ganancias en eficiencia derivadas de la conducta —que deben ser acreditadas por los agentes económicos emplazados; y que estas incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia.

Con fundamento en las disposiciones arriba referidas, en este apartado se presentan las conclusiones de esta autoridad sobre los elementos contenidos en el Expediente, que incluyen los referidos en el OPR, los presentados por las Emplazadas en ejercicio de su derecho de audiencia, los demás elementos que obran en el Expediente y los hechos notorios.

En este acto, el Pleno del Instituto debe observar el principio de debido proceso y, por ende, debe decidir estrictamente si los elementos contenidos en el OPR notificado a las Emplazadas se sustentan con la evidencia contenida en el Expediente, incluyendo las aportadas por la Emplazada en su defensa, así como en hechos notorios. Lo anterior, en el entendido que no pueden modificarse ni adicionarse elementos que perfeccionen la imputación realizada en el OPR sobre el cual las Emplazadas tuvieron la oportunidad de presentar manifestaciones y ofrecer pruebas en su defensa.

Al evaluar los elementos contenidos en el Expediente para determinar si se acredita la realización de la práctica monopólica relativa imputada a las Emplazadas en el OPR, esta autoridad puede analizar pruebas directas o indirectas.³³⁷ Asimismo, el

³³⁷ Resulta aplicable por analogía el siguiente criterio judicial: “*COMPETENCIA ECONÓMICA. LA PRUEBA INDIRECTA ES IDÓNEA PARA ACREDITAR, A TRAVÉS DE INDICIOS, CIERTOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS A PARTIR DE LO QUE SE CONOCE COMO LA MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE, RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE EMPRESAS QUE HAN*

artículo 62 del RLFCE aplicable al procedimiento faculta a esta autoridad a resolver sobre lo imputado, con base en la mejor información disponible salvo prueba en contrario, cuando un agente económico, directa o indirectamente involucrado en el procedimiento, se oponga a la inspección o reconocimiento ordenados por la Comisión; no conteste a las preguntas que se le dirijan, o no exhiba —durante las inspecciones efectuadas— la cosa o documento que tiene en su poder o de que puede disponer.

8.2. Conducta

La conducta imputada a AMX y Telcel en el OPR actualiza el supuesto establecido en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, consistente en:

“El otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;” (énfasis añadido).

La conducta prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE se refiere al otorgamiento de “incentivos” por parte de un agente económico (productores o proveedores) a otro (comprador) que se otorguen con la obligación de no adquirir, distribuir o comercializar los bienes de un tercero.

El término de “incentivos” hace referencia a un concepto general que, en materia de competencia económica, se refiere a cualquier elemento que motiva a un agente económico a tomar una decisión determinada— de hacer o abstenerse de hacer. Así, los incentivos pueden ser:

- **positivos** si ofrecen incrementar los beneficios de un agente económico para actuar de una manera determinada. Por ejemplo, si un agente económico que cumple con la totalidad de ciertos requisitos, recibe un pago adicional.

***CONCERTADO ACUERDOS PARA LLEVAR A CABO PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.** En materia de competencia económica es difícil establecer con precisión cómo se ha concertado un acuerdo o llegado a un comportamiento anticompetitivo, dado el cuidado que los interesados ponen para velar u ocultar cualquier vestigio de ello, por lo cual es evidente que, en la mayoría de los casos, no puede encontrarse prueba directa de la conducta desplegada por el agente o agentes involucrados, ni de todos los detalles que, por obvias razones, se ocultan u oscurecen, para lo cual debe hacerse una labor de enlace o adminiculación de diversos hechos conocidos para extraer una presunción o hipótesis a partir de un indicio, y derivar inferencias basadas en la experiencia que lleven al conocimiento del hecho principal, sin que pueda exigirse un mayor rigor en el acreditamiento de circunstancias y móviles, dada su naturaleza. En ese orden de ideas, acorde con lo dispuesto tanto en la Ley Federal de Competencia Económica como en su reglamento, la prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios suficientes, adminiculados con enunciados generales, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas; pues es de esperarse que los actos realizados por esas empresas para conseguir un fin contrario a la ley, sean disfrazados, ocultados, seccionados, diseminados a tal grado que la actuación de la entidad, como tal, se haga casi imperceptible y ello haga difícil, cuando no imposible, establecer mediante prueba directa la relación que existe entre el acto realizado y la persona moral o entidad a la que pretenda imputarse su realización”. Número de registro 168495. Tesis: I.4o.A. J/74. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Novena. Localización: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, Pág. 1228.*

- **negativos** (o coercitivos), cuando establecen que, en caso de no actuar de forma determinada, el agente económico se enfrentaría a una pérdida. Por ejemplo, las cláusulas de un contrato pueden motivar a un agente económico a evitar determinadas conductas estableciendo que en caso de hacerlo enfrentaría penalizaciones.

De las constancias que obran en el expediente sobre las negociaciones realizadas por Telcel y BLM, se advierte que en un principio Telcel aparentemente permitió a BLM elegir entre: (a) ser distribuidor *multicarrier*, o (b) ser distribuidor exclusivo de Telcel. Después, las Emplazadas se rehusaron a vender tiempo aire a BLM en caso de que dicho agente continuara siendo distribuidor *multicarrier*. El primer elemento constituye un incentivo positivo y, el segundo, un incentivo negativo; y ambos fueron establecidos por Telcel y AMX a BLM ligados al requisito de tener un trato exclusivo para comercializar tiempo aire de Telcel a través de la Red Qiubo — y en consecuencia no comercializara o proporcionara a través de esa red el tiempo aire de los OSTM competidores de Telcel.

Esta práctica se materializó a través de la celebración y formalización de una relación comercial entre AMX y Telcel con BLM, mediante la cual las Emplazadas otorgaron incentivos a BLM sujetos a la condición explícita de no adquirir, distribuir ni comercializar tiempo aire de cualquier otro OSTM, entre ellos Telefónica.

Del análisis realizado en el apartado correspondiente a la valoración de pruebas, se concluye que efectivamente se acredita la realización de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE. En específico, para acreditar esta conducta es necesario demostrar: i) la existencia de una relación comercial entre un productor o proveedor y un comprador o adquirente; ii) el otorgamiento de incentivos determinados del proveedor al adquirente; iii) la obligación de que el adquirente no use, compre, comercialice, o proporcione los bienes un tercero, y iv) el objeto o efecto por parte del productor o proveedor de desplazar competidores, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de determinadas personas. A continuación, se analizan cada uno de estos elementos.

8.2.1. Existencia de una relación comercial entre AMX y Telcel con BLM

La relación comercial entre Telcel y BLM, al menos por lo que se refiere al periodo en el cual estuvo vigente la exclusividad analizada en el Expediente, comenzó el treinta y uno de marzo de dos mil doce; lo cual, se advierte de diversas comunicaciones electrónicas entre personal de Telcel y BLM, así como la Comparecencia HCT. De hecho, con la información obtenida mediante esa comparecencia se concluye que la relación de exclusividad estaba prevista para iniciar con anterioridad a la fecha finalmente ejecutada, conforme a lo siguiente:

“La fecha inicial de desconexión establecida por Telcel fue el 15 (quince) de marzo. En la junta de 12 (doce) de marzo se acordó ampliar este plazo al 31 (treinta y uno) del mismo mes. Fue una solicitud de BLM”.³³⁸

Posteriormente, mediante un correo de catorce de marzo de dos mil doce, “Confidencial”, Directora General de BLM, manifestó a “Confidencial”, Subdirectora de Operación Comercial de Telcel, lo siguiente:

“Confidencial”.³³⁹

Estos mensajes constituyen elementos de convicción que permiten confirmar el acuerdo entre Telcel y BLM sobre la fecha para “desconectar” a los demás carriers. Además, con la Comparecencia HCT se acredita que el acuerdo efectivamente fue cumplido por BLM, de esta forma:

“(…) señale la compareciente si el acuerdo de desconexión se ejecutó, la fecha de ejecución y a qué agentes económicos desconectaron.

Se ejecutó el 31 de marzo del 2012 y se desconectaron a Telefónica y Iusacell
(...).³⁴⁰

Después, el veinticinco de junio de dos mil doce fue celebrado el Contrato de Venta de Saldos, mediante el cual se formalizó la relación comercial entre las Emplazadas y BLM, donde se estableció una vigencia de sesenta días prorrogables por plazos iguales de manera indefinida. En este contrato AMX y BLM, con Grupo Bimbo como obligado solidario, señalaron que:

“Confidencial” (...)”³⁴¹ (énfasis añadido).

El primero de abril de dos mil trece, mediante un convenio modificatorio, AMX y BLM acordaron ampliar la vigencia del Contrato de Venta de Saldos en los términos que se transcriben:

“Confidencial”³⁴² (énfasis añadido).

Finalmente, se advierte que la relación comercial de exclusividad entre las Emplazadas y BLM concluyó el treinta y uno de agosto de dos mil catorce, a solicitud de BLM, mediante la celebración de un segundo convenio modificatorio al Contrato de Venta de Saldos en el que se redujo el descuento aplicable a BLM.³⁴³

“Confidencial”

“Confidencial” (Énfasis añadido).

Es decir, que la relación comercial en exclusiva estuvo vigente del treinta y uno de marzo de dos mil doce al treinta y uno de agosto de dos mil catorce. Sin embargo, por las consideraciones realizadas en los apartados “Aplicación retroactiva de

³³⁸ Folio 26259.

³³⁹ Folio 4376.

³⁴⁰ Folio 26260.

³⁴¹ Folio 3925.

³⁴² Folio 3952.

³⁴³ Folios 3954 y 3955.

normas” y “La conducta no estuvo prohibida” de esta resolución, para efectos de la imputación de la conducta únicamente se considera el periodo comprendido entre el treinta y uno de marzo de dos mil doce y el doce de agosto de dos mil catorce.

Es importante precisar que las Emplazadas en sus escritos de respuesta al OPR no negaron la existencia de una relación comercial con BLM. Tampoco controvirtieron u objetaron los elementos de convicción contenidos en el Expediente, mediante los cuales se acreditó que efectivamente AMX y Telcel tenían un vínculo comercial con BLM para la venta mayorista de tiempo aire de Telcel. Por lo cual, en términos del primer párrafo del artículo 203 del CFPC –de aplicación supletoria a la LFCE–, estos hechos se tienen por ciertos con base en las constancias del Expediente.³⁴⁴

8.2.2. Evolución de la relación comercial entre AMX y Telcel con BLM

La estructura de los incentivos ofrecidos y las condiciones impuestas por AMX y Telcel a BLM en su relación comercial durante el periodo investigado evolucionó de la siguiente manera:

- a) Desde el año dos mil nueve, BLM celebró contratos de forma directa con “Iusacell”, “Unefon” y “Movistar”; sin embargo, el único concesionario con el que BLM no tenía celebrado un contrato para la venta de tiempo aire era Telcel. En este sentido, BLM adquiría mediante su subsidiaria Transipago, S.A. de C.V. tiempo aire de Telcel que les era vendido a través de distribuidores autorizados como Tarjetas del Noreste, Telefonía y Telemarketing, S.A. de C.V. y Celular Kit.³⁴⁵

³⁴⁴ Sirven de apoyo, por analogía de los principios del Derecho Penal aplicados de manera modulada al Derecho Administrativo Sancionador, las tesis de jurisprudencia pronunciadas por el P.J.F. que son del tenor siguiente: **“DOCUMENTOS PRIVADOS NO RATIFICADOS. SI NO SE PUSO EN DUDA SU AUTENTICIDAD Y CUMPLEN CON LOS REQUISITOS LEGALES RESPECTIVOS PUEDEN SERVIR DE BASE PARA LA CONDENA A LA REPARACIÓN DEL DAÑO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE YUCATÁN).** De conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimientos en Materia Penal del Estado de Yucatán, son dos las formas por las que los documentos privados hacen prueba contra su autor: a) si son ratificados judicialmente por él o, b) si no son objetados durante el procedimiento a pesar de saber de su existencia. Entonces, como el perfeccionamiento de esta clase de documentos puede conseguirse ante la falta de objeción de su autenticidad por parte del acusado o su defensor o, en su caso, de la representación social, es posible que puedan tener eficacia probatoria suficiente para servir de base a la condena de la reparación del daño aunque no hubieran sido ratificados por su autor, si no se puso en duda su autenticidad y siempre que se cumpla con los requisitos legales respectivos (...). Localización: (J); 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, mayo de 2012; Tomo 2; Pág. 1604. XIV.P.A. J/1 (9a.). Registro No. 160122. **“DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.** (...) tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos. Ahora bien, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudirse a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza (...) es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal.” Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, agosto de 2006; Pág. 1565. P./J. 99/2006. Registro No. 174488.

³⁴⁵ Folio 3907.

- b) El veintitres de febrero de dos mil once, Bimbo y BLTelecoms materializaron una alianza (Joint Venture)³⁴⁶ que, según lo reportó BLTelecoms en sus informes anuales 2011-2012, garantizó el acceso de BLM a la red de distribución de la empresa con el negocio panadero más grande del mundo. La red de distribución de Bimbo alcanzaba aproximadamente “Confidencial” puntos de entrega. De acuerdo con esos documentos, el objetivo de la alianza consiste en utilizar la presencia y las capacidades logísticas de Bimbo para el despliegue de dispositivos de recargas electrónicas en puntos de venta en México, para lo cual se celebró un acuerdo de distribución que ha permitido la aceleración de la presencia de BLM.³⁴⁷

Esto es la Red Qiubo operada por BLM, a partir de esa alianza, tiene la capacidad de crecer sobre la red de distribución desarrollada por Bimbo.

- c) A partir de diciembre de dos mil once AMX y Telcel ofrecieron a BLM un esquema de pagos sujetos a la condición de abandonar el modelo multicarrier en su plataforma Red Qiubo; y comercializar únicamente el tiempo aire de Telcel. Estos pagos eran mayores a los que BLM obtenía mediante su subsidiaria Transipago, S.A. de C.V. en el modelo multicarrier.³⁴⁸

Los pagos ofrecidos en el modelo de exclusividad implicaban un incremento del “Confidencial” por ciento (“Confidencial”) mensual y el “Confidencial” por ciento (“Confidencial”) trimestral respecto de los pagos pactados entre los mismos agentes económicos en el modelo multicarrier.³⁴⁹

- d) El catorce de febrero y cinco de marzo de dos mil doce, Telcel manifestó a BLM que en caso de continuar bajo un esquema multicarrier, la Red Qiubo ya no podría distribuir ni comercializar tiempo aire de Telcel; y serían desconectados a partir del quince de marzo del mismo año, plazo que posteriormente se prorrogó al treinta y uno de los mismos mes y año.³⁵⁰

Estos elementos constituyen incentivos generados en forma unilateral por AMX y Telcel, con el objeto de que BLM abandonara el esquema multicarrier y adoptar el esquema de trato exclusivo con Telcel.

- e) El treinta y uno de marzo de dos mil doce, BLM: (i) *de facto* inició el trato exclusivo con AMX y Telcel; y (ii) dio por terminado el trato comercial con otros OSTM, desconectando a Telefónica y Iusacell, de la Red Qiubo.
- f) El veinticinco de junio de dos mil doce, AMX y Telcel suscribieron el Contrato de Venta de Saldos con BLM que formalizó el trato y las condiciones referidas en el inciso a).

³⁴⁶ Folios 1311 a 1341.

³⁴⁷ Folios 1218 y 1219.

³⁴⁸ Folio 30532.

³⁴⁹ Folios 4355, 4364 y 4366.

³⁵⁰ Folios 4367, 4368 y 4372.

- g) Entre febrero y marzo de dos mil trece, personal de Telcel informó a BLM haber comprobado – a través de personal en campo — la existencia de puntos de venta que aún comercializaban tiempo aire de OSTM distintos de Telcel dentro de la Red Qiubo.

Mediante correos electrónicos empleados de Telcel advirtieron a BLM que en caso de incumplir con la exclusividad acordada serían acreedores a una penalización (indefinida); y perderían el pago trimestral del “Confidencial” por ciento (“Confidencial” %) adicional referido en el inciso b).³⁵¹

Para pronta referencia, se transcribe un correo de doce de febrero de dos mil trece donde se aprecian las circunstancias descritas:

“Confidencial”

“Confidencial”³⁵² (Énfasis añadido)

- h) Ante la posibilidad de perder ingresos en el trato comercial con AMX y Telcel, BLM: (i) proporcionó información a AMX y Telcel sobre sus puntos de venta, y (ii) solicitó información sobre qué hacer con los puntos de venta afiliados a su Red Qiubo que se rehusaran a suspender la venta de tiempo aire con otros OSTM.³⁵³
- i) Durante el periodo comprendido entre el treinta y uno de marzo de dos mil doce y el doce de agosto de dos mil catorce, los ingresos percibidos “Confidencial” de exclusividad con AMX y Telcel resultaron “Confidencial” por ciento (“Confidencial” %³⁵⁴) superiores a los que habría recibido de estos agentes económicos en el esquema multicarrier.

En esta relación comercial, se identifica que AMX y Telcel generaron en forma unilateral incentivos a BLM para que adoptara el esquema de exclusividad con Telcel:

- a) Positivos.- Consistentes en el otorgamiento de comisiones en el esquema de exclusividad que eran mayores a las que ofrecía en el esquema multicarrier;
- b) Negativos o Coercitivos.- Consistentes en (i) la condición de que en caso de no adoptar el esquema de exclusividad con Telcel, las Emplazadas suspenderían en forma unilateral el trato con BLM, lo que para este agente económico significaría perder ingresos significativos y pondría en riesgo su viabilidad económica en el Mercado Relevante; y (ii) la implementación de mecanismos de vigilancia y cumplimiento de la exclusividad por parte de AMX y Telcel, consistentes en que en caso de que BLM presentara incumplimientos o incidencias sobre el acuerdo de exclusividad serían

³⁵¹ Folios 4450, 4461 y 4483.

³⁵² Folio 4450.

³⁵³ Folios 4483 y 4484.

³⁵⁴ Las comisiones de “Confidencial”, en términos absolutos, son “Confidencial” más altas al pago del “Confidencial” de comisión en esquema multicarrier.

acreedores a una “penalización” y perderían el pago trimestral del “Confidencial” por ciento (“Confidencial” %) de las ventas generadas.

De conformidad con la teoría económica, los agentes económicos a través de *incentivos* pueden incitar o inducir a otros a realizar o participar en una conducta determinada.³⁵⁵

Así, de las constancias que obran en el Expediente, esta autoridad determina que el esquema de exclusividad adoptado por AMX y Telcel con BLM no corresponde a un acuerdo entre particulares que se observaría en un curso normal de negocios, sino que resulta del ejercicio de un poder sustancial de mercado que actualiza los supuestos previstos en la fracción VIII del artículo 10 de la LFCE, como se acredita a continuación.

8.2.3. Otorgamiento de incentivos de las Emplazadas a BLM

En el Expediente obran constancias de un correo electrónico de siete de julio de dos mil once, “Confidencial” (empleada “Confidencial” y “Confidencial”:

““Confidencial”

“Confidencial”

Este elemento constituye una prueba de que Telcel y su controladora AMX ofrecieron incentivos a BLM para que firmara un contrato de exclusividad para vender tiempo aire sólo de Telcel.

Entonces, el incentivo previsto para que BLM pasara de un modelo *multicarrier* a un modelo de exclusividad era del “Confidencial” por ciento (“Confidencial”) mensual del total de las ventas de tiempo aire.

Después, “Confidencial” diciembre de dos mil once Telcel, a través de “Confidencial”, ofreció a BLM incrementar estos incentivos en los términos que se transcriben:

“Confidencial”

En suma, AMX y Telcel ofrecieron a BLM incentivos para acordar la venta exclusiva de tiempo aire de Telcel equivalentes a: i) el pago mensual de una comisión “Confidencial”stral de una comisión “Confidencial” del total de las ventas de tiempo aire de Telcel.

Estas condiciones, iniciaron el treinta y uno de marzo de dos mil doce y quedaron plasmadas en el Contrato de Venta de Saldos de veinticinco de junio de dos mil doce, donde se estableció:

““Confidencial”:

³⁵⁵ Véase, por ejemplo, el artículo publicado por *THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES* sobre los economistas ganadores del Premio Nobel en 2016, OLIVER HART AND BENGT HOLMSTRÖM sobre Incentivos y Teoría de Contratos, disponible en: https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2016/advanced-economicsciences2016.pdf.

| | |
|----------------|----------------|
| "Confidencial" | "Confidencial" |
| "Confidencial" | "Confidencial" |

"Confidencial"

En la especie, se corrobora que inicialmente bajo un esquema de distribuidor *multicarrier*, las Emplazadas estaban dispuestas a pagar a BLM el "Confidencial" por ciento ("Confidencial"%) mensual sobre el total de las ventas de tiempo aire de Telcel. Sin embargo, finalmente acordaron con BLM un pago correspondiente al "Confidencial" por ciento ("Confidencial"%) mensual, más "Confidencial" por ciento ("Confidencial"%). Es decir que, en total, AMX y Telcel pagaron "Confidencial" por ciento ("Confidencial" más a BLM del porcentaje inicialmente acordado.

Este pago adicional, responde de manera directa a la obligación que tenía BLM de no adquirir, distribuir ni comercializar tiempo aire de otros OSTM, entre los que se encontraban Telefónica y Iusacell. Es decir que, a diferencia de lo que manifiestan las Emplazadas, este pago adicional no estuvo relacionado con el incremento en la red de distribución de BLM, ni con el hecho de que BLM se convirtiera en Distribuidor Autorizado Telcel. Esto, porque en el Contrato de Venta de Saldos no se estableció la obligación de destinar determinado porcentaje del pago de comisiones a la reinversión en la expansión de la red de BLM, ni que dicho distribuidor desarrollaría efectivamente los pasos necesarios para convertirse en Distribuidor Autorizado Telcel.

El incremento en el pago del porcentaje de ventas de tiempo aire en favor de BLM, derivó directamente de la condición de que esta sociedad abandonara el esquema de ser distribuidor *multicarrier*, para convertirse en exclusivo de Telcel. A continuación, se reproduce una porción de las comunicaciones electrónicas donde consta dicha circunstancia:

"Confidencial"

"Confidencial"

"Confidencial" "³⁵⁶ "Confidencial").

Asimismo, se concluye que la participación de BLM en la celebración del Contrato de Ventas de Saldos en exclusiva respondió a las manifestaciones de Telcel de que en caso de seguir vendiendo tiempo aire de otros OSTM ya no podrían tener acceso ni comercializar su tiempo aire.

Además, en el Expediente obran las siguientes constancias que acreditan que Telcel manifestó en diversas ocasiones y de manera explícita a BLM, que la única alternativa viable para permitir que BLM comercializara tiempo aire de Telcel era bajo un modelo de exclusividad, dando por terminado el esquema *multicarrier*.

³⁵⁶ Folio 4364.

Como se acredita en los elementos antes referidos, durante dos mil once y principios de dos mil doce, en lo que se denominó una “*prueba piloto*”, Telcel y AMX permitieron a BLM vender tiempo aire en modalidad *multicarrier*.

Sin embargo, a partir de febrero de dos mil doce, Telcel manifestó a BLM que esta “*prueba piloto*” debía terminar; y BLM debía decidir si optaba por dejar de vender tiempo aire de Telcel en absoluto (lo cual, implicaba dejar de atender a más del setenta por ciento de usuarios), o bien, comercializar tiempo aire de ese concesionario en exclusiva, desconectando al resto de los OSTM competidores de Telcel.

Al respecto, mediante correos electrónicos de catorce de febrero de dos mil doce y cinco de marzo de dos mil doce, respectivamente, enviados por “Confidencial”, Telcel manifestó a BLM lo siguiente:

“Confidencial”³⁵⁷ “Confidencial”.

“Confidencial”

“Confidencial”³⁵⁸ “Confidencial”.

A continuación, se transcribe una porción de la Comparecencia HCT donde se explica el contenido de estos correos electrónicos:

“20. Indique a ¿qué se refiere con “fue necesario volvernos exclusivos de Telcel”?

En las negociaciones con Telcel cuando manifestamos que nuestro modelo era multicarrier al principio nos lo permitió con una disminución significativa en el margen. Posteriormente cambió su postura y las opciones que nos dejó desde el punto de vista financiero hacían inviable el negocio si no nos convertíamos en exclusivos.

21. ¿Nos podría señalar la temporalidad en que Telcel “al principio” les permitió ser multicarrier?

*Hasta marzo de dos mil doce fuimos multicarrier, fecha en que Telcel nos puso un ultimátum. El ultimátum y está en un correo de Viviana Andalón, señala claramente que o dábamos por finalizado lo que ellos llaman una “*prueba piloto*” y desconectábamos a los otros carriers o no nos vendían (...)”³⁵⁹ (énfasis añadido).*

8.2.4. Conclusión

Con base en los elementos probatorios señalados en esa sección, contenidos en el Expediente, este Pleno concluye que se acredita la existencia de una exclusividad mediante la cual AMX y Telcel impidieron a BLM adquirir, comercializar y vender tiempo aire de otros OSTM. En el siguiente apartado, se analiza el objeto

³⁵⁷ Folios 4367 y 4368.

³⁵⁸ Folio 4372.

³⁵⁹ Folio 26230.

de esta exclusividad de conformidad con las manifestaciones de las Emplazadas y la información del Expediente.

8.3. Mercado Relevante y Mercados Relacionados

Como se establece en la sección 8.1 de esta resolución, el mercado relevante debe definirse en términos de los criterios establecidos en el artículo 12 de la LFCE.

A su vez, los Mercados Relacionados son aquellos *mercados* que permitan evaluar si — en caso de acreditarse la conducta— esta tuvo o pudo tener alguno de los efectos u objetos prohibidos en el primer párrafo del artículo 10 de la LFCE. Respecto de estos *mercados*, la LFCE no establece los criterios para definirlos, por lo que queda al arbitrio de esta autoridad hacerlo sujeto al principio de razonabilidad. Esto es, a un grado suficiente que permita identificar si la conducta tuvo o pudo tener alguno de los efectos u objetos prohibidos por la norma en otro(s) *mercados*.

8.3.1. Mercado Relevante

El artículo 12 de la LFCE establece que el mercado relevante debe determinarse tomando en consideración los siguientes criterios establecidos en sus cuatro fracciones. Los elementos que sustentan la definición del Mercado Relevante en este asunto, se presentan a continuación.

Fracción I del artículo 12 de la LFCE

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

Esta fracción hace referencia a la posibilidad de sustituir los bienes o servicios por otros de origen nacional y extranjero y la medida en que los consumidores pueden sustituirlos y el tiempo requerido para su sustitución. Sobre esa base el Poder Judicial de la Federación considera que el mercado relevante se compone de todos los productos que son razonablemente intercambiables o sustituibles, según los fines para los que fueron hechos, en un espacio geográfico determinado.³⁶⁰

Esta autoridad concluye que el Expediente contiene elementos que sustentan que el Mercado Relevante corresponde a la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los OSTM a los distribuidores y/o comercializadores cuya dimensión geográfica es nacional, con base en las siguientes consideraciones:

- Los OSTM comercializan su tiempo aire a través de distintos canales para llegar a los usuarios finales — de prepago, pues los de post pago no lo requieren.

³⁶⁰ Es aplicable el siguiente criterio judicial: "**MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.**" Registro No. 168609. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Octubre de 2008 Página: 2225. Tesis: I.4o.A. J/75. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa.

Los canales que se identifican son: (a) canales de distribución propios; y (b) a través de (terceros) distribuidores y/o comercializadores mayoristas de bolsas virtuales de tiempo aire.

En (b) se identifican cuatro modalidades o esquemas comerciales distintos:

- (i) cadenas comerciales y/o tiendas de conveniencia (adquieren bolsas virtuales de los OSTM de manera mayorista y lo venden a los usuarios finales a través de sus establecimientos comerciales);
- (ii) bancos (adquieren bolsas virtuales de los OSTM de manera mayorista y lo venden a usuarios finales a través de sus cajeros automáticos o aplicaciones);
- (iii) distribuidores autorizados (adquieren bolsas virtuales de los OSTM de manera mayorista y toda la gama de productos o servicios de un determinado OSTM y los venden a través de sus establecimientos comerciales directamente al usuario final. Asimismo, venden bolsas virtuales de tiempo aire a otros distribuidores y/o subdistribuidores) — **esta es la modalidad en la que opera la Red Qiubo involucrada en los hechos que se analizan, e**
- (iv) integradores (adquieren bolsas virtuales de los OSTM de manera mayorista y lo venden a puntos de venta a los que acuden los usuarios finales o a otros distribuidores y/o comercializadores),³⁶¹ los cuales atienden segmentos específicos del mercado.

Para identificar si estos canales de comercialización de tiempo aire de OSTM son o no sustitutos entre sí — en particular, si la Red Qiubo de BLM cuenta con sustitutos para que los OSTM comercialicen su tiempo aire— deben evaluarse sus atributos y determinar las posibilidades de sustitución por el lado de la oferta y la demanda.

- Los canales de distribución propios de los OSTM no son sustitutos de los canales de distribución de terceros, en este caso distribuidores y/o comercializadores. Por el lado de la oferta, se aprecian elevados costos de inversión para establecer los suficientes puntos de venta propios y en localidades de baja densidad poblacional no es rentable que los OSTM establezcan puntos de venta propios.

La participación en la venta de tiempo aire de diversos OSTM a través de canales propios no es significativa en comparación con las ventas originadas en canales de terceros.

- **Telcel.** En dos mil diez, el “Confidencial”) del total de ingresos por venta de tiempo aire de Telcel provenían de la venta de tiempo aire que realizaban a través de sus propios puntos de venta. En el año dos mil

³⁶¹ Folios 26585 a 26587.

catorce, las ventas de tiempo aire en puntos de venta propios representó el “Confidencial”) de sus ingresos totales.

- **Iusacell y Unefon.** El porcentaje que representan los ingresos por venta de tiempo aire en puntos de venta propios respecto del total de ingresos por la venta de tiempo aire disminuyó de dos mil diez a dos mil catorce.

En el año dos mil diez, ese porcentaje fue del “Confidencial”), mientras que para el año dos mil catorce apenas alcanzó el “Confidencial”).

- **Telefónica.** En el año dos mil catorce el “Confidencial” ciento) del total de ingresos por venta de tiempo aire de Telefónica provino de la venta de tiempo aire a través de sus propios puntos de venta.
- La venta de tiempo aire a través de tarjetas físicas no es sustituto de la venta mayorista de bolsas virtuales. Por el lado de la oferta, las tarjetas de prepago ocasionan gastos mayores y sustantivos en comparación con la venta de bolsas virtuales, tales como producción, almacenamiento y distribución física. En ese sentido, la venta de bolsas virtuales implica una mayor capacidad de distribución, seguridad y ahorro en los canales, pues solo se advierten costos de desarrollo y mantenimiento de la plataforma electrónica.

Este hecho se acredita por la notable diferencia en las ventas de tiempo aire obtenidas por tarjetas físicas y bolsas virtuales:

- **Telefónica.** En abril de dos mil trece, la venta de tiempo aire a través de tarjetas físicas era menor “Confidencial” del monto total de ventas de tiempo aire.³⁶²
- **Iusacell y Unefon.** En dos mil catorce, el monto de las ventas de este canal era del “Confidencial” del total de ingresos obtenidos por la comercialización de tiempo aire.
- **Oxxo.** En los establecimientos que operan en esta red, los consumidores tienen acceso a recargas electrónicas y tarjetas físicas. En dos mil doce el “Confidencial” del total de sus ventas de tiempo aire eran a través de tarjetas físicas, porcentaje que disminuyó. En dos mil catorce, del cien por ciento de tiempo aire vendido a través de Oxxo, el “Confidencial” se comercializó a través de recargas electrónicas; y “Confidencial” por ciento a través de tarjetas físicas.³⁶³

Las recargas electrónicas se distinguen sustancialmente de las tarjetas físicas de prepago porque el primer método de pago acepta recargas desde diez pesos, mientras que la compra de tarjetas físicas únicamente se puede realizar a partir de cien pesos; es decir, mil por ciento más que la recarga electrónica de menor valor.

³⁶² Folio 1202.

³⁶³ Folios 15434 y 26909.

- En el canal que corresponde a la comercialización bolsas virtuales de tiempo aire a través de terceros, los cuatro esquemas identificados se distinguen en la medida en que están disponibles en los puntos de venta.

En el Expediente se tienen constancias que permiten acreditar que, por el lado de la oferta, la Red Qiubo operada por BLM era la única con puntos de venta disponibles en localidades en los que las demás redes sustitutas no tenían presencia. Lo anterior se desprende de la asimetría significativa en el número de puntos de venta asociados con cada oferente; y su distribución en el territorio nacional.

- **"Confidencial"** catorce, reportó presencia en **"Confidencial"**,³⁶⁴ lo que representa una presencia en **"Confidencial"** puntos de venta afiliados.

Este agente económico identifica que sus puntos de venta se distribuyen en localidades que exhiben características demográficas diversas (ej. Densidad poblacional, ingresos promedio y otras). Además, identifica que tras la alianza celebrada con Grupo Bimbo, la Red Qiubo de BLM tenía la posibilidad de afiliar a los puntos de venta atendidos por la red de distribución de Grupo Bimbo, los cuales en dos mil trece se estimaron en 700, 000 (setecientos mil).

- **"Confidencial"** catorce este operador reportó presencia en **"Confidencial"** municipios,³⁶⁵ lo que representa una presencia en **"Confidencial"** de la totalidad de municipios en el territorio nacional.
- **Oxxo**. En términos de puntos de venta reportados, es el tercer operador **"Confidencial"** catorce, reportó presencia en **"Confidencial"**)³⁶⁶ con un total de **"Confidencial"** de los municipios del territorio nacional.

Constituye un hecho notorio que esta cadena comercial: (1) opera con la participación de Fomento Económico Mexicano, S.A.B. de C.V.; y, (2) su crecimiento se enfoca en localidades que registran niveles de densidad poblacional altas y moderadas.³⁶⁷

- **Otros participantes**. Bancos, supermercados, farmacias y otros agentes económicos que puedan ofrecer recargas electrónicas de tiempo aire, no cuentan con un número cercano de puntos de venta a los agentes económicos enunciados anteriormente. En el mismo sentido, tampoco reportan una presencia en el número de localidades que se aproxime a la red de los operadores antes descritos. Finalmente, estos formatos de

³⁶⁴ Folio 38290.

³⁶⁵ Folio 31450 y 36407.

³⁶⁶ Folio 15434.

³⁶⁷ Información disponible en: http://files.shareholder.com/downloads/FEMSAS/0x0x580133/3A640527-CE20-4E4A-8334-4055C317A780/FEMSAs_Overview_22Jun_SP.pdf

punto de venta se enfocan en localidades con niveles de densidad poblacional altos o moderados, a diferencia de la Red Qiubo de BLM.³⁶⁸

Por lo antes expuesto, se identifica que la existencia de sustitutos para los puntos de venta afiliados a la Red Qiubo, podrían estar sólo disponibles para un segmento de municipios y localidades del territorio nacional que exhiben densidades poblacionales altas y moderadas. De lo anterior, se colige que previsiblemente BLM sea el único operador con presencia significativa en localidades con densidades poblacionales bajas.³⁶⁹

Fracción II del artículo 12 la LFCE

"II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumas relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones."

Para que los OSTM puedan vender tiempo aire a través de bolsas virtuales a nivel mayorista, es necesario que desarrollen una plataforma de comunicaciones electrónicas hacia los distribuidores y/o comercializadores, a fin de registrar las adquisiciones de tiempo aire y se descuenten los saldos correspondientes.³⁷⁰ Los costos asociados al diseño, desarrollo y puesta en funcionamiento de esta plataforma se realizan para atender a todos los clientes, tanto mayoristas como minoristas, sin importar la ubicación de los mismos. Por lo tanto, por el lado de la oferta no existen costos adicionales por establecer una nueva relación comercial; quienes incurren en los costos de "conectarse" a esta plataforma en todo caso son los distribuidores y/o comercializadores mayoristas quienes tienen que adecuar sus plataformas para estar en posibilidad de vender tiempo aire de un OSTM en particular.

Así, para los oferentes del servicio relevante no existen costos de distribución adicionales, por lo que ante un aumento en el precio de las bolsas virtuales de tiempo aire en una determinada zona geográfica, los demás concesionarios pueden comenzar a vender bolsas virtuales de tiempo aire a los demandantes.

Fracción III del artículo 12 de la LFCE

"III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados."

El precio de las bolsas virtuales de tiempo y las comisiones que los OSTM pagan a los distribuidores y/o comercializadores, generalmente son establecidas de acuerdo al volumen de venta y variables ajenas a la ubicación geográfica. Como

³⁶⁸ Folio 12253.

³⁶⁹ Sirven de referencia los elementos empleados para describir a BLM, Microrecargas y Oxxo.

³⁷⁰ Folio 1205.

ha sido precisado, las plataformas virtuales tanto de los OSTM como de los propios distribuidores permiten la compra mayorista de tiempo aire prácticamente desde cualquier lugar del territorio nacional con acceso a Internet y comercializarlo en todos los puntos de venta del distribuidor y/o comercializador.

Entonces, si en una determinada zona geográfica, un OSTM decide disminuir las comisiones y/o descuentos que ofrece a los distribuidores y/o comercializadores mayoristas, esto es, si aumenta el precio de las bolsas virtuales de tiempo aire, los distribuidores y/o comercializadores podrían acudir a otras zonas geográficas, en virtud de que no existe costo de distribución de las bolsas virtuales de tiempo aire; es decir, los distribuidores y/o comercializadores pueden adquirir las bolsas virtuales de tiempo aire independientemente de su ubicación, ya que las comisiones y/o descuentos que los OSTM proporcionan a los distribuidores y/o comercializadores no dependen de la zona donde éstos se encuentren ubicados.

En este sentido, desde la perspectiva de la demanda, la dimensión geográfica del Mercado Relevante tiene un ámbito nacional. Asimismo, las bolsas virtuales de tiempo aire no pueden ser proporcionadas desde el extranjero.

Fracción IV del artículo 12 de la LFCE indica lo siguiente:

“IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.”

El OPR determinó que no se enfrentan restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de los OSTM a distribuidores y/o comercializadores de tiempo aire, ni existen limitaciones de carácter normativo que impidan a estos agentes económicos comercializar tiempo aire de algún OSTM, ya sea concesionario u OMV. En este sentido, la única restricción para que un agente económico venda tiempo aire de su propia marca radica precisamente en que cumpla los requisitos para operar como concesionario o como OMV conforme a la regulación sectorial.

De lo expuesto en el presente apartado, se concluye que el Mercado Relevante correspondiente al presente caso es la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los OSTM a los distribuidores y/o comercializadores, cuya dimensión geográfica es nacional.

8.3.2. Mercados Relacionados

El OPR determinó que los Mercados Relacionados corresponden a los servicios minoristas de venta de tiempo aire en las localidades del país en las que, durante la exclusividad, Telcel enfrentaba o podía enfrentar competencia de otros OSTM y en las cuales los únicos puntos de venta disponibles y a los que podían acceder los suscriptores o consumidores finales, eran los abastecidos por BLM a través de la *Red Qiubo*.

Al respecto, la demanda del Mercado Relevante expresada como la compra mayorista de tiempo aire por parte de los distribuidores y/o comercializadores,

consiste en una demanda derivada que responde a la compra minorista de tiempo aire por parte de los usuarios finales. En otras palabras, en la medida que los usuarios finales demandan o solicitan recargas de cada OSTM, los distribuidores como BLM comprarán bolsas virtuales de tiempo aire. Por lo tanto, es posible observar una relación directa entre el mercado mayorista de tiempo aire y el mismo mercado a nivel minorista.

En atención a estas consideraciones el OPR determinó que la práctica imputada a las Emplazadas no sólo tuvo el objeto de desplazar a los demás OSTM del Mercado Relevante, sino que además tuvo la intención de desplazarlos e impedir sustancialmente su acceso a los Mercados Relacionados, que se encuentran a nivel minorista.

Ahora bien, este objeto de desplazamiento y el impedimento de acceso sólo se podría presentar en aquellas localidades o zonas geográficas donde las posibilidades de realizar una recarga de tiempo aire están limitadas o restringidas a la existencia de comercios afiliados a la red de BLM. Esto significa que los Mercados Relacionados se limitan a aquellas áreas de traslape donde hay cobertura de Telcel y otro OSTM, pero el único punto de venta de tiempo aire en determinado espacio geográfico es de la Red Qiubo.

Específicamente, en el OPR estas zonas geográficas se limitaron a aquellos puntos de la red de BLM en los que en una distancia lineal de dos punto cinco kilómetros (2.5 km) no es posible encontrar un punto de recarga de otro distribuidor y/o comercializador.³⁷¹ La Autoridad Investigadora estableció esta distancia toda vez que, de acuerdo a distintos estudios,³⁷² el área de influencia de un comercio como las tiendas de conveniencia o pequeños establecimientos es menor a uno punto seis kilómetros (1.6 km).

Estos Mercados Relacionados tienen la particularidad de encontrarse, generalmente, en áreas periféricas a las ciudades del país.

8.4. Poder Sustancial en el Mercado Relevante

A fin de que pueda determinarse si un agente económico detenta poder sustancial en un mercado relevante, el artículo 13 de la LFCE, en correlación a los artículos 11, 12 y 13 del RLFCE, contempla los elementos a considerarse en el análisis respectivo.

En este tenor, los artículos 13, fracción I, de la LFCE y 11, del RLFCE, señalan que:

³⁷¹ Para efectos del análisis se consideraron los puntos de venta de las cadenas comercialmente conocidas como Oxxo, Grupo Gigante, Círculo K, Soriana, Farmacias Guadalajara, Wal-Mart, Chedraui, Farmacias del Ahorro, Banamex, Bancomer e Iconn. Folios 15434, 19085, 21166, 22590, 29949, 30240, 34015, 34521, 34666, 35207, 36000, 38331, 39500 y 39896.

³⁷² Algunos de dichos estudios: Página 6 del "Impact of Supermarket Expansion in the Convenience Retailing Sector A Report for the Association of Convenience Stores", 2005. Europe Economics. Disponible en: <http://www.europe-economics.com/publications/05acs.pdf>, y Office of Fair Trading closed case: Acquisition by the Co-operative Group of Balfour Convenience Stores Ltd., 2003. Competition and Markets Authority UK. Disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/co-operative-group-balfour-convenience-stores-ltd>, véase sección "Geographic Market".

“**Artículo 13.** Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien (...)deberán considerarse los siguientes elementos:

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

“**Artículo 11.-** Para determinar la participación de mercado a que se refiere la fracción I del artículo 13 de la Ley, se tomarán en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la Comisión determine”.

El OPR concluyó que, dadas las características del Mercado Relevante, el indicador más adecuado para realizar el cálculo de las participaciones de mercado son los ingresos de los concesionarios por concepto de la venta de bolsas virtuales de tiempo aire, dado que los patrones de consumo de los usuarios son divergentes entre sí, cuestión que se puede ver reflejada en el monto de ingresos de ventas de tiempo aire en el Mercado Relevante, y no así al considerar algún otro indicador, como por ejemplo el número de usuarios del servicio de mérito. Lo anterior, toda vez que las participaciones de mercado en el Mercado Relevante se construyen a partir de una demanda derivada de tiempo aire que se genera en los mercados minoristas de compra venta de recargas electrónicas de tiempo aire. En este sentido, los patrones de consumo de los usuarios finales son disímiles, es decir, mientras un usuario de servicios de telefonía móvil en la modalidad de prepago puede registrar un alto consumo de tiempo aire otros no, situación que se puede ver reflejada en el monto de ingresos de ventas de tiempo aire observado en el Mercado Relevante y que sería inobservable en el caso de considerar como indicador únicamente al número de usuarios de este servicio.

En este sentido, en términos de ingresos por la venta de bolsas virtuales de tiempo aire, durante el periodo de dos mil diez a dos mil catorce, Telcel mostró la mayor participación en el Mercado Relevante, al obtener, en promedio, el “Confidencial”) de participación en términos de ingresos bajo ese concepto. Lo anterior puede observarse de la *Tabla 7* disponible en el OPR:³⁷³

“*Tabla 7. Participación en el Mercado Relevante en términos de ingresos por venta de bolsas virtuales de tiempo aire.*”

| <i>Año</i> | <i>TELCEL</i> | <i>TELFÓNICA</i> | <i>IUSACELL</i> | <i>UNEFON</i> | <i>NEXTEL</i> | <i>OMVs</i> |
|------------|----------------|------------------|-----------------|----------------|----------------|----------------|
| 2010 | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* |
| 2011 | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* |
| 2012 | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* | *Confidencial* |

³⁷³ Folio 40509.

| <i>Año</i> | <i>TELCEL</i> | <i>TELFÓNICA</i> | <i>IUSACELL</i> | <i>UNEFON</i> | <i>NEXTEL</i> | <i>OMVs</i> |
|------------|----------------|------------------|-----------------|----------------|----------------|----------------|
| 2013 | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" |
| 2014 | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" |

Durante ese mismo periodo de tiempo, el competidor más cercano de Telcel, Telefónica, obtuvo una participación promedio en términos de ingresos por venta de bolsas virtuales de tiempo aire del "Confidencial" por ciento), por lo que de acuerdo al OPR, la participación de Telcel en este rubro, respecto de sus competidores, es "Confidencial", en ese periodo de tiempo.

Dado que la adquisición de tiempo aire, por parte de los usuarios de servicios móviles, se da en el mercado de prepago, resulta pertinente determinar la participación en términos de suscriptores por operador en el mercado de prepago, conforme a la información aportada en el OPR. Lo anterior porque, como ya ha sido señalado, las participaciones del Mercado Relevante se construyen de una demanda derivada que se genera en los mercados minoristas de la comercialización de recargas electrónicas de tiempo aire por parte de los usuarios finales. De esta manera, la participación promedio en términos de suscriptores de Telcel, fue de "Confidencial" ciento),³⁷⁴ entre dos mil diez y dos mil catorce, en comparación con la participación promedio de su competidor más cercano, Telefónica, fue de "Confidencial" por ciento). Así, Telcel fue el principal operador en términos de ingresos en el Mercado Relevante y de suscriptores en el mercado de prepago, durante el periodo de dos mil diez a dos mil catorce.

Al respecto de las participaciones en términos de ingresos descritas anteriormente, el OPR estimó que el Mercado Relevante está altamente concentrado, dado que el valor del IHH que dicho mercado presenta, se ubica dentro de los siguientes umbrales:³⁷⁵

"Tabla 8. IHH en el MERCADO RELEVANTE: 2010-2014.

| <i>Año</i> | <i>2010</i> | <i>2011</i> | <i>2012</i> | <i>2013</i> | <i>2014</i> |
|------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| <i>IHH</i> | 5,609 | 5,452 | 5,239 | 4,951 | 5,087" |

En consecuencia, los índices de concentración que muestra el Mercado Relevante, pueden reflejar la existencia de un agente económico con poder sustancial, derivado del alto nivel de participación de mercado que posee Telcel. Sobre ese particular, dicha circunstancia permite a Telcel establecer condiciones diferentes en las negociaciones que tiene con cada agente económico para comercializar sus servicios en el mercado de telefonía móvil en su modalidad de prepago. Es

³⁷⁴ Folio 40511.

³⁷⁵ Folios 40512 y 40513.

decir, que dada la participación promedio de Telcel en términos de suscriptores **"Confidencial"**, Telcel puede sustituir a distribuidores y/comercializadores mayoristas, pero no habría agente económico que pudiera sustituirle, lo que incide en el poder de negociación de Telcel.

El OPR, además, aporta elementos para considerar que las comisiones otorgadas por parte de Telcel por concepto de distribución y comercialización de tiempo aire, son las más bajas respecto de sus competidores,³⁷⁶ y que sus márgenes de ganancias, por el contrario, resultan ser las más altas en el servicio de telefonía móvil en la modalidad de prepago, durante el periodo de dos mil diez a dos mil catorce.³⁷⁷ Por todo ello, existen indicios sobre la capacidad de Telcel para fijar precios (comisiones) en el Mercado Relevante.

Por otra parte, los artículos 13, fracción II, de la LFCE y 12, del RLFCE, indican que:

"Artículo 13. Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien (...)deberán considerarse los siguientes elementos:

(...)

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

"Artículo 12. Para efectos de la fracción II del artículo 13 de la Ley, son elementos que pueden considerarse como barreras a la entrada, entre otros:

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

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

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

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

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

VI. Las restricciones constituidas por prácticas comunes de los agentes económicos ya establecidos en el mercado relevante, y

³⁷⁶ Dichas comisiones oscilan entre **"Confidencial"** y el **"Confidencial"**, dependiendo del canal de distribución y comercialización de que se trate. Folio 40515.

³⁷⁷ Los márgenes de ganancia promedio de Telcel, para dicho período, se ubicaron en **"Confidencial"**, en tanto que los de su competidor más cercano, Telefónica, se ubicaron en **"Confidencial"**. Folio 40515.

VII. Los actos de autoridades federales, estatales o municipales que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos productores, comercializadores, distribuidores o prestadores de servicios”.

El OPR señala que, si bien los requerimientos de inversión en que debe incurrir un concesionario para desplegar una RPT son elevados y que el monto de inversión puede variar dependiendo de la estrategia de expansión de la red para alcanzar un nivel de cobertura que resulte atractivo para los usuarios, dado que Telcel distribuye y comercializa su tiempo aire a través de diversos canales, el acceso a dichos canales de distribución constituye un elemento importante para los concesionarios que deseen participar del mercado de telefonía móvil. En este sentido, la posición competitiva de los agentes económicos resulta de gran importancia para este efecto, así como que los canales de distribución a los que desea acceder resulten eficientes.

Por ende, las restricciones de acceso a canales eficientes de distribución afectarían a los agentes económicos del Mercado Relevante, en caso de que su posición competitiva no les permita tener acceso a ellos. En la especie, y como se refirió anteriormente, Telcel posee la mayor participación en términos de ingresos y de usuarios de telefonía móvil en su modalidad de prepago, por lo que, en conjunto, representa una barrera a la entrada para aquel agente económicos que desee participar del Mercado Relevante.

Asimismo, el hecho de que los costos de instalación de una RPT sean, en mayor medida, hundidos, al no existir un mercado secundario en el que se pueda aprovechar fácilmente este tipo de infraestructura y que, el hecho de que Telcel por mucho tiempo haya sido el único participante del mercado, le ha permitido desplegar su red, mantenerla y expandirla, sin necesidad de que en este momento amortice el costo por la instalación de una RPT desde cero, constituyen una barrera a la entrada para los concesionarios. Incluso, se advierte que los costos para que un OMV pueda acceder y operar a través de las redes de los OSTM para prestar servicios de telecomunicaciones móviles, resultan elevados.

Por su parte, el OPR indica también que para instalar, operar y explotar comercialmente una RPT, los agentes económicos requieren de la obtención de títulos de concesión, además de diversas autorizaciones que les permitan ofrecer servicios de telefonía móvil, factor que representa una barrera a la entrada en el Mercado Relevante.

En cuanto a la inversión en publicidad, si bien el OPR no considera que ese elemento impacte directamente en el mercado de la venta mayorista de bolsas virtuales de TAE, señala que sí resulta determinante para que la marca bajo la que operen los agentes económicos logre posicionarse y atraer potenciales clientes. De esta manera, si bien Telcel tiene una importante participación y posición de su marca dentro de los usuarios de telefonía móvil, éste invierte entre el “Confidencial” de sus ingresos anuales por servicios en telefonía móvil, en publicidad, contrario a los porcentajes que invirtieron sus competidores, que oscilan entre el

“Confidencial”.³⁷⁸ Ello representa una barrera a la entrada para participar del Mercado Relevante.

Dado que la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire se realiza dentro del territorio nacional, las posibles limitaciones a la competencia en mercados internacionales no resultan trascendentes para el estudio que se realiza.

Como se apuntó anteriormente, el OPR hace referencia a que es una práctica común dentro del servicio de telefonía móvil en la modalidad de prepago, que los agentes económicos recurran a canales de distribución y/o comercialización propios o de terceros para tener acceso a la totalidad de usuarios finales. De este modo, el impedimento a canales de terceros podría afectar la posición competitiva de aquellos agentes económicos que participen en el Mercado Relevante y, con ello, afectar su crecimiento y desarrollo comercial.

Por otra parte, el OPR no aporta elementos de convicción que permitan presumir la existencia de actos de autoridades federales, estatales o municipales que discriminen el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a concesionarios de RPT, en el Mercado Relevante o algún mercado relacionado.

Con relación al artículo 13, fracción III, de la LFCE, que es del tenor siguiente, se apunta que:

“Artículo 13.- Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, (...) deberán considerarse los siguientes elementos:

(...)

III. La existencia y poder de sus competidores”.

Tal como se refirió con anterioridad, si bien Telcel enfrenta diversos competidores (Telefónica, “Iusacell”, “Nextel” -hasta dos mil trece- OMV y a “AT&T” -a partir de dos mil catorce-), los índices de participación en términos de ingresos y usuarios, entre dos mil diez y dos mil catorce, llegó a casi **“Confidencial”** la participación conjunta de sus competidores. Por ende, la existencia y poder de los competidores de Telcel no ha logrado modificar sustancialmente la estructura del servicio de telefonía móvil ni contrarrestar el comportamiento de Telcel.

El artículo 13, fracción IV, de la LFCE, señala que:

“Artículo 13.- Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, (...) deberán considerarse los siguientes elementos:

(...)

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

³⁷⁸ Folios 40525.

El OPR refiere que el insumo principal para proveer el servicio de telefonía móvil es el espectro radioeléctrico y el acceso a una RPT. En este sentido, los interesados en participar de ello, deberán hacerlo en calidad de concesionarios o de OMV. En el primer caso, deben instalar, operar o explotar una RPT, contar con una concesión y disponer de espectro radioeléctrico, en tanto que, para los segundos, basta tener una autorización y establecer una relación contractual con algún concesionario para el arrendamiento de los servicios que requieran. De esta manera, si bien en principio tanto concesionarios como OMVs podrían tener acceso a canales de distribución y comercialización para llegar a sus usuarios finales, los costos asociados a la instalación de una RPT podrían disuadir a potenciales competidores de Telcel, lo que le coloca con una posición de ventaja frente a ellos.

El artículo 13, fracción V, de la LFCE, establece que:

“ Artículo 13.- Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, (...) deberán considerarse los siguientes elementos:

(...)

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

Esta autoridad no tiene conocimiento de la existencia de precedentes en los que AMX o Telcel hayan sido sancionados por la comisión de prácticas monopólicas relativas en el Mercado Relevante.

Los artículos 13, fracción VI, de la LFCE, y 13, del RLFCE, contemplan que:

“ Artículo 13.- Para determinar si uno o varios agentes económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, (...) deberán considerarse los siguientes elementos:

(...)

VI. Los criterios que se establezcan en el Reglamento de esta Ley así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión” .

“ ARTÍCULO 13.- Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, de conformidad con la fracción VI del artículo 13 de la Ley, se deben considerar los criterios siguientes:

I. El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante;

II. La falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación, y

III. La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores” .

El OPR señala que Telcel ha logrado un fuerte posicionamiento en el país, logrando que “**Confidencial**” usuarios de telefonía móvil en México” sean usuarios de Telcel,³⁷⁹ que las bolsas virtuales de TAE no pueden ser importadas desde el extranjero y que no existen costos sustanciales para los distribuidores mayoristas para cambiar de proveedor, dada su naturaleza “virtual”, pero que sí existen costos sustanciales para un distribuidor mayorista al dejar de distribuir y/o comercializar los servicios de Telcel, dados sus altos índices de participación en el Mercado Relevante.

Por lo anterior, este Pleno concluye que AMX y Telcel integran un agente económico con poder sustancial en el Mercado Relevante.

8.5. Objeto de la Conducta

El proemio del artículo 10, de la LFCE, establece que las prácticas monopólicas relativas son sancionables si se acredita que tienen, o pueden tener, alguno de los efectos u objetos (intencionalidad) que a continuación se transcriben.

“Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos (...)”.
(Énfasis añadido)

Así, la LFCE no sólo prevé la posibilidad de sancionar prácticas monopólicas relativas cuando efectivamente logren causar un daño a los mercados en los que se realizaron. Sino que también es posible que la autoridad determine la responsabilidad en la realización de prácticas monopólicas relativas cuando no se causaron afectaciones a los mercados, pero sí es posible determinar que tales conductas se llevaron a cabo con una intencionalidad ilícita.³⁸⁰ Específicamente, con el objeto o propósito de: **i)** desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; **ii)** impedirles sustancialmente su acceso, o bien **iii)** establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

³⁷⁹ Folio 40531.

³⁸⁰ Lo anterior queda de manifiesto, además, en la tesis de jurisprudencia emitida por la SCJN, en cuya parte conducente estipula lo siguiente que es aplicable por analogía al estudio de cuenta: “**COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 9o., FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014, ES ACORDE CON EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** El precepto legal referido, al prever que son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto, respeta el marco constitucional del que deriva, porque el artículo 28 constitucional prohíbe las prácticas monopólicas y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas (...) pues en atención a la interpretación constitucional expresada por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe los actos que disminuyen el proceso de competencia y libre concurrencia (...)” (Énfasis añadido). Localización: (J); 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 33, agosto de 2016; Tomo II; Pág. 982. 2a./J. 111/2016 (10a.). Registro No. 2012365.

Al respecto, el PJJ ha concluido que, para determinar si se configura una práctica monopólica relativa, debe realizarse una ponderación tanto de los beneficios, como de la afectación que pudiese ocasionar en casos concretos, lo que se conoce como "*regla de la razón*", es decir, valorar en su conjunto las circunstancias del caso para determinar la licitud del acuerdo, en función de sus fines y efectos.³⁸¹

En este sentido, la posibilidad de sancionar prácticas monopólicas por el objeto o intencionalidad de las mismas, responde a que no en todos los casos será exitoso el intento de los agentes económicos por monopolizar un mercado. Pero el hecho de que el agente económico fracase en sus esfuerzos por realizar una conducta anticompetitiva, no impide establecer su responsabilidad por el objeto de su conducta e imponerle las sanciones correspondientes.

Ahora bien, así como en el caso de las prácticas monopólicas sancionadas por efectos, es necesario acreditar un nexo causal entre la práctica imputada y la consecuencia en los mercados. Para efectos de determinar si el objeto de la conducta analizada es contraria a la LFCE, debe existir un nexo entre la conducta y el resultado esperado, que confirme la afectación a la competencia en los mercados.³⁸² Es decir, debe determinarse si la conducta razonablemente tiene un propósito de afectar la competencia en los mercados a través de desplazar, impedir el acceso o generar ventajas exclusivas. La LFCE prohíbe este objeto o

³⁸¹ Resulta aplicable la tesis "**PRÁCTICA MONOPÓLICA RELATIVA. PARA SU DEMOSTRACIÓN DEBE ACUDIRSE A LA 'REGLA DE LA RAZÓN.'**" Época: Décima Época. Registro: 2004949. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXVI, Noviembre de 2013, Tomo 2. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.35 K (10a.). Página: 1373.

³⁸¹ En el estudio de las prácticas monopólicas relativas, en forma consistente con la práctica internacional, se aplica un estándar identificado como regla de la razón (rule of reason). En términos generales, este estándar establece que para que una conducta resulte ilícita debe acreditarse que afecta el proceso de competencia. Consultar la tesis con Número de Registro: 2012165. Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro 32. Tomo III, Julio de 2016. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.1o.A.E.163 A. Página: 2181.

³⁸² Se aportan referencias sobre el estándar adoptado en el Unión Europea para determinar que una conducta tiene un "objeto" anticompetitivo. Incluso, las decisiones recientes de la Corte General de Unión Europea recomienda que para acreditar el "objeto" anticompetitivo de una conducta, en particular en el caso de Allianz señaló:

"36. Para determinar si un acuerdo tiene «por objeto» restringir la competencia, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe (véanse las sentencias antes citadas *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros*, apartado 58; *Football Association Premier League y otros*, apartado 136, y *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, apartado 35). Al apreciar dicho contexto, procede tomar también en consideración la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes (véase la sentencia *Expedia*, antes citada, apartado 21 y jurisprudencia citada)."

Documentos disponibles en:

TRIBUNAL DE JUSTICIA, Sala Primera (14 de marzo de 2013) en el asunto C 32/11.

Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d574abe44a497340f58730de2f96b2aafa.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaN4Se0?text=&docid=135021&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=232561>; y <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-32/11>.

NERA (2015), The Object of my Effect: The Role of Economics in Restrictions "By Object" in the European Union. Disponible:

http://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/PUB_Restrictions_By_Object_0915.pdf.

efecto en las conductas previstas en el artículo 10 porque generarían un efecto de *cierre* en los mercados, a favor de quienes realizan la conducta y en detrimento de la capacidad de otros participantes de competir o entrar a los mercados. Las conductas que tienen por objeto o efecto generar un *cierre* en los mercados tiene un efecto contrario a la competencia cuando afecta o restringe *significativamente* esa capacidad de otros agentes económicos para competir, por ende, no se requiere que el *cierre* de los mercados sea total, sino que basta acreditar que es *significativo* al grado de poder restringir la capacidad de otros agentes económicos para competir en los mercados en los que la conducta se realiza y repercute o puede repercutir. Precisamente, en esto radica la intencionalidad de la conducta.³⁸³

De hecho, la comisión de conductas con el solo objeto de desplazar o de impedir el acceso de competidores actuales o potenciales, puede constituirse en barreras a la entrada cuando constituye un indicador creíble por parte de un agente económico con poder sustancial, sobre el comportamiento que tendrá en el mercado ante la entrada o intento de crecimiento de un competidor.

En este caso, esta autoridad encuentra elementos en el Expediente que acreditan que la conducta analizada tiene el objeto de desplazar a los OSTM competidores de Telcel en el Mercado Relevante; y en los Mercados Relacionados, se acredita el objeto de desplazar e impedir el acceso de esos OSTM. Los elementos que sustentan esta conclusión se presentan a continuación.

8.5.1. Importancia de la red BLM

Durante el Periodo de Exclusividad, la red de distribución de BLM contaba con el mayor número de puntos de venta para la distribución y/o comercialización de tiempo aire y, no sólo eso, sino que además tenía la mayor expectativa de crecimiento. Sobre este punto, se advierte que en dos mil catorce BLM contaba con “Confidencial”) puntos de venta, y tenía la posibilidad de crecer a cerca de setecientos mil puntos que abarca la red de Grupo Bimbo.³⁸⁴

Este crecimiento también se observa en la penetración de la red de BLM en los municipios del país. En específico, en el año dos mil nueve BLM tenía presencia en “Confidencial”. Sin embargo, el crecimiento real se observa a partir del año dos mil doce, cuando llegó hasta “Confidencial” mientras que para dos mil catorce alcanzó los “Confidencial” municipios de México.³⁸⁵

³⁸³ Ver “*Unilateral Conduct Workbook. Chapter 5: Exclusive Dealing*”, página 18, párrafo 49, donde la International Competition Network (Red Internacional por la Competencia) establece que “De cualquier forma, acuerdos de exclusividad que cierran una menor proporción del total de un mercado relevante, pueden ser anticompetitivos se se aplican a canales de distribución o fuentes de acceso que son particularmente importantes para la entrada de nuevos competidores o la expansión de los competidores actuales”. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc906.pdf>

³⁸⁴ Folio 40467.

³⁸⁵ Folios 15434, 31450, 36407 y 38290.

Por otra parte “Microrecargas” y Oxxo, los competidores más cercanos de BLM, cuentan con una presencia en municipios menor a la mitad de BLM. En específico, para el año dos mil doce “Microrecargas” operaba en “Confidencial” municipios y para dos mil catorce llegó a las “Confidencial” municipios. Por su parte, Oxxo —en el mismo periodo— tuvo establecimientos en “Confidencial” y para dos mil catorce alcanzó los “Confidencial” municipios.³⁸⁶

Por lo antes expuesto, se identifica que la existencia de sustitutos para los puntos de venta afiliados a la Red Qiubo, podrían estar disponibles sólo para un segmento de los municipios y localidades del territorio nacional que exhiben densidades poblacionales altas y moderadas. En el mismo sentido, el negocio principal de Oxxo no es el mismo que el de BLM, por lo que a pesar de su presencia en una proporción importante de municipios y localidades no puede esperarse que se expanda al mismo tipo de localidades o municipios que BLM. De lo anterior, se colige que previsiblemente BLM es el único operador con presencia significativa en localidades con densidades poblacionales bajas.³⁸⁷

De lo expuesto, se desprende que son hechos conocidos las localidades en las que operan BLM, Microrecargas y Oxxo y que no atienden a las mismas localidades o municipios tanto por número como por perfil demográfico. Por ende, es posible concluir que Telcel haya buscado celebrar la exclusividad con el objeto de desplazar indebidamente a otros OSTM de las localidades con el perfil demográfico descrito.³⁸⁸

Derivado del convenio de colaboración celebrado entre BLM y Grupo Bimbo el veintitrés de febrero de dos mil once, BLM tiene potencial acceso a la capacidad

³⁸⁶ Folios 40539 y 40540.

³⁸⁷ Sirven de referencia los elementos empleados para describir a BLM, Microrecargas y Oxxo.

³⁸⁸ Sirve de apoyo la siguiente jurisprudencia: “**COMPETENCIA ECONÓMICA. LA PRUEBA INDIRECTA ES IDÓNEA PARA ACREDITAR, A TRAVÉS DE INDICIOS, CIERTOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS A PARTIR DE LO QUE SE CONOCE COMO LA MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE, RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE EMPRESAS QUE HAN CONCERTADO ACUERDOS PARA LLEVAR A CABO PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.** En materia de competencia económica es difícil establecer con precisión cómo se ha concertado un acuerdo o llegado a un comportamiento anticompetitivo, dado el cuidado que los interesados ponen para velar u ocultar cualquier vestigio de ello, por lo cual es evidente que, en la mayoría de los casos, no puede encontrarse prueba directa de la conducta desplegada por el agente o agentes involucrados, ni de todos los detalles que, por obvias razones, se ocultan u oscurecen, para lo cual debe hacerse una labor de enlace o administración de **diversos hechos conocidos para extraer una presunción o hipótesis a partir de un indicio, y derivar inferencias basadas en la experiencia que lleven al conocimiento del hecho principal**, sin que pueda exigirse un mayor rigor en el acreditamiento de circunstancias y móviles, dada su naturaleza. En ese orden de ideas, acorde con lo dispuesto tanto en la Ley Federal de Competencia Económica como en su reglamento, la prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios suficientes, administrados con enunciados generales, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas; pues es de esperarse que los actos realizados por esas empresas para conseguir un fin contrario a la ley, sean disfrazados, ocultados, seccionados, diseminados a tal grado que la actuación de la entidad, como tal, se haga casi imperceptible y ello haga difícil, cuando no imposible, establecer mediante prueba directa la relación que existe entre el acto realizado y la persona moral o entidad a la que pretenda imputarse su realización”.

Registro No. 168495. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Noviembre de 2008 Página: 1228. Tesis: I.4o.A. J/74. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa.

de distribución de Grupo Bimbo que en dos mil trece contaba con más de setecientos mil puntos de venta.³⁸⁹

Es decir, que ante la exclusividad de AMX y Telcel con BLM efectivamente existía una expectativa razonable de que Telefónica se pudiera ver desplazado del Mercado Relevante, al no poder vender tiempo aire al distribuidor más grande del país ni comercializar a través de su red. En el mismo sentido, existía la posibilidad de que la Denunciante se viera desplazada o impedida de acceder de forma sustancial a los Mercados Relacionados, definidos como la venta minorista de tiempo aire en aquellas zonas geográficas donde el único punto de venta en un rango de dos punto cinco (2.5) kilómetros era de BLM.

8.5.2. La exclusividad no fue solicitada por BLM

De las constancias que obran en el Expediente, se tiene por acreditado que la celebración del Contrato de Venta de Saldos en exclusiva, que formalizó la relación comercial de las Emplazadas con BLM, no responde a un interés de BLM, sino a los incentivos ofrecidos por AMX y Telcel, y más aún a presiones que estos agentes económicos ejercieron para evitar la comercialización de tiempo aire de otros OSTM, como se refiere en los incisos b) y c) anteriores.

Al respecto, como se refiere en el inciso a) arriba referido, AMX y Telcel inicialmente permitieron a BLM comercializar tiempo aire de Telcel bajo la modalidad de *multicarrier*, en lo que denominaron una “*prueba piloto*”.

Después, como se refiere en el inciso c) anterior, las Emplazadas informaron a BLM de su decisión unilateral de que en caso de seguir vendiendo tiempo aire de otros OSTM, la consecuencia sería la desconexión por lo que ya no podría tener acceso ni comercializar tiempo aire de Telcel.³⁹⁰

Así, a partir de febrero de dos mil doce Telcel manifestó a BLM que la “*prueba piloto*” debía terminar. Por lo tanto, BLM debía decidir si optaba por dejar de vender tiempo aire de Telcel en absoluto, o bien comercializar tiempo aire de ese concesionario en exclusiva desconectando al resto de OSTM. Esta circunstancia, obra en diversas comunicaciones electrónicas enviadas por personal de Telcel a BLM el catorce de febrero de dos mil doce en los siguientes términos:

“**Confidencial**” (...).³⁹¹ (énfasis añadido)

Posteriormente, a través de un correo electrónico de cinco de marzo de dos mil doce “**Confidencial**”:

“**Confidencial**”.

“**Confidencial**” (...).³⁹² (énfasis añadido)

³⁸⁹ Folio 39623.

³⁹⁰ Folios 4372, 4373 y 4374.

³⁹¹ Folios 4367 y 4368.

³⁹² Folio 4372.

Además, se verifica que la decisión de BLM para abandonar el esquema *multicarrier* y convertirse en distribuidor exclusivo de Telcel, no constituye un hecho aislado, sino que de acuerdo con manifestaciones expresas de las Emplazadas respondía al propósito de que sus distribuidores y/o comercializadores no vendieran tiempo aire de otros OSTM. Las Emplazadas se refieren a esta situación como una “regularización”.

Lo anterior, se observa en un correo electrónico de veinticuatro de febrero de dos mil doce, enviado “Confidencial” a “Confidencial” de BLM, donde se manifestó lo siguiente:

“Confidencial” (...)” (énfasis añadido).

Incluso, se advierte que el esquema de exclusividades resultaba abiertamente contrario al modelo de negocios de BLM, agente económico que buscó crear una plataforma amplia y abierta para incluir la mayor cantidad de productos y servicios que pudieran ser adquiridos o pagados por los usuarios finales.

Sobre el particular, “Confidencial”, Directora General de BLM, señaló en la Comparecencia HCT que:

*“Porque siempre ha sido el principio del modelo. De ser un multicarrier. De ser una plataforma abierta para todos los productos y servicios que le generen valor al punto de venta y a la empresa obviamente.”*³⁹³ (énfasis añadido).

Lo anterior, permite concluir que el esquema exclusivo no fue una iniciativa de BLM, sino de las Emplazadas.

8.5.3. AMX y Telcel ejercieron mecanismos de vigilancia y cumplimiento de la exclusividad

En el Expediente existen elementos de convicción que permiten concluir que Telcel tuvo la posibilidad de verificar y exigir el cumplimiento de la exclusividad, a través de dos mecanismos principales.

En primer lugar, y como resultado de su relación comercial con las Emplazadas, BLM celebró contratos con los comercios afiliados a su red, mediante los cuales impidió a los puntos de venta comercializar tiempo aire de otras compañías distintas de Telcel. En efecto, en estos contratos se observa lo siguiente:

“Confidencial”³⁹⁴

En segundo lugar, en diversos correos electrónicos Telcel advirtió a BLM sobre posibles incumplimientos en puntos de venta afiliados a su red. En estos correos, Telcel reiteró a BLM que en caso de presentar incumplimientos o incidencias sobre el acuerdo de exclusividad serían acreedores a una “penalización” y perderían el

³⁹³ Folio 26231.

³⁹⁴ Contrato BLM y sus comercios afiliados con vigencia del diecisiete de septiembre de dos mil trece. Folio 3842.

pago trimestral del “Confidencial” de las ventas generadas. En particular, en estos correos Telcel señaló lo siguiente:

“Confidencial”.

“Confidencial”³⁹⁵.

“Confidencial”

“Confidencial” (énfasis añadido).

Al respecto, es posible observar que estos mecanismos de vigilancia cumplían con su objeto, toda vez que en diverso correo se advierte que BLM explica la situación de diversos comercios, e incluso respecto de un punto de venta en particular denominado “Abarrotes Tenay” reconoce el incumplimiento, y solicita instrucciones a Telcel sobre cómo proceder con dicho establecimiento.

Para mayor claridad, a continuación, se presenta una imagen con el contenido íntegro de esta comunicación electrónica.

³⁹⁵ Folio 4450.

“Confidencial”

Así, no sólo se acredita que existían contratos mediante los que se impedía legalmente a los pequeños comercios la distribución y venta de tiempo aire de otros OSTM como Telefónica y Iusacell. Sino que, además, se concluye que Telcel tenía personal de campo encargado de verificar que todos aquellos establecimientos que vendieran tiempo aire de dicho concesionario no pudieran tener venta de saldo de otros OSTM.

De los indicios analizados en el presente apartado es posible llegar a la conclusión de que el objeto de la conducta imputada consiste en desplazar a los OSTM del Mercado Relevante, así como desplazarlos e impedirles sustancialmente el acceso en los Mercados Relacionados. La principal intención de la conducta consistió en impedir que la Red Qiubo comercializara tiempo aire de otros OSTM diversos de Telcel.

8.5.4. La conducta no responde a una racionalidad económica

Como se acredita en la sección 8.2.3 de esta resolución, Telcel ofertó y contrató con BLM comisiones por la venta de su tiempo aire en porcentajes superiores a los que otorgaba a otros canales de distribución. Telcel únicamente otorgó esas comisiones a BLM cuando aceptó tratar con exclusividad y, como resultado, desconectó a otros OSTM.

Desde la perspectiva de un OSTM, como Telcel, lo que tiene sentido económico es reducir el monto del pago de los servicios que contrata con terceros distribuidores de su tiempo aire —como se verifica en lo contratado con otros agentes económicos distintos a BLM. Un vendedor de tiempo aire como Telcel no tendría incentivos económicos a incrementar las comisiones a BLM, como ocurrió en el periodo previo al treinta y uno de marzo de dos mil doce. El incremento en las comisiones a BLM únicamente ocurrió a cambio de un acuerdo que resulta en el trato exclusivo con Telcel para la venta de su tiempo aire a través de su Red Qiubo y la consecuente exclusión de terceros OSTM.

En esta conducta no se advierte que el incremento en las comisiones otorgadas a Telcel —y la posible reducción en caso de incumplir con la exclusividad— atendieran a una racionalidad económica por parte de Telcel. Por el contrario, se advierte que el otorgamiento de este esquema de comisiones sólo tiene sentido como instrumento para incentivar que BLM cerrara el acceso de otros OSTM a su Red Qiubo.

8.6. Ausencia de Ganancias en Eficiencia

Finalmente, las Emplazadas manifestaron en sus escritos de contestación al OPR que las exclusividades pueden tener efectos pro competitivos en los mercados. Y en este caso particular, ocasionaron una fuerte expansión en la red de BLM aunado a que estuvieron relacionadas con el hecho de que BLM se convertiría posteriormente en Distribuidor Autorizado Telcel.

No obstante, de las constancias que integran en el Expediente, no se acreditan las manifestaciones de AMX y Telcel. Por el contrario, se advierte que la expansión en la red de distribución de BLM estuvo directamente relacionada con el convenio de colaboración o *joint venture* celebrado entre dicho distribuidor y Grupo Bimbo en el año dos mil once.

En específico, el veintidós de febrero de dos mil once, mediante la celebración de asambleas “Confidencial”.³⁹⁶

Como resultado de lo anterior, BLM recibió un importante ingreso de capital, pero además pudo comenzar a expandir su red a partir de la red de distribución de Grupo Bimbo, que es el agente económico dedicado a la comercialización de productos panificados más grande de México y el mundo. En este sentido, con base en información propia de Grupo Bimbo se estima que esta sociedad a octubre de dos mil trece contaba con setecientos mil puntos de venta en México. Es decir, que como resultado de la coinversión BLM tuvo la posibilidad de prestar

³⁹⁶ Folios 3634 a 3682.

sus servicios en puntos de venta afiliados a la red de Grupo Bimbo, y de ello deriva su pronta expansión.

En todo caso, la exclusividad de AMX y Telcel impidió a BLM atender a usuarios que tenían contratadas líneas telefónicas con otros OSTM bajo la modalidad de prepago. Esto, en lugar de facilitar y promover la expansión de la plataforma de BLM, pudo representar un factor restrictivo toda vez que podía ser utilizada, y por lo tanto demandada, por una menor cantidad de consumidores comparada con la cantidad de usuarios que podrían acceder en caso de que nunca hubiera existido la exclusividad.

Mediante escrito de dos de febrero de dos mil dieciséis, en respuesta al Oficio 071, BLM manifestó a este instituto lo siguiente:

“El éxito de esta “Confidencial””³⁹⁷.

“II. El modelo de negocios de Blue Label no es compatible con la provisión de un servicio en exclusiva.

“Confidencial”

Incluso, debe decirse que el no contar con una plataforma multicarrier implica una desventaja competitiva de mi Representada. (...)”³⁹⁸

En suma, la plataforma de servicios y pagos de BLM tiene la naturaleza de consistir en un mercado de dos lados; de tal forma, que la demanda de la *Red Qiubo* por parte de los usuarios finales y pequeños comercios se encuentra directamente relacionada en sentido positivo con el número de empresas afiliadas que permiten realizar pagos de sus servicios a través de esta plataforma. En otras palabras, a mayor cantidad de comercios afiliados a la Red Qiubo, la cantidad de usuarios que utilicen esta plataforma será mayor. Por lo cual, una restricción de exclusividad dificulta la consecución del desarrollo de BLM.

Por otra parte, se advierte que si bien BLM tenía la intención de participar en la comercialización de diversos servicios relacionados con telefonía móvil a través de la figura de un Distribuidor Autorizado Telcel, el Contrato de Venta Saldos y el incentivo de la exclusividad nunca estuvieron sujetos ni dependían de que BLM efectivamente adquiriera esta naturaleza comercial. De hecho, el Contrato de Venta de Saldos, cuya vigencia materialmente inició el treinta y uno de marzo de dos mil doce y se formalizó el veinticinco de junio de dos mil doce, surtió efectos con independencia de cualquier negociación para que BLM fuera Distribuidor Autorizado de Telcel y ambas negociaciones continuaron en cuerdas separadas, sin que se advierta que una dependía de la otra.

Estas dos posibles “razones” o “ganancias en eficiencia” señaladas por AMX y Telcel para justificar la exclusividad carecen de fundamento de negocios, pues nada impedía a las Emplazadas permitir a BLM la comercialización de tiempo aire de Telcel bajo la modalidad *multicarrier* y a la vez otorgar incentivos para reinvertir en

³⁹⁷ Folio 3890.

³⁹⁸ Folio 4034.

la plataforma de ese agente económico, e incluso facilitar su incursión como Distribuidor Autorizado Telcel en forma adicional a la continuidad de la Red Qiubo.

De hecho, en el Segundo Convenio Modificatorio al Contrato de Venta de Saldos, de primero de septiembre de dos mil catorce, mediante el cual se eliminó la obligación de BLM de ser exclusivo de Telcel, se observa que si bien se redujeron las comisiones de BLM también se otorgó a dicho distribuidor una comisión específica del “Confidencial”. Comisión que se comenzó a pagar cuando BLM transitó nuevamente a ser distribuidor *multicarrier*, y no cuando se desempeñaba como distribuidor exclusivo de Telcel y que además estuvo relacionada con la creación de centros autorizados de Telcel operados por BLM.

En específico, el convenio de referencia establece que:

“Confidencial”.

“Confidencial”.

Aunado a lo anterior, durante la exclusividad el Contrato de Venta de Saldos tampoco generó beneficios procompetitivos en favor de los pequeños comercios, o tenderos, pues no se advierten mejorías en las condiciones que BLM pactaba la prestación de servicios con los puntos de venta. Por el contrario, se redujo el número de productos o servicios que ofertaban al no poder vender tiempo aire de Telefónica y Lusacell, *so pena* de ser excluidos de la red de BLM. Este mismo efecto se presentó con los consumidores, quienes vieron limitadas sus opciones para recargar tiempo aire de Telefónica y Lusacell, en aquellos comercios afiliados a la red de BLM, y particularmente en los Mercados Relacionados. Es decir, que ningún eslabón de la cadena de distribución del tiempo aire de BLM tuvo beneficios como resultado de la exclusividad; la cual, únicamente estuvo enfocada a entorpecer la comercialización de tiempo aire de OSTM competidores de Telcel.

Por último, debido a que la plataforma y la red para la distribución y comercialización de tiempo aire eran propiedad de BLM, quien realizó toda la inversión necesaria para su creación y desarrollo junto con Grupo Bimbo, la exclusividad tampoco buscó o tuvo como objeto eliminar un efecto de “polizón”³⁹⁹ del cual se estuviera beneficiando Telefónica en perjuicio de Telcel. En este sentido, si la plataforma para la venta de tiempo aire hubiera sido desarrollada por Telcel, sería posible asumir que la exclusividad tuvo el objeto de evitar que Telefónica aprovechara esta infraestructura en detrimento de una inversión de las Emplazadas. Sin embargo, como ya fue precisado, la inversión de la plataforma fue realizada por BLM y su desarrollo exponencial se debe a la coinversión de Grupo Bimbo;⁴⁰⁰ por tanto, al establecer la exclusividad Telcel tampoco procuró proteger una inversión propia.

³⁹⁹ El efecto de “polizón” o “free rider” implica que, ante la falta de mecanismos de exclusión, un agente económico puede aprovechar en beneficio propio los costos o inversión realizados por otro agente económico.

⁴⁰⁰ En enero de dos mil once, BLM contaba únicamente con “Confidencial” puntos de venta, mientras que para agosto de dos mil catorce alcanzó “Confidencial”. Folio 25305.

8.7. Conclusiones del análisis

Con base en las premisas y conclusiones contenidas en este considerando, que se sustentan en los elementos contenidos en el Expediente, el Pleno del Instituto determina que:

- a) AMX y Telcel integran a un agente económico con poder sustancial en el Mercado Relevante definido como venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los OSTM a distribuidores y comercializadores en el territorio nacional;
- b) El Mercado Relevante es el principal medio para comercializar tiempo aire por recargas electrónicas a los usuarios finales, por lo que constituye un elemento importante para la capacidad de los OSTM para competir por los usuarios finales. Dentro del Mercado Relevante, se identifica que la Red Qiubo de BLM tiene puntos de venta en localidades donde previsiblemente no están presentes otros proveedores — lo que se concluye de la información que revela las asimetrías significativas en el número de puntos de venta y el tipo de localidades en la que esos puntos de venta se ubican. De tal forma que el acuerdo de exclusividad entre AMX, Telcel y BLM tuvo como propósito cerrar o impedir el acceso de otros OSTM a los puntos de venta afiliados a la Red Qiubo en forma total — en algunas localidades del territorio nacional (donde BLM era el único proveedor presente)— y significativa en otras (donde BLM era el proveedor más importante).
- c) Las Emplazadas, en ejercicio de su poder sustancial en el Mercado Relevante ofrecieron incentivos positivos y coercitivos a BLM para comercializar en exclusiva el tiempo aire de Telcel, a través de su Red Qiubo, y
- d) Se acredita que la conducta tuvo como objeto desplazar indebidamente a los OSTM que compiten con Telcel en el Mercado Relevante y del Mercado Relacionado que corresponde a los servicios minoristas de venta de tiempo aire en las localidades del país en las que, durante la existencia de la exclusividad, operó la Red Qiubo.

Esto es, que tuvo como objeto impedir a los OSTM competidores de Telcel que contrataran los servicios de la Red Qiubo de BLM que, en un conjunto de localidades del país, constituía el único proveedor de puntos de venta de tiempo aire a usuarios finales. Lo anterior actualiza el objeto de desplazar en el Mercado Relevante, pues el acceso a la Red Qiubo era un servicio que los OSTM competidores de Telcel tenían antes de la realización del acuerdo de exclusividad. También actualiza el supuesto de desplazar a los OSTM en los Mercados Relacionados, que corresponden a las localidades en las que BLM era el único operador presente. Además, actualiza el supuesto de impedir el acceso a esos Mercados Relacionados pues, a partir de la realización de la conducta, los OSTM competidores de Telcel no pudieron vender tiempo aire a los usuarios finales en las localidades donde el único

punto de venta disponible que prestara el servicio de recargas electrónicas (i.e. presente) estaba afiliado a BLM.

- e) Asimismo, se verifica que la conducta inició el treinta y uno de marzo de dos mil doce y continuó hasta el treinta y uno de agosto de dos mil catorce.

A este respecto, este Pleno se aparta de las conclusiones del OPR consistentes en determinar que la duración de la conducta concluyó el doce de agosto de dos mil catorce ante la entrada en vigor al día siguiente de la LFTR, cuyo artículo 208, segundo párrafo, fracción V, obliga al agente económico declarado preponderante en el sector de telecomunicaciones a *"(a)bstenerse de celebrar contratos de exclusividad para puntos de venta y de distribución, incluyendo la compra de tiempo aire, distintos a los del agente económico preponderante, que impidan u obstaculicen a otros concesionarios a acceder a dichos puntos de venta."*

Lo anterior, en virtud de que la LFCE seguía siendo una norma aplicable a la conducta, sin que la entrada en vigor de la LFTR la abrogara o limitara su ámbito de aplicación.

Ello de conformidad con lo dispuesto por los artículos Séptimo Transitorio del Decreto Constitucional y Sexto Transitorio del Decreto de la LFTR, conforme a los cuales, en tratándose de procedimientos iniciados previamente a la entrada en vigor de la LFTR (trece de agosto de dos mil catorce), este Instituto debe ejercer sus atribuciones conforme a lo dispuesto en el Decreto Constitucional y, en lo que no se oponga a éste, en las leyes vigentes en ese momento en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones.

No obstante, para efectos de la presente resolución, este Pleno únicamente puede resolver conforme a lo imputado en el OPR a las Emplazadas, pues de lo contrario transgrediría el principio de debido proceso.

Por lo anterior, esta autoridad determina que se tiene por acreditada la responsabilidad de AMX y Telcel en la realización de la práctica monopólica relativa prohibida en los artículos 8 y 10, párrafo primero y fracción VIII, de la LFCE.

En consecuencia, esta autoridad procede a determinar el monto de la sanción aplicable en los términos previstos en el artículo 35, fracción V, del mismo ordenamiento legal.

NOVENO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PECUNIARIA

9.1. Propósito

El propósito de la imposición de sanciones en materia de incumplimientos a la Ley Federal de Competencia Económica tiene una doble vertiente. Por un lado, busca sancionar aquellas conductas que resultan contrarias a los principios de competencia económica y libre concurrencia establecidos en el artículo 28, de la

CPEUM. Por otra parte, procura disuadir o desincentivar la realización de estas conductas de manera prospectiva.⁴⁰¹

Al imponer una multa por violaciones a la LFCE, esta autoridad debe observar que la sanción esté debidamente individualizada, considerando elementos objetivos y subjetivos. En el ejercicio de las facultades de sanción, la LFCE otorga un cierto grado de discrecionalidad, mas no arbitrariedad, lo que implica que la sanción esté debidamente fundamentada y motivada.⁴⁰²

9.2. Disposiciones y criterios aplicables

El artículo 35, fracción V, de la LFCE faculta a esta autoridad a imponer una multa **hasta** por el equivalente al ocho por ciento (8%) de los ingresos acumulables del agente económico directamente involucrado en la comisión de la práctica monopólica relativa.

Para individualizar adecuadamente la multa al caso que se sanciona, el artículo 36, de la LFCE, establece que es necesario tomar en consideración ocho factores: **i)** la gravedad de la infracción; **ii)** el daño causado; **iii)** los indicios de

⁴⁰¹ Véanse, por ejemplo, Unión Europea “*Fines for breaking EU Competition Law*” y “*Multas por incumplir el Derecho de la Competencia*” así como OCDE (2013) “*Sesión I: Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia*” disponibles respectivamente en:

http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_en.pdf;

http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf y

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)4&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)4&docLanguage=Es).

⁴⁰² “**COMPETENCIA ECONÓMICA. PARÁMETROS PARA QUE LA COMISIÓN FEDERAL RELATIVA CONSTRUYA LA REGULACIÓN PARA CALIBRAR LOS ELEMENTOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY DE LA MATERIA ABROGADA, QUE DEBE TOMAR EN CUENTA AL INDIVIDUALIZAR LAS MULTAS QUE IMPONGA.** El principio de *lex certa*, implica que tanto las sanciones como la metodología para aplicarlas deben preverse con un grado de precisión que prive al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, análogica o simplemente desviadora de la letra de la ley. Así, cuando la norma habilitante en derecho administrativo sancionador da pauta para muy amplias elecciones del operador, la aplicación del principio aludido exige la más completa, adecuada y precisa motivación, que puede estar acompañada de la emisión de reglas o principios que, a manera de autorregulación, gobiernen la elección, a efecto de reducir márgenes de arbitrio que puedan trascender en incertidumbre y contrarién el mandato de tipificación. En efecto, es un tema explorado en el derecho regulatorio, que si la delegación de facultades por el legislativo es ambigua, abierta o indeterminada, la agencia correspondiente queda facultada, merced a ello, para emitir disposiciones conducentes con el fin de acometer sus funciones. En este sentido, conviene destacar que la norma habilitante para que la Comisión Federal de Competencia Económica lleve a cabo su cometido en el tema de aplicar sanciones, es el artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica abrogada, lo que incluye definir y prever detalladamente, cómo calibrar los elementos contenidos en este precepto, a efecto de adjudicar consecuencias respecto de todos y cada uno de éstos; sin embargo, como esa disposición no describe algún método ni da pautas para conceptualizar, determinar ni concretar cada uno de los factores previstos para individualizar las multas que aquella imponga; ante tal laguna normativa sobre reglas o metodología, la solución debe buscarse en invocar y aplicar las mejores prácticas, así como referencias estadísticas basadas en un amplio arbitrio, correspondiendo al órgano regulador mencionado construir la regulación pertinente para conseguir ese propósito con el mayor grado de previsibilidad, a manera de complementar e instrumentar las condiciones de motivación. En consecuencia, al ser indiscutible la potestad conferida a la autoridad señalada para evitar, reprimir y sancionar severamente y con eficacia las prácticas monopólicas, a la par de que no existen lineamientos o un método específico para determinar ni concretar los aspectos cualitativos y cuantitativos de las infracciones sancionables, opera la regla que prescribe: a menor regulación se confiere mayor discrecionalidad y viceversa”. Época: Décima Época. Registro: 2015652. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 24 de noviembre de 2017 10:35 h. Materia(s): (Administrativa). Tesis: I.1o.A.E.218 A (10a.).

intencionalidad; **iv)** la participación del infractor en los mercados; **v)** el tamaño del mercado afectado; **vi)** la duración de la práctica o concentración; **vii)** la reincidencia o antecedentes del infractor, y **viii)** la capacidad económica del infractor.

Ambas disposiciones facultan a esta autoridad para determinar el monto o cuantía de la multa, sujeta a tomar en cuenta criterios específicos, que corresponda a esta conducta en particular.

9.3. Elementos para determinar la multa aplicable

En este apartado se presentan los indicadores y consideraciones específicas para aplicar los criterios establecidos en el artículo 36 de la LFCE a la práctica monopólica relativa que se sanciona en esta resolución, atendiendo al principio de proporcionalidad aplicable a las sanciones.⁴⁰³

9.3.1. Tamaño del mercado afectado, duración de la práctica y participación de los infractores

Tamaño del mercado afectado

Tal y como se acredita en la sección 8.5 del Considerando Octavo, la conducta tuvo como objeto causar el desplazamiento de los OSTM competidores de Telcel en:

- El Mercado Relevante que corresponde a la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los OSTM a los distribuidores y/o comercializadores, con una dimensión geográfica nacional.
- Los Mercados Relacionados que corresponden a las localidades del país en las que se comercializaban los servicios minoristas de venta de tiempo aire a través de Red Qiubo durante la exclusividad, operada por BLM, del treinta y uno de marzo de dos mil doce al doce de agosto de dos mil catorce; y donde los OSTM tenían el interés — por tener cobertura y demanda — de comercializar la venta de su tiempo aire.

⁴⁰³ Resultan aplicables, por analogía, los siguientes criterios judiciales: i) "*RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS JUDICIALES. CRITERIOS PARA QUE EN LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS POR CONDUCTAS QUE SE CONSIDEREN GRAVES, SE RESPETEN LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE LAS SANCIONES Y DE SEGURIDAD JURÍDICA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN ABROGADA)*," Décima Época, Registro: 2010203, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo IV, Materia(s): Administrativa, Tesis: XI.1o.A.T.58 A (10a.), Página: 4089; y ii) "*RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 81, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 13 DE MARZO DE 2002 EN EL ÁMBITO FEDERAL, VIOLA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES*," Novena Época, Registro: 167635, Segunda Sala, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Marzo de 2009, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a. XX/2009, Página: 477.

Como se acredita en la sección 8.3 de esta resolución, en el Mercado Relevante Telcel y otros OSTM concurren en la venta de tiempo aire en todas las localidades del territorio nacional. De acuerdo con constancias que obran en el Expediente, las recargas electrónicas constituyen la modalidad más importante en la comercialización de tiempo aire de los OSTM, incluyendo a Telcel.

Como referencia, en dos mil catorce Oxxo —que opera puntos de venta que oferta tanto recargas electrónicas como tarjetas físicas de prepago “Confidencial” uyeron como sigue: “Confidencial” través de recargas electrónicas; y el restante “Confidencial” se realizó a través de tarjetas físicas.⁴⁰⁴

Dentro de las recargas electrónicas que se comercializan a los usuarios finales, los principales canales identificados en el OPR en términos de puntos de venta distribuidos en el territorio nacional corresponden a la Red Qiubo operada por BLM, Microrecargas y Oxxo. También se identifica que entre los canales operados por estos y los demás participantes en el Mercado Relevante existen asimetrías significativas en el número de puntos de venta, distribución geográfica en el territorio nacional; y el propósito comercial de establecer puntos de venta en localidades con baja densidad poblacional y menores ingresos *per cápita*.

Tomando en consideración la significativa asimetría existente en el número de puntos de venta operados por los sustitutos de la Red Qiubo de BLM, se tiene evidencia indirecta de que razonablemente conducen a la conclusión de que existen localidades en el territorio nacional en las que los únicos puntos de venta disponibles eran los afiliados a la *Red Qiubo* operada por BLM. En esas localidades En consecuencia, la exclusividad impuesta por AMX y Telcel a BLM en la Red Qiubo que constituye la práctica monopólica relativa que se sanciona, previsiblemente afecta —por objeto— una porción del Mercado Relevante y los Mercados Relacionados.

Por *mercado afectado* debe entenderse los mercados en los que se identifique que la práctica monopólica relativa haya tenido impacto (por objeto o efecto), tal y como está establecido en el primer párrafo del artículo 10 de la LFCE.

Así, para efectos de individualizar la multa al tamaño de los mercados afectados, es necesario identificar el tamaño del Mercado Relevante y los Mercados Relacionados. La LFCE no obliga a enlistar y cuantificar con exhaustividad todos los mercados en los que el objeto o efecto *sea o pueda ser* uno prohibido en la norma aplicable. El artículo 62 del RLFCE permite a esta autoridad a resolver con base en la mejor información disponible.

Este elemento sirve al propósito de identificar el ámbito o alcance de los mercados afectados por el objeto o el efecto ilícito de la práctica monopólica relativa que deba sancionarse. En general, este ámbito puede determinarse a través de

⁴⁰⁴ Folios 15434 y 26909.

diversas variables (número de usuarios, ventas, ingresos, capacidad productiva u otras) y corresponde a esta autoridad seleccionar la variable que sea razonable en el caso por caso.

En el caso específico, la práctica monopólica relativa consistente en un acuerdo de exclusividad afectó actividades de comercialización, al mayoreo (en el Mercado Relevante) y al menudeo (en los Mercados Relacionados), de tiempo aire de los OSTM. En estas actividades, es razonable considerar tomar como referencia de tamaño de los mercados el monto de los ingresos obtenidos por esa comercialización.

Tal y como se acredita en la sección 8.5 de esta resolución, se tiene evidencia indirecta que permite acreditar que en el territorio nacional existen localidades donde previsiblemente los puntos de venta afiliados a la Red Qiubo operada por BLM, sujeta a la práctica monopólica relativa que se sanciona, constituyeron los únicos disponibles dentro del Mercado Relevante. Lo anterior, dado que las redes de venta de tiempo aire pertenecientes al Mercado Relevante previsiblemente no estaban disponibles, dadas las diferencias significativas en el número de puntos de venta operados y su perfil de distribución geográfica en el territorio nacional.

Al respecto, el Expediente no contiene elementos que permitan cuantificar con precisión el número de localidades en los que los puntos de venta de BLM fueron los únicos disponibles durante el periodo de la práctica monopólica relativa que se sanciona. Por ello, esta autoridad aplica un factor de 10% (diez por ciento). Este factor es razonable atendiendo las siguientes referencias:

- En los canales que operan en la modalidad de bancos, se cuenta con un hecho notorio⁴⁰⁵ en el que se identifica que el número total de puntos de venta reportados (incluye sucursales, corresponsales y cajeros) es de seiscientos treinta y dos mil novecientos noventa y tres (632, 993) y, al menos hay uno de estos puntos en el 73% (setenta y tres por ciento) de los municipios del territorio nacional. En su distribución se identifica que los cajeros automáticos y las sucursales bancarias tienen presencia en 69.0% (sesenta y nueve por ciento) de las localidades, que previsiblemente corresponden a localidades con características demográficas de alta densidad poblacional. Los puntos de acceso asociados con los corresponsales bancarios agregan una penetración de 4.1% (cuatro punto uno por ciento) que pueden incluir localidades con características demográficas de baja densidad poblacional, en las cuales es posible que coincidan parcial — pero no totalmente— con las localidades en las que opera la Red Qiubo de BLM.
- BLM tiene presencia en “Confidencial”) de los municipios del territorio nacional que, por su distribución y perfil de penetración, incluyen en mayor

⁴⁰⁵ Consejo Nacional de Inclusión Financiera (2014), “Reporte de Inclusión Financiera”, sección 2: Canales de Acceso, página 45.

proporción localidades con características demográficas de baja densidad poblacional.

- Microrecargas apenas tiene presencia en “Confidencial”) de las localidades. Por su parte, Oxxo tiene una presencia en “Confidencial”).

Estos datos permiten concluir por aproximación que, aún y cuando existiera un traslape de las otras redes que forman parte del Mercado Relevante con la Red Quiubo de BLM, esta exhibe una diferencia significativa en las capacidades de cobertura y, razonablemente, el número de municipios en los que BLM operó los únicos puntos de venta. Por lo anterior, esta autoridad considera razonable aproximar al 10% (diez por ciento) del indicador de ingresos que emplea para dimensionar el tamaño del mercado afectado, en beneficio de los infractores.

Participación de los Infractores en el mercado

Considerando lo anterior, con base en la mejor información disponible en el Expediente, la parte del Mercado Relevante afectada por el objeto de la práctica monopólica relativa se aproxima a las ventas de tiempo aire de Telcel a través de BLM durante el periodo de la conducta.

Duración de la práctica monopólica relativa

El periodo de la exclusividad sólo puede sancionarse por el periodo transcurrido del treinta y uno de marzo de dos mil doce al doce de agosto de dos mil catorce, en los términos imputados en el OPR que se acreditan con las constancias que obran en el Expediente.

Esto es, la conducta sancionada tuvo una duración de dos años con cuatro meses y doce días. Así, el monto del pago realizado por Telcel a BLM durante el periodo de la práctica monopólica relativa que se sanciona, constituye un indicador del valor de la parte del mercado afectado a lo largo del tiempo por la conducta que se sanciona. Toda vez que esta información se reportó sobre bases mensuales, para los meses de marzo de dos mil doce y agosto de dos mil catorce se considera la parte proporcional a un día y doce días, respectivamente.

A continuación se presentan las ventas de tiempo aire que realizó BLM, en las que se observa un crecimiento importante a partir del año dos mil once, dicho crecimiento se atribuye al *joint venture* con Grupo Bimbo.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ En el Expediente se advierte que el exponencial crecimiento de la red de distribución de BLM, no se debe a la exclusividad celebrada con las Emplazadas, sino a un convenio de colaboración o *joint venture* celebrado entre ese agente y Grupo Bimbo.

Tabla. Estimaciones de la porción afectada del Mercado Relevante

| Año | 2009 | 2010 | 2011 | 2012* | 2013* | 2014* | 2015 |
|---|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|
| Monto de los ingresos obtenidos por BLM por la VTA a Telcel | "Confidencial" |
| Puntos de venta de BLM | "Confidencial" |

*Años en que BLM no vendió tiempo aire de competidores de Telcel, como resultado de la práctica monopólica relativa sancionada cuya realización se sanciona en el periodo comprendido del 31 de marzo de 2012 al 12 de agosto de 2014. En este cuadro se reporta el monto de los ingresos anuales reportados y en el siguiente se presentan los ajustes por la temporalidad de la conducta.

Fuente: Estados financieros BLM e información presentada por BLM

Tabla. Estimación del valor de las ventas de BLM ajustadas por el periodo de la conducta sancionada

| | 2012 Del 31 de marzo al 31 de diciembre | 2013 Del 1 de enero al 31 de diciembre | 2014 Del 1 de enero al 12 de agosto | Total |
|---|---|--|---|----------------|
| Valor de las ventas de tiempo aire de BLM a Telcel en el periodo de la conducta | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" | "Confidencial" |

Tabla. Valor de las ventas de Telcel a BLM ajustadas por el periodo de la conducta sancionada y por la proporción de localidades en las que razonablemente se estima que BLM operó los únicos puntos de venta

| | | |
|-----------------------|---|----------------|
| Monto de los ingresos | Proporción del mercado en el que se aproxima con razonabilidad que la Red Qiuvo afectada por la práctica monopólica relativa operó los únicos puntos de venta en el Mercado Relevante | Total |
| "Confidencial" | 10% | "Confidencial" |

De aplicar los elementos anteriores, se estima un monto de "Confidencial" MXN ("Confidencial"MXN). Este monto sirve de base para aplicar los demás criterios previstos en el artículo 36 de la LFCE.

9.3.2. Daño causado

Es importante recordar que en el OPR y en el proyecto de resolución se imputa responsabilidad a AMX y Telcel por el objeto de desplazar a otros agentes en el Mercado Relevante, así como desplazarlos e impedir su acceso a los Mercados Relacionados.

Esto es, lo que se sanciona de la práctica monopólica relativa es la ilicitud en la intención o propósito de AMX y Telcel al celebrar la exclusividad para desplazar del Mercado Relevante y de los Mercados Relacionados a los OSTM competidores.

De conformidad con lo anterior y, considerando que la responsabilidad se imputa por objeto y no por efecto, en beneficio de las Emplazadas, se aplicará un porcentaje del 10% (diez por ciento) sobre el valor de las ventas ajustadas de Telcel a BLM para estimar un monto base a partir del cual se aplicarán los demás criterios previstos en el artículo 36 de la LFCE para individualizar la multa.

A ese monto se aplicará un elemento disuasivo que desaliente futuras conductas prohibidas por la LFCE por parte de las Emplazadas correspondiente a 15% (quince por ciento).⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ Este criterio es consistente con la práctica en México e internacional. Véanse como referencias: Comisión Europea (Noviembre, 2011), Multas por incumplir el Derecho de la Competencia, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf. CFC (2011), Proyecto de Criterios Técnicos para la Imposición de Multas en Materia de Competencia Económica. Comisión Europea (Noviembre, 2011), Multas por incumplir el Derecho de la Competencia

| Ventas afectadas | Factor proporcional al daño | Elemento disuasivo | Monto resultante |
|------------------|--|--|------------------|
| "Confidencial" | 10% "Confidencial" * 10%) "Confidencial" | 15% adicional "Confidencial" * (1+15%) "Confidencial" | "Confidencial" |

Por tanto, se estima que el daño asociado con el objeto de la práctica monopólica relativa —ajustado por un factor disuasivo— resulta en un monto de "Confidencial"

9.3.3. Indicios de intencionalidad y gravedad de la infracción

La gravedad de la infracción y los indicios de intencionalidad se consideran de manera conjunta debido a que normalmente ambos factores se encuentran íntimamente interrelacionados.⁴⁰⁸

De las constancias que integran el expediente en que se actúa, se desprende con claridad que AMX y Telcel tuvieron una intencionalidad plena de llevar a cabo la conducta, consistente en ofrecer y otorgar incentivos a BLM para evitar la comercialización de tiempo aire de sus competidores a través de la *Red Qiubo*, tal y como se señala a continuación:

- a) Al realizar el convenio de exclusividad, Telcel reveló la intención de desplazar a sus competidores en los puntos de venta de la Red Qiubo, así como restringir las posibilidades de que los usuarios tuvieran acceso a la compra de tiempo aire en las localidades donde la Red Qiubo tiene presencia;
- b) AMX y Telcel en ejercicio de su poder sustancial establecieron incentivos positivos y coercitivos, como se acredita en la sección 8.1 de esta resolución, que causaron que BLM comercializara con exclusividad el tiempo aire de Telcel; y abandonara un esquema de comercialización multicarrier;
- c) Durante la vigencia de la exclusividad, AMX y Telcel hicieron efectivos mecanismos de verificación y cumplimiento del Contrato de Venta de Saldos, procurando que no se vendiera tiempo aire de sus competidores en los puntos de venta de BLM. Incluso, precisaron a BLM en reiteradas ocasiones que si no se corregían las incidencias detectadas perderían el pago de los incentivos acordados, y
- d) Finalmente, se advierte que la exclusividad no concluyó por iniciativa de AMX y Telcel, sino que concluyó a solicitud de BLM mediante una misiva enviada por

⁴⁰⁸ Ibídem.

“Confidencial”, el veintitrés de diciembre de dos mil trece, en su calidad de Directora General de BLM.

Por lo anterior, se concluye que en este caso se tiene plenamente acreditada la intencionalidad de AMX y Telcel de realizar la conducta que se sanciona.

Por otra parte, la conducta realizada AMX y Telcel se considera grave debido a que:

- a) Transgrede disposiciones de la LFCE que es de orden público e interés social;
- b) Estuvo directamente relacionada con la provisión de un servicio público de interés general, ya que para hacer uso del servicio de telefonía móvil en la modalidad prepago es requisito indispensable adquirir tiempo aire;⁴⁰⁹
- c) Afectó principalmente la comercialización de tiempo aire en la modalidad de prepago del servicio de telefonía móvil. De acuerdo con constancias que obran en el Expediente, en el Mercado Relevante se comercializó al mayoreo tiempo aire que derivó principalmente de la demanda de los usuarios finales que emplean esquemas de prepago.⁴¹⁰

En relación a los esquemas de pago, como hecho notorio,⁴¹¹ se tienen datos de dos mil quince en los que se observa que el 45.7% (cuarenta y cinco punto siete por ciento) de los usuarios de prepago pertenecen al grupo económico de menor nivel de ingreso, el 33.4% (treinta y tres punto cuatro por ciento) al grupo económico de ingreso intermedio y el 21% (veintiuno por ciento) al grupo económico de mayor nivel de ingreso.

- d) El convenio no era favorable para BLM: Telcel, con su participación en el Mercado Relevante de “Confidencial”) en dos mil doce, se sabía con un alto

⁴⁰⁹ Resulta aplicable el criterio judicial “**RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES. CONFORME A LAS LEYES QUE LAS REGULAN, NO CONSTITUYEN UN SERVICIO PÚBLICO, SINO ACTIVIDADES DE INTERÉS PÚBLICO, POR LO QUE LAS CONCESIONES QUE SE OTORGAN SON SOBRE BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO.** En atención a que conforme a los artículos 2o. y 4o. de la Ley Federal de Radio y Televisión, y 5o. de la Ley Federal de Telecomunicaciones, los servicios de radiodifusión, que comprende a la radio y televisión abiertas, al igual que los servicios de telecomunicaciones que, entre otros, comprende a la radio y televisión cerrada o restringida, no constituyen un servicio público, sino actividades de interés público que el Estado debe proteger y vigilar para el debido cumplimiento de su función social, es indudable que las concesiones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión se otorgan sobre bienes del dominio público de la Federación. En términos del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Novena Época, Registro: 170629, Instancia: Pleno, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Diciembre de 2007, Constitucional, Administrativa. Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, Tesis: P./J. 641/2007, Pág. 1093.

⁴¹⁰ Folio 5330 y 40487 del Expediente.

⁴¹¹ “ANÁLISIS SOBRE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA NACIONAL SOBRE DISPONIBILIDAD Y USO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN LOS HOGARES” (ENDUTIH) 2015, página 27. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/estadisticas/analissobrelosresultadosdeendutih2015.pdf>.

poder que ejerció al ofrecer a BLM un convenio de exclusividad sujeto a la condición de no comercializar tiempo aire de otros OSTM. De acuerdo con las constancias que obran en el Expediente, para BLM este trato significaría perder el volumen de ventas de otros OSTM que, durante el periodo de la conducta, reportaban un promedio de mercado de “Confidencial”), lo que no sería compensado por el incremento en el “Confidencial”) más de comisión que Telcel le ofreció sobre su volumen de ventas. Lo anterior, se confirma con la solicitud de BLM de salirse del convenio de exclusividad.

- e) El daño asociado con el objeto de la conducta se identifica alto, pues involucra a todos los puntos de venta afiliados a la Red Qiubo que, en estimaciones de AMX y Telcel para dos mil catorce, eran aproximadamente “Confidencial” considerando que Bimbo en dos mil once adquirió el “Confidencial” BLM. A manera de referencia, en dos mil trece, Bimbo reportó tener una capacidad de distribución de aproximadamente 700,000 (setecientas mil) tiendas tradicionales.⁴¹²

- f) El tiempo establecido del contrato fue “Confidencial” años con posibilidad de prorrogarlo. En diciembre de dos mil trece BLM solicitó su terminación anticipada⁴¹³ y Telcel lo aprobó sujeto a la condición de ya no tener relación directa sino indirecta, a través de un Centro Autorizado Telcel y de reducir la comisión. Es en agosto de dos mil catorce cuando, a solicitud de BLM, concluyó el contrato de exclusividad con Telcel. Esta autoridad identifica que BLM tuvo esta capacidad —de contrarrestar el poder económico de Telcel y AMX — a partir de la entrada en vigor de la LFTR, cuyo artículo 208, fracción V, prohíbe expresamente la celebración de contratos de exclusividad para puntos de venta y distribución, incluyendo la venta de tiempo aire, al agente económico declarado preponderante en el sector de telecomunicaciones, del que forman parte AMX y Telcel.

- g) Finalmente, la adquisición de tiempo aire permite a los usuarios finales, entre otras cuestiones, disponer de servicios de datos móviles; es decir, acceder a Internet. Al respecto, la conducta de las Emplazadas resulta grave porque impidió — en unas localidades— y dificultó en otras, que los usuarios finales ejercieran de manera libre y oportuna el derecho de acceso a nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que permiten un libre

⁴¹² Folio 39623 del Expediente.

⁴¹³ El 23 de diciembre de 2013 de acuerdo con las constancias del Expediente.

intercambio de ideas, opiniones e información que contribuyen al desarrollo social.⁴¹⁴

De conformidad con lo anterior, se acredita que Telcel realizó la práctica monopólica relativa con intencionalidad, por lo que no resulta procedente aplicar atenuantes. Además, se considera que la conducta resulta de gravedad media porque Ise acreditó en uno de los canales de distribución que integran el Mercado Relevante y su objeto impactó en un subconjunto de los municipios que integran el territorio nacional. Por ello, se determina aplicar un factor de intencionalidad y gravedad de 20% (veinte por ciento), cuyo cálculo se presenta en la siguiente tabla.

| Valor del daño causado | Factor de intencionalidad Factor de gravedad (Por tratarse de una práctica monopólica relativa) | Monto de la Multa |
|------------------------|---|---|
| "Confidencial" | 1 + 20% (Multiplicador) | "Confidencial" · (1+20%) \$96,825,831.51 |

Por tanto, se estima que la multa debe ascender a noventa y seis millones ochocientos veinticinco mil ochocientos treinta y uno punto cincuenta y uno MXN (\$96,825,831.51 MXN).

9.3.4. Reincidencia o antecedentes

⁴¹⁴ Resulta aplicable por analogía la Tesis Aislada 2a. CII/2017 (10a.), con número de registro 2014515, emitida en la Décima Época. Instancia: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 43, Tomo II, Junio de 2017, página 1433, cuyo rubro y texto señalan: "**FLUJO DE INFORMACIÓN EN RED ELECTRÓNICA (INTERNET). PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MÍNIMA POSIBLE.** Atento a la importancia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación que permiten la existencia de una red mundial en la que pueden intercambiarse ideas y opiniones, conforme a lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para fomentar la independencia de esos nuevos medios y asegurar a los particulares el acceso a éstos, pues precisamente el intercambio instantáneo de información e ideas a bajo costo, a través del Internet, facilita el acceso a información y conocimientos que antes no podían obtenerse lo cual, a su vez, contribuye al descubrimiento de la verdad y al progreso de la sociedad en su conjunto, a lo que se debe que el marco del derecho internacional de los derechos humanos siga siendo pertinente y aplicable a las nuevas tecnologías de la comunicación; de hecho, puede afirmarse que el Internet ha pasado a ser un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión, atento a sus características singulares, como su velocidad, alcance mundial y relativo anonimato. Por tanto, en atención a ese derecho humano, se reconoce que en el orden jurídico nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos, existe el principio relativo a que el flujo de información por Internet debe restringirse lo mínimo posible, esto es, en circunstancias excepcionales y limitadas, previstas en la ley, para proteger otros derechos humanos."

De la información conocida por este Pleno, no se advierte que AMX y Telcel hayan sido sancionadas previamente por la realización de la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, fracción VIII, de la LFCE; por lo cual, no se satisfacen los supuestos de reincidencia previstos en el artículo 35, párrafos segundo y tercero de la LFCE.

9.3.5. Capacidad económica

Este criterio sirve como referente para identificar: (i) lo que el monto de la multa impuesta importa como proporción de la capacidad económica del infractor; y (ii) si el monto de la multa se encuentra por debajo del límite máximo establecido en la disposición aplicable, que en este caso correspondería a ocho por ciento de los ingresos de Telcel.

El artículo 22 de la CPEUM prohíbe la imposición de multas excesivas o confiscatorias, por su parte el diverso 36 de la LFCE, establece que al momento de fijar la multa correspondiente, la autoridad está obligada a considerar la capacidad económica del infractor.

Ahora bien, los ingresos reportados por AMX en el rubro de “Ingresos celulares” para el año dos mil catorce, de acuerdo con sus estados financieros corresponden a un monto de \$179,155,000,000.00 MXN (ciento setenta y nueve mil ciento cincuenta y cinco millones MXN).⁴¹⁵

En ese sentido, es dable considerar la cifra recién precisada como un elemento definitorio de la capacidad económica de los agentes económicos infractores en la medida en que Telcel es una empresa subsidiaria de AMX, y que asimismo aquélla representa para ésta los “Ingresos celulares”, en tanto es Telcel la concesionaria que presta servicios de telecomunicaciones móviles.

A manera de referencia, en dos mil catorce Telcel reportó ingresos por el concepto de “*Venta de Tiempo Aire*” que ascendieron a veintidós mil doscientos un millones cuatrocientos noventa y siete mil cuatrocientos sesenta y un MXN (\$22,201,497,461.00 MXN).

9.3.6. Límite legal máximo

La fracción V del artículo 35 de la LFCE establece que la multa aplicable por la comisión de una práctica monopólica relativa puede imponerse hasta por el 8% (ocho por ciento) de los ingresos del agente económico. El segundo párrafo de esta disposición establece que los ingresos a considerar serán los acumulables para el agente económico directamente involucrado, excluyendo los obtenidos de una fuente de riqueza ubicada en el extranjero, así como los gravables si éstos se encuentran sujetos a un régimen fiscal preferente, para los efectos del Impuesto Sobre la Renta del último ejercicio fiscal en que se haya incurrido en la infracción respectiva. De no estar disponible, se utilizará la base de cálculo correspondiente al ejercicio. Este parámetro constituye un límite legal máximo que esta autoridad

⁴¹⁵ Disponible en: <http://www.americamovil.com/sites/default/files/2016-07/4T14.pdf>

no debe superar al determinar la multa, atendiendo a las características específicas de la práctica monopólica relativa que se sanciona.

En la siguiente tabla se presenta la proporción que la multa específica, como proporción del límite legal establecido.

Espacio intencionalmente en blanco

| Capacidad económica de las Emplazadas "Ingresos Celulares" | 8% de la capacidad económica del infractor | Multa estimada | Porcentaje de la multa respecto a su capacidad económica |
|---|---|---------------------|--|
| \$179,155,000,000 MXN | (=179,155,000,000*8%) \$14,332,400,000.00 MXN | \$96,825,831.51 MXN | 0.676% |

Conforme a lo anterior, esta autoridad verifica que la multa de mérito representa 0.67% (cero punto sesenta y siete por ciento) de los "Ingresos celulares" reportados por los infractores en sus estados financieros.

Si se tomara el monto de los ingresos de Telcel en dos mil cuatro por las "Ventas de Tiempo Aire" como referente, el monto resultante de aplicar el máximo legal previsto sería de mil setecientos setenta y seis millones ciento diecinueve mil setecientos noventa y seis punto ochenta y ocho MXN (\$1,776,119,796.88 MXN). Respecto de este referente, la multa determinada correspondería apenas a un 5.45% (cinco punto cuarenta y cinco por ciento).

Con base en estos elementos, esta autoridad verifica que la sanción económica determinada para la práctica monopólica relativa no excede la capacidad económica de los infractores, ni tampoco constituye una multa confiscatoria de las prohibidas por el artículo 22 de la CPEUM.

9.4. Determinación del monto de la multa

El artículo 35, fracción V, de la LFCE establece un monto máximo aplicable en la imposición de multas que sancionan la realización de prácticas monopólicas relativas. Corresponde a esta autoridad determinar los valores atribuibles a cada uno de los criterios previstos en el artículo 36 de este ordenamiento, con el fin de determinar el monto razonable y proporcional para imponer una multa con efectos disuasivos.

Tabla. Aplicación de los criterios previstos en el artículo 36 de la LFCE a la práctica monopólica relativa que se sanciona en esta resolución

| Criterio | Estimaciones de monto | | | |
|--|---|---|--|---------------------------|
| Tamaño del mercado afectado | Se toman como referencia el monto reportado por Telcel en VTA a BLM en el periodo comprendido de abril 2012-12 agosto de 2014 | | | |
| Duración de la práctica | - Corresponden a datos mensuales que se ajustan a la duración de la conducta; - Incluyen la participación del infractor en el Mercado Relevante, ajustado al cond empleado para desplazar (BLM únicamente) | | | |
| Participación de los infractores (Telcel) | | | | |
| Monto resultante | | | | \$ "Confidencial por Ley" |
| Factor de ajuste por la proporción de los puntos de venta de BLM en donde es el único operador en el Mercado Relevante | | | | 10.00% |
| | | | | \$ "Confidencial por Ley" |
| Daño Causado | Se sanciona por objeto, se aplica un mínimo | | | |
| Se sanciona por OBJETO y aplica un factor mínimo | 10.00% | | | \$ "Confidencial por Ley" |
| Aplica un factor disuasivo (adicional) | 15.00% | | | \$ 80,688,192.93 |
| Indicios de Intencionalidad | | | | |
| Factor: se acredita intencionalidad de realizar la conducta con el objeto de afectar la competencia | 1 | | | \$ 80,688,192.93 |
| Gravedad de la Infracción | | | | |
| Factor (multiplicador) de 20% Por tratarse de una práctica monopólica relativa | 1 | + | 20% | \$ 96,826,831.61 |
| Elementos de Referencia | | | | |
| Ingresos de referencia | Monto | | Equivalente al Máximo legal permitido | |
| Ingresos Celulares reportados por AMX, BMV 2014 | \$ 179,155,000,000.00 | | \$ 14,332,400,000.00 | A |
| Ingresos Venta de Tiempo Aire, Telcel 2014 | \$ 22,201,497,461.00 | | \$ 1,776,119,796.88 | B |
| | A | | B | |
| Proporción de la multa, respecto al máximo legal previsto | 0.676% | | 5.452% | |

Cabe precisar, que el análisis anterior es consistente con las consideraciones empleadas, tanto por la extinta Comisión Federal de Competencia, así como por la Comisión Federal de Competencia Económica, al resolver los expedientes IO-002-2009,⁴¹⁶ DE-024-2010 y acumulado,⁴¹⁷ así como DE-015-2013.⁴¹⁸

Con base en los elementos anteriores, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite los siguientes:

IV. RESOLUTIVOS

PRIMERO. - De conformidad con lo analizado en el Considerando Tercero de esta resolución, se determina que los hechos denunciados no actualizan los supuestos previstos en las fracciones V y XI del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica aplicable a este procedimiento. En consecuencia, se decreta la conclusión de este procedimiento únicamente en lo que respecta a estos supuestos legales.

SEGUNDO. - De conformidad con el contenido de los Considerandos Cuarto a Octavo de esta resolución, se determina que América Móvil, S.A.B. de C.V. y Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. son responsables de realizar una práctica monopólica relativa prevista en el artículo 10, la fracción VIII, de la Ley Federal de Competencia Económica aplicable a este procedimiento, durante el periodo comprendido del treinta y uno de marzo del dos mil doce al doce de agosto de dos mil catorce.

TERCERO. - De conformidad con el contenido del Considerando Noveno de esta resolución, se impone una multa a América Móvil, S.A.B. de C.V. y Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. equivalente a noventa y seis millones ochocientos veinticinco mil ochocientos treinta y uno punto cincuenta y uno MXN (\$96,825,831.51 MXN).

CUARTO. - De conformidad con los elementos contenidos en el inciso **e)** de la sección 8.7 de esta resolución, se ordena dar vista a la Unidad de Cumplimiento de este Instituto de las constancias que obran en el Expediente para los efectos que haya lugar en términos de lo dispuesto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

La presente Resolución fue aprobada por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones en su XV Sesión Ordinaria celebrada el 12 de abril de 2018, por unanimidad de votos de los Comisionados Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar, María Elena Estavillo Flores, Mario Germán Fromow Rangel, Adolfo Cuevas Teja, Javier Juárez Mojica y Arturo Robles Rovalo; con fundamento en los párrafos vigésimo, fracciones I y III; y vigésimo primero, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 7, 16 y 45 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; 5 y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica; así como en los artículos 1, 7, 8 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo P/IFT/120418/293.

⁴¹⁶ Disponible en: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V85/19/1797812.pdf>

⁴¹⁷ Disponible en: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V75/9/1761112.pdf>

⁴¹⁸ Disponible en: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V167/3/3575352.pdf>