

La presente versión pública fue aprobada por el Comité de Transparencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones en su Novena Sesión Ordinaria, celebrada el 16 de agosto de 2018.



VERSIÓN PÚBLICA DE LA VERSIÓN ESTENOGRÁFICA

DE LA XV SESIÓN ORDINARIA DEL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, CELEBRADA EL 12 ABRIL DE 2018.

LEYENDA DE LA CLASIFICACIÓN

Fecha de Clasificación: 12 de abril de 2018. Unidad Administrativa: La Secretaría Técnica del Pleno elaboró versión pública de conformidad con los artículos 72, fracción V, inciso a); 98, fracción III, y 104 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública ("LFTAIP"); 107 y 110 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública ("LGTAIP"); los numerales Séptimo, fracción III, Octavo, Noveno, Quincuagésimo Primero al Tercero, Sexagésimo, Sexagésimo Primero y Sexagésimo Tercero de los Lineamientos Generales en materia de Clasificación y Desclasificación de la Información, así como para la Elaboración de Versiones Públicas ("LGCDI"); por contener Información Confidencial.

Datos que se clasifican	Características del documento y/o página donde se encuentran clasificadas	Fundamento de clasificación	Motivación de la clasificación
(I) Porcentajes de ventas e ingresos.	(I) Páginas 4, 10, 12 y 14. Se eliminan del audio los minutos y/o segundos correspondientes a las partes testadas en la versión estenográfica.	(I) Artículos 116, último párrafo de la LGTAIP; 113, fracción III de la LFTAIP, en relación con los numerales Trigésimo octavo, fracción II y Cuadragésimo, fracciones I y II de los LGCDI.	(I) La Información que se testa se considera confidencial por estar relacionada con el patrimonio de una persona moral.
(II) Información relacionada con el crecimiento de negocios.	(II) Página 14. Se eliminan del audio los minutos y/o segundos correspondientes a las partes testadas en la versión estenográfica.	(II) Artículos 116, último párrafo de la LGTAIP; 113, fracción III de la LFTAIP, en relación con los numerales Trigésimo octavo, fracción II y Cuadragésimo, fracciones I y II de los LGCDI.	(II) La Información que se testa se considera confidencial por estar relacionada con el patrimonio de una persona moral.

Firma y Cargo del Servidor Público que clasifica: David Gorra Flota, Secretario Técnico del Pleno.

-----Fin de la leyenda.

Ciudad de México, a 12 de abril de 2018.

Versión estenográfica de la Décima Quinta Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada en la Sala del Pleno del Instituto.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Buenas tardes, bienvenidos a la Décimo Quinta Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto.

Solicito a la Secretaría que verifique si existe quórum para sesionar.

Lic. Yaratzet Funes López: Sí, Presidente, buenas tardes.

Le informo que, con la presencia de los seis Comisionados en la Sala, tenemos quórum legal para llevar a cabo la sesión.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias.

En ese caso, someto a aprobación de los presentes el Orden del Día.

Quienes estén a favor sírvanse manifestarlo.

Lic. Yaratzet Funes López: Se aprueba por unanimidad, Presidente.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias.

Siendo las 6:24 decreto un muy breve receso.

(Se realiza receso en Sala)

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Siendo las 6:39 se reanuda la sesión.

Solicito a la Secretaría que verifique si continúa habiendo quórum para sesionar.

Lic. Yaratzet Funes López: Sí, Presidente.

Le informo que con la presencia de los seis Comisionados en la Sala podemos seguir con la sesión.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias.

El único asunto listado bajo el numeral 3.1, es la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto 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 Radio Móvil Dipsa, S.A. de C.V. en el expediente E-IFT/UCE/DGIPM/PMR/0006/2013.

Como es de su conocimiento, corresponde el turno de estos asuntos a un Comisionado Ponente, e informo a este Pleno que mediante oficio IFT/200/P/033/2018 de 21 de febrero del 2018, en estricto turno, con fundamento en el artículo 11 primer párrafo del Estatuto Orgánico y del Acuerdo P/IFT/EXT/160714/114, este asunto fue turnado a la ponencia del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, a quien le cedo la palabra.

Comisionado Adolfo Cuevas Teja: Gracias, Comisionado Presidente.

Colegas, compañeros del Instituto, tuve el privilegio de participar como ponente en la integración del proyecto de resolución que hoy sometemos a su consideración, y que resulta del trabajo, durante más de tres años, de otras áreas del Instituto Federal de Telecomunicaciones, originalmente nuestra Autoridad Investigadora y posteriormente la Unidad de Competencia Económica.

Los hechos que se refieren en el expediente, y que están plasmados en la resolución cuyo rubro ya leyó el Comisionado Presidente, se refieren a una denuncia presentada por empresas relacionadas con el Grupo Telefónica en octubre de 2013, denuncia por posible desplazamiento con motivo de actos desarrollados por América Móvil a través de Radio Móvil Dipsa, así como otros denunciados que, en su momento, estuvieron involucrados.

Cabe resaltar que este proyecto llega a ustedes porque, en el transcurso del desahogo del expediente, hubo un momento en que el IFT determinó un desechamiento que fue impugnado por vía judicial y que nos obligó a conocer el caso, con motivo del cual ya inició propiamente el desarrollo de la investigación por la autoridad del Instituto.

Y esta autoridad inició una investigación que desarrolló a través de los cinco periodos que le permite la ley entre octubre de 2014 y mayo del 2017, con motivo de lo cual, la Autoridad Investigadora consideró que había elementos para estimar que se había cometido una infracción en materia de competencia económica, violación de la ley de la materia.

Por lo cual, emitió el Oficio de Probable Responsabilidad en agosto de 2017 y fue notificado en septiembre del mismo año a América Móvil y Telcel; señalando el otorgamiento de parte de estas empresas...otorgamiento de incentivos a un grupo empresarial denominado BLM, con el requisito de que no

comercializaran o proporcionaran el tiempo aire a sus competidores; esto es, el objeto fue desplazarlos indebidamente del mercado relevante y desplazarlos indebidamente e impedirles sustancialmente su acceso a los mercados relacionados.

Esto es lo que consta en el Oficio de Probable Responsabilidad, imputándose la violación a la fracción VIII del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica del momento; nos estamos refiriendo a la ley previa a la que está actualmente en vigor.

El procedimiento seguido en forma de juicio inició en septiembre del 2017 con la notificación del OPR, y fue conducido por la Unidad de Competencia Económica, que declaró integrado el expediente que hoy conocemos a través de la resolución en febrero, el 15 de febrero del año en curso.

¿Cuáles son los hechos que quiero describir? El mercado relevante se determinó como el de recargas electrónicas de tiempo aire, la venta de tiempo aire a través de recargas electrónicas; este mercado es servido de distintos modos por agentes económicos en diversas modalidades.

Señalo las principales: está, por ejemplo, el tipo de compra de tiempo aire que se puede hacer en establecimientos comerciales, cadenas comerciales; también en tiendas de conveniencia, en establecimientos de comercio al menudeo, las pequeñas tiendas en los barrios; también, por supuesto en alguna medida, por el sector financiero a través de bancos y cajeros automáticos.

La afectación constituyó en que Grupo Bimbo le otorgó, al que con mucho es el principal proveedor de recargas electrónicas de tiempo aire electrónicas - que es BLM- incentivos para que le confiriera exclusividad, con ello evitando que BLM pudiera vender tiempo a competidores de Telcel como son, en su momento, los grupos Telefónica -que denunció- y Iusacell, que en ese momento era la marca, hoy ATT.

En este propósito, para este propósito, ofreció incentivos en un sentido positivo y también en un sentido negativo. En el sentido positivo, que es la forma usual en que se entienden los incentivos, otorgó mejoras en las comisiones que venía pagando para lograr la exclusividad; y, en sentido negativo, implementó una estrategia de advertencia de que, de no firmar en exclusiva, de cualquier manera, Telcel se negaría a venderle en lo sucesivo tiempo aire a BLM; esto es, constituye prácticamente una amenaza.

Los hechos centrales de este desplazamiento, que en la conducta imputada se señala por objeto, es decir, con la intención de desplazar a sus competidores,

se ve perfeccionada y acreditada en el expediente de manera suficiente a través de diversas actuaciones, indicios y pruebas directas e indirectas; me referiré en general a los hechos que tenemos en el expediente y que nos permiten demostrar que hubo esta intencionalidad de lograr la exclusiva que finalmente obtuvo.

Hay correos entre las empresas involucradas donde se hace el señalamiento de la posibilidad de pérdida de clientes si no firma, de perder como cliente a Telcel si no se firma la exclusiva; hay ofrecimientos de mejorar las comisiones firmando la exclusiva.

Hay comparecencias de la representante legal de BLM ante el Instituto, señalando que justamente esto ocurrió y que justamente ese era el propósito de la negociación que se sostenía con Radio Móvil Dipsa, con Telcel, con América móvil, y que la consecuencia sabida y manifestada por Telcel era que si no firmaba en exclusiva y si no dejaba de venderle entonces a los otros perdería a Telcel como cliente.

Esto es muy relevante y es parte de lo que nos permite acreditar el tipo legal que pide la ley aplicable en su momento, porque efectivamente podemos constatar a través de hechos ya conocidos, pero que vale la pena someramente mencionar: que Telcel, la empresa América Móvil, Radio Móvil Dipsa como concesionario, es un agente con poder sustancial en este mercado del que hablamos; es, con mucho, quien más tiempo aire vende en el mercado relevante, por encima del █████ del total de ventas de tiempo aire.

En este orden de ideas, me interesa referir los hechos jurídicos que están debidamente y puntualmente insertados en el proyecto de resolución, y que son: que hemos construido paso a paso un acreditamiento de la tipicidad, de que existió una conducta que tuvo por objeto desplazar indebidamente a sus competidores; hemos construido también para el mercado -esto en el mercado relevante que hablaba, el de recargas de tiempo aire electrónicas-, y en el mercado relacionado también, tanto el desplazamiento indebido como el impedir sustancialmente el acceso a competidores.

Pues de la misma manera se ha construido en el proyecto de resolución que tienen a la vista, los elementos que permiten cuantificar debidamente lo que corresponde como sanción pecuniaria por haber incurrido en esta conducta ilícita.

Quisiera que tuviese oportunidad la Unidad de Competencia Económica de tomar la palabra, Presidente, si usted así lo permite, para que abundara en argumentos de tipo económico que sustentan la resolución y la importancia de

la resolución que estamos proponiendo hoy se tome, y que es en el sentido – colegas- de declarar que existió esta conducta ilícita de parte de los agentes económicos imputados, y que esta conducta ilícita tuvo claramente como objeto, como intención, desplazar a competidores; que esta conducta ilícita no generó, de acuerdo al análisis económico correspondiente, ninguna ganancia en eficiencia, ni ésta fue demostrada en forma alguna por los imputados.

Y, además, en la parte de la multa hemos construido, de acuerdo a práctica nacional e internacional, una propuesta de sanción que considera el mercado afectado estrictamente en el sentido de aquel mercado que creó para sí en exclusiva Telcel en su relación con BLM.

Además, y dado que en la cuantificación de daño no podemos determinar a ciencia cierta, ni es necesario como estándar legal la afectación sufrida, hemos establecido elementos que parten también de la práctica, por ejemplo, de la Comisión Federal de Competencia Económica, que permiten racionalizar la imputación de daño a un nivel de descuento para entonces dar certeza de que no se lesiona derecho alguno de los imputados y, en este caso, de los probables sancionados.

El monto de la multa que así hemos construido asciende, colegas, y esa es la propuesta, a un monto de noventa y seis millones, ochocientos veinticinco mil ochocientos treinta y un pesos mexicanos, con cincuenta y un centavos; y toma en cuenta los elementos de intencionalidad y gravedad que también la ley de la materia nos refiere.

Evidentemente, y como fue del conocimiento oportuno de todos ustedes, el proyecto circulado en la convocatoria del Pleno fue actualizado a partir de los generosos y muy importantes comentarios que recibí de ustedes en lo personal, colegas, y de sus equipos de oficinas; les quiero agradecer especialmente lo valioso que resultaron para poder conformar un proyecto que estimo suficientemente sólido y apegado a derecho, para poder sancionar una conducta ilícita que dañó mercados y dañó la competencia en México.

Pediría, Comisionado Presidente si usted lo autoriza, a que pueda hacer uso de la palabra la Titular de la Unidad de Competencia Económica para abundar sobre algunos aspectos del proyecto.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Por supuesto, Comisionado, muchas gracias.

Georgina, por favor.

Lic. Georgina Kary Santiago Gatica: Gracias Comisionados.

Nada más para...reiteraré algunos de los elementos y, por instrucción del Comisionado Ponente, abundaré en algunos de los elementos económicos que nos permiten sustentar la acreditación de la práctica monopólica relativa, consistente en un acuerdo de exclusividad con incentivos que se prevé que actualiza el tipo legal establecido en la fracción VIII del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica aplicable a este expediente, que corresponde a la publicada en 1992 cuya última reforma fue de 2012.

De acuerdo con los elementos contenidos en el Oficio de Probable Responsabilidad y la evidencia contenida en el expediente, se verifica la responsabilidad de América Móvil y Telcel en la realización de un contrato de exclusividad denominado "Contrato de venta de saldos con BLM".

Aquí el elemento económico más relevante es la capacidad de BLM como canal de distribución en el mercado relevante que, en el caso particular, se identifica como la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los operadores de servicios de telecomunicaciones móviles a los distribuidores y comercializadores cuya dimensión geográfica es nacional.

Este mercado relevante es lo que generalmente reconocemos como ventas o recargas electrónicas de saldo, y se denomina "con dimensión geográfica nacional" porque los operadores de servicios de telecomunicaciones móviles negocian y contratan con los canales de distribución en esa dimensión para todos los puntos de venta; esto es, no se llevan a cabo negociaciones particulares por zonas geográficas.

En esta dimensión, BLM tuvo una *joint venture* previa con una de las cadenas, con uno de los agentes económicos que se distingue por tener puntos de venta de mayor penetración y con una distribución geográfica significativa en el territorio nacional, que es el Grupo Bimbo.

De tal forma que BLM tuvo oportunidad, antes de la realización de la conducta, de crecer sus puntos de venta a través de la "Red Qiubo"-así se denomina comercialmente su canal de distribución de recargas electrónicas-, tuvo un crecimiento significativo antes de enero del 2012 y lo continuó hasta 2015, que es lo que identificamos, una tendencia de crecimiento positiva en cuanto a puntos de venta.

Lo que acredita la evidencia contenida en el expediente es que Telcel deja de utilizar hacia fines de 2011... perdón, hasta abril... hasta febrero del 2011 deja de utilizar a un intermediario y se ocupa de las negociaciones directas con BLM

para establecer la relación comercial con BLM, y ahí es cuando empieza a ofrecer incentivos.

Utiliza las comisiones como elemento de negociación y, en marzo del 2012, establece esta condición que ya refería el Comisionado ponente, que era: o dejaba de ser multicarrier y prestar servicios a terceros competidores de Telcel en la venta de tiempo aire o dejaba de tener trato Telcel con BLM.

En esta situación, BLM entra al acuerdo de exclusividad aceptando las condiciones que le ofrece Telcel, y la conducta, los efectos de este acuerdo, ocurren desde el 31 de marzo del 2012 y concluyen, de acuerdo con lo imputado, el 12 de agosto del 2014.

Es importante hacer una referencia particular sobre el periodo de la conducta realizada, de acuerdo con lo imputado en el OPR, la Autoridad Investigadora señala que solamente lo imputa hasta el 12 de agosto del 2014; porque a partir del día siguiente entró en vigor la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión que incluye un tipo legal específico en su artículo 208, en la fracción V, que prohíbe expresamente a las personas pertenecientes al agente económico preponderante, realizar acuerdos de exclusividad y, en particular, señala sobre puntos de venta.

Es por esta razón que el OPR señala que, a partir de esa fecha, de la entrada en vigor de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, dejaba de ser aplicable la Ley Federal de Competencia Económica a los casos investigados.

En este proyecto de resolución se precisa que es un tipo legal distinto y, por tanto, también habría resultado o continuaría siendo aplicable el análisis de los hechos bajo la legislación de competencia económica, aún con la entrada en vigor de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Sin embargo, dado que ese fue el periodo imputado, este Pleno no tiene más que pronunciarse sobre ese ámbito de imputación, porque es frente a lo cual tuvieron las emplazadas su oportunidad de defensa y no se puede hacer una extensión temporal del imputado para efectos de determinar la sanción; y esa es la razón por la que debe resolverse que el periodo de la conducta fue del 31 de marzo del 2012 hasta el 12 de agosto del 2014.

También se entiende que esta conducta tuvo una afectación en lo que denominamos "mercados relacionados", esto es: si bien el acuerdo de exclusividad tiene como primer impacto el no permitir a terceros operadores móviles tener acceso a la red de BLM, lo que hace es que excluye de los puntos

de venta, a usuarios finales, la oportunidad de que esos operadores en su área de cobertura pudieran comercializar finalmente ese tiempo aire.

Y a estos los denominamos “mercados relacionados” y 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 la competencia de otros operadores móviles, 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”, que fue objeto del acuerdo de exclusividad.

La conducta se está imputando por actualizar uno de los objetos prohibidos en el primer párrafo del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica aplicable.

Al referirnos al objeto en este proyecto, lo que se identifica es que, efectivamente, de todos los elementos de la conducta se tiene suficiente evidencia indirecta para acreditar que no se trata sólo de la intencionalidad, sino de unos efectos nocivos que se advierten completamente en la conducta realizada por cerrar el acceso a competidores a un canal de distribución que resulta particularmente importante para la entrada de nuevos competidores o la expansión de competidores existentes en esa porción de las localidades donde otras redes o canales de distribución de recargas electrónicas no tenían presencia durante el periodo de realización de la conducta.

Con base en estos elementos es que se actualiza el tipo legal prohibido por la ley, esto es, los hechos sí actualizan lo previsto en la fracción VIII del artículo 10, sí están realizados por un agente económico con poder sustancial en el mercado relevante; y, además, se acredita que tienen el objeto, primero, de desplazar en el mercado relevante y, además, tienen el objeto de desplazar e impedir el acceso a otros agentes económicos en mercados relacionados.

Como mencionó el Comisionado ponente, la multa, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica aplicable, la multa debe individualizarse con base en los factores previstos y, en ese caso, el estándar aplicable es con suficiencia de prueba contenida en el expediente y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la multa, además de que hay un estándar de verificar que el monto de la multa no compromete a la viabilidad económica, esto es, debe considerar la capacidad económica de los infractores a la hora de ver el monto resultante.

En este caso, se identifica que el monto de la multa no supera el umbral máximo previsto en la Ley Federal de Competencia Económica para prácticas

monopólicas relativas, que está establecido en la fracción V del artículo 35 de la ley aplicable.

Eso es cuanto a lo que agregaría a la exposición del Comisionado Ponente.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias.

Está a su consideración el proyecto, Comisionados.

Comisionada María Elena Estavillo.

Comisionada María Elena Estavillo Flores: Gracias, Comisionado Presidente.

Brevemente para adelantar mi voto a favor de este proyecto que se nos presenta.

El proyecto lo veo bien sustentado, con los elementos requeridos para acreditar cada uno de los elementos que nos llevan a concluir que, efectivamente, se cometió esta práctica monopólica relativa; concuerdo con la identificación y la determinación del mercado relevante, de los mercados relacionados, donde, en ambos, se aprecia el objetivo de generar un efecto de exclusión de competidores.

Se nos hace una propuesta para determinar la multa, que también considero apropiada de acuerdo con los elementos que contamos en el expediente, donde se están considerando los diversos factores con los cuales se sustenta la intencionalidad, la gravedad, el tamaño del mercado afectado; con lo cual se llega a esta individualización que también aprecio correcta y apropiadamente sustentada con los elementos que están en el expediente.

Y, por lo tanto, pues repito, acompaño este proyecto en sus términos.

Gracias.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Gracias a usted, Comisionada Estavillo.

Comisionado Javier Juárez y después Comisionado Arturo Robles.

Comisionado Javier Juárez Mojica: Gracias, Presidente.

El artículo 10 fracción VIII de la Ley Federal de Competencia Económica aplicable a este caso, prevé como una práctica monopólica relativa 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.

Lo anterior, sujeto a que se compruebe que quien realice la práctica tenga poder sustancial en el mercado relevante del que se trate y que no se identifiquen ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia.

Sobre este punto, cabe destacar que en términos del último párrafo del artículo 10 de la ley aplicable, la autoridad analiza las ganancias en eficiencia que acrediten los agentes económicos, es decir, la carga de la prueba en este punto, para acreditar la existencia de ganancias en eficiencias, es de las emplazadas.

Considero que los elementos que obran en el expediente son suficientes para sostener la imputación de la Autoridad Investigadora y acreditar que las emplazadas son responsables de realizar la conducta prevista en la fracción VIII del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, aplicable en 2012.

Como primer punto, las emplazadas tienen poder sustancial en el mercado relevante conforme al artículo 13 de la ley aplicable, pues como se acredita en el expediente, su participación es superior al ■■■ en ingresos por venta de bolsas virtuales de tiempo aire y de suscriptores durante el tiempo en que ocurrió la conducta imputada; hay barreras de entrada consistentes en elevados costos para la instalación y operación de una red pública de telecomunicaciones, tales como elevados costos hundidos y de inversión en publicidad para tener presencia en el mercado relevante.

Dada su participación de mercado, es limitado el poder de los competidores, como se refleja en las comisiones que pagan a los distribuidores y comercializadores, y que son notablemente superiores a las que paga Telcel.

La marca Telcel se encuentra fuertemente posicionada en el mercado relevante, 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 aproximadamente ■■■ de los suscriptores de telefonía móvil en el país.

Por tanto, Telcel puede prescindir de múltiples distribuidores y/o comercializadores, sin embargo, estos no pueden dejar de vender tiempo aire de Telcel *so pena* de dejar de atender a un porcentaje mayoritario de las personas que adquieren tiempo aire mediante recargas electrónicas.

Por otro lado, se acredita también la realización de la conducta imputada conforme al artículo 10, fracción VIII de la ley aplicable, la intención de desplazar a los competidores de Telcel del mercado relevante e impedirles sustancialmente el acceso a mercados relacionados de consumo minorista de tiempo aire, donde existe escasa o nula posibilidad de sustitución de la red de BLM para la adquisición de tiempo aire en esta modalidad.

Lo anterior soportado por los elementos probatorios contenidos en el expediente, entre los que destacan: el contrato de venta de saldos celebrado entre Telcel y BLM; las labores de verificación por parte de América Móvil y Telcel para corroborar que solamente se comercializara tiempo aire de Telcel en los puntos de venta de BLM; la imposición de incentivos positivos y coercitivos ejerciendo poder sustancial, vía el ofrecimiento de mayores descuentos en caso de acceder a la exclusividad, y una penalización o disminución del porcentaje de comisión para BLM en caso de incumplir el contrato celebrado; correos electrónicos diversos de las partes involucradas, comparecencia de la Directora General de BLM.

Adicionalmente, en el expediente no se acredita la existencia de ganancias en eficiencia, ni muchos menos que esas ganancias pudieran superar los efectos anticompetitivos de la práctica.

Ahora bien, con respecto al objeto de la conducta, si nos vamos a la literalidad del artículo 10 tenemos como hipótesis normativa que el 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.

Al respecto, si bien es cierto que la imputación que realizó la Autoridad Investigadora es por el objeto y no por el efecto de la conducta, también lo es que existen algunos precedentes del Poder Judicial de la Federación, concretamente de Tribunales Colegiados de circuito, que establecen que debe hacerse un análisis integral del caso, ponderando tanto los beneficios como la afectación que se pudo ocasionar en el caso concreto; analizar si la práctica causa afectación a la libre competencia y pide la economía eficiente por la práctica del Agente Económico con poder sustancial.

En mi opinión, este análisis integral resulta útil para determinar el monto de una posible sanción, pues puede considerarse que forma parte de elementos como la gravedad de la infracción o el daño causado, en términos del artículo 36 de la Ley de Competencia aplicable.

Quiero referirme, en particular, en el cierre de mercado como supuesto para calificar una exclusividad como anticompetitiva, cito el proyecto:

“...las conductas que tienen por objeto o efecto generar un cierre en los mercados, tienen 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 en 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.”

Aquí vale la pena mencionar que, conforme mejores prácticas internacionales, se ha considerado que las exclusividades que cierran una menor proporción del mercado relevante pueden seguir siendo anticompetitivas si tienen efecto en canales de distribución o suministro, que son particularmente importantes para la entrada potencial de nuevos competidores o la expansión de los competidores actuales.

En el caso que nos ocupa, estamos hablando de la intencionalidad de cerrar mercados de manera parcial en el mercado relevante, e incluso, un cierre total en los mercados relacionados; pero además, con independencia de la participación de mercado que BLM pudiera tener en el mercado relevante, la conducta tuvo la intencionalidad de cerrar un canal de venta importante para la comercialización de tiempo aire en el segmento de prepago para consumidores, donde los únicos puntos de venta corresponden a BLM.

Respecto a lo anterior, la evidencia existente permite deducir que hubo áreas donde ocurrió el cierre total del mercado, pues no había sustitutos para la venta de tiempo aire, toda vez que la red de BLM era el único medio disponible.

Tal como se expresa en el proyecto, 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 competidores de Telcel, 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 menor al [REDACTED] de la “Red Qiubo”.

Por estas razones, con base en la información contenida en el expediente, considero que la conducta, en términos del artículo 10 fracción VIII de la ley aplicable, se encuentra acreditada.

En lo que respecta al monto de la sanción, toda vez que hay diversos criterios y precedentes que sustentan la discrecionalidad de la autoridad para la imposición de multas, siempre que se encuentren fundadas y motivadas, alejándose con ello de la arbitrariedad y tomando como referencia la información disponible en el expediente, considero razonable que la base para el cálculo sea resultado de un factor de ajuste geográfico que responde a los puntos donde sólo BLM era el único operador en mercado relevante, que se contemple un factor de ajuste por tratarse de una sanción únicamente por objeto y no por el efecto de la conducta y que, además de considerar la intencionalidad y gravedad de la conducta en tanto práctica monopólica relativa, se incluya también un factor disuasivo con el objeto de desincentivar futuras conductas ilegales.

Por estas razones acompañaré el proyecto con mi voto a favor.

Gracias.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Gracias a usted, Comisionado Juárez.

Comisionado Arturo Robles.

Comisionado Arturo Robles Rovalo: Gracias, Comisionado Presidente.

Efectivamente, lo que hoy debe concluir este órgano colegiado, a través de esta resolución, es la etapa seguida en forma de juicio de la investigación, la cual ha sido citada y la cual ha tenido diversas etapas procesales, las cuales incluyen cinco periodos de investigación de 120 días hábiles cada uno, un acuerdo de conclusión emitido por la Autoridad Investigadora el 31 de mayo de 2017, la emisión del Oficio de Probable Responsabilidad y, con ello, del inicio del proceso seguido en forma de juicio, la notificación del OPR a las emplazadas para efectos de que presentaran las pruebas y alegatos que consideraran conducentes; adicionalmente, un periodo de alegatos que incluyó del 30 de enero de 2018 al 15 de febrero de este mismo año.

Este amplio proceso de investigación, fue realizado por la Autoridad Investigadora en el mercado de distribución y comercialización de recargas electrónicas de tiempo aire para el uso de servicio móvil en territorio nacional, para finalmente definir como mercado relevante la venta mayorista de bolsas

virtuales de tiempo aire que ofrecen los operadores a los distribuidores y/o comercializadores con dimensión geográfica nacional, donde se estima que la venta de BLM durante la práctica fue de [REDACTED].

En el expediente se observa que la penetración de la red de BLM creció para el año 2009, donde BLM tenía presencia en [REDACTED] municipios, y en 2011 creció hasta [REDACTED] municipios; sin embargo, el crecimiento real se observa a partir del año 2012, cuando llegó hasta [REDACTED] municipios, mientras que para 2014, alcanzó [REDACTED] municipios de México.

Por otra parte, Microrecargas y Oxxo, que es otro integrador, se considera que los competidores más cercanos de BLM cuentan con una presencia en municipios [REDACTED] de donde podría estar presente BLM, en específico para el año 2012, Microrecargas operaba en [REDACTED] municipios y, para 2014, llegó a los [REDACTED] municipios; por su parte, en el mismo periodo la empresa denominada Oxxo tuvo establecimientos en [REDACTED] municipios y, para 2014, alcanzó los [REDACTED] municipios.

En virtud de lo anterior, la penetración de la red BLM, que incluye [REDACTED] municipios de México en 2014, sobre la red más cercana que incluye a [REDACTED] municipios, con un modelo de negocio que requiere alta densidad poblacional se esperaría que los municipios donde no hay traslape entre ambas redes son mil treinta y dos municipios, lo que implicaría que es aproximadamente el [REDACTED] de los municipios donde BLM no tiene competidores y, por consiguiente, podría haberse configurado la práctica.

De acuerdo con los elementos del expediente, de la investigación y del OPR, el proyecto colige que la práctica se materializó a través de la celebración y formalización de una relación comercial entre Telcel con BLM, mediante la cual las emplazadas otorgaron incentivos a BLM, sujetos a la condición específica de no adquirir, distribuir ni comercializar tiempo aire de cualquier otro operador móvil, entre ellos Telefónica.

Si bien en el presente expediente sólo se acredita el objeto, también lo es que la práctica internacional es suficiente para configurar la conducta; lo anterior, en conformidad con lo establecido en el propio pie de página del proyecto en la página 218, donde se señala por parte de la Comisión Europea que: "...una vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no

es necesario demostrar la existencia de cualquier efecto real de restricción de la competencia...”

La experiencia nacional también nos muestra que el objeto es suficiente para configurar o impulsar la conducta investigada, tal y como lo establece el proyecto, al utilizar criterios similares a los empleados en investigaciones que ya se han realizado por la extinta Comisión Federal de Competencia, así como por la actual Comisión Federal de Competencia Económica al resolver diversos expedientes, como el IO-002 de 2009, en el cual se analizaba el mercado de la producción y distribución, y comercialización de compresores herméticos; en la DE-024 de 2010 y en la DE-015 de 2013 donde se analizaba el acceso a las zonas federales y estacionamiento para la prestación del servicio público de autotransporte federal de pasajeros con origen y destino en el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México.

La fracción V del artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica establece una consecuencia jurídica por incurrir en una práctica monopólica relativa, y será la imposición de una multa hasta por el equivalente al 8% de los ingresos del agente económico, esto es, entre un mínimo y un máximo. De modo que, para graduar el nivel de intensidad de la infracción, el artículo 36 del ordenamiento legal citado permite la individualización de la sanción para cada caso concreto, atendiendo a 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 la capacidad económica del mismo.

De modo que la potestad sancionadora deberá ejercerse valorando los elementos citados a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales se aplican en el proyecto que se nos presenta conforme a los criterios y conocimientos técnicos contenidos en el OPR, lo que sustenta la motivación de cada uno de los elementos para la individualización de la multa, como lo detallo a continuación.

Por un lado, por lo que hace al tamaño del mercado afectado, se considera razonable considerar que el tamaño de los mercados corresponde a los ingresos obtenidos por esa comercialización, esto es, a las ventas de tiempo aire de Telcel a través de BLM durante el periodo de la conducta; para la duración de la práctica se utiliza un ponderador para cada año, para estimar las ventas de BLM durante la práctica en el periodo de la exclusividad, que corresponde del 31 de marzo de 2012 al 12 de agosto de 2014.

Por tanto, la conducta antes mencionada tuvo una duración de dos años con cuatro meses y doce días, el daño causado implicó un porcentaje en las ventas afectadas, además, se aplicó un elemento disuasivo para desalentar futuras conductas ilegales por parte de las emplazadas; la participación del infractor en el mercado relevante se ajusta al canal empleado para desplazar a los competidores de la imputada, en este caso BLM.

Y también sobre los indicios de intencionalidad se puede constatar que la Autoridad Investigadora acredita en el OPR que la conducta analizada tiene el objeto de desplazar a los competidores de Telcel en el mercado relevante, dado que la exclusividad no fue solicitada por BLM, y que AMX y Telcel, o América Móvil y Telcel, ejercieron mecanismos de vigilancia y cumplimiento de dicha exclusividad.

Respecto a la gravedad de la infracción, de las constancias que integran el expediente se desprende con claridad que el infractor tuvo una intencionalidad plena de llevar a cabo la conducta que directamente se relaciona con la provisión de un servicio público de interés general como es la telefonía móvil.

Respecto a la reincidencia o antecedentes, la resolución indica que no se advierte que Telcel haya sido sancionada previamente por la realización de dicha práctica, por lo cual no se satisfacen los supuestos de reincidencia previstos en el artículo 35 párrafo segundo y tercero de la citada ley.

Por dichas razones, y considerando que la resolución es congruente con los criterios de razonabilidad respecto de la práctica, y que el resultado de la sanción impuesta será desincentivar este tipo de comportamiento de agentes con poder sustancial en el mercado de telecomunicaciones, acompañaré con mi voto a favor el proyecto que se nos presenta.

Gracias, Comisionado Presidente.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Gracias a usted, Comisionado Robles.

Comisionado Fromow.

Comisionado Mario Germán Fromow Rangel: Gracias, Comisionado Presidente.

Para manifestar mi posición al respecto.

El proyecto que nos pone a consideración, considero que aporta elementos suficientes...podría tener más, haber tenido un poco de análisis más profundo,

pero creo que los elementos suficientes están en el expediente y, por lo tanto, reflejados en este proyecto. Y, con base en el análisis de esos elementos, pues se llega a las conclusiones de que AMX y Telcel integran un agente económico con poder sustancial en el mercado relevante, definido como venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire, que ofrecen los operadores del servicio de telefonía móvil a distribuidores comercializadores en el territorio nacional.

Este 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 operadores del servicio de telefonía móvil de 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 las 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 operadores 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 localidades donde BLM era el proveedor más importante.

También se puede concluir que las emplazadas, en ejercicio de su poder sustancial en el mercado relevante, ofrecieron incentivos positivos y coercitivos, como ya se manifestó, a BLM para comercializar en exclusiva el tiempo aire de Telcel a través de su "Red Qiubo"; y se puede decir que se acredita que la conducta tuvo como objeto desplazar indebidamente a los otros operadores 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 objetivo impedir a los otros operadores o los operadores competidores de Telcel de este servicio de telefonía móvil, que contrataran los servicios de la "Red Qiubo" de BLM, que en un conjunto de localidades del país constituya 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 otros operadores competidores de Telcel tenían antes de la realización del acuerdo de exclusividad; también actualiza el supuesto de desplazar a los otros operadores en los mercados

relacionados, que corresponden a las localidades en las que BLM era el único operador presente. Además, se considera que actualiza el supuesto de impedir el acceso a esos mercados relacionados, pues a partir de la realización de la conducta los operadores del Sistema del Servicio de Telefonía Móvil, 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 estaba afiliado a BLM.

Asimismo, como ya se mencionó, se verifica que la conducta inició el 31 de marzo de 2012 y continuó hasta el 31 de agosto de 2014 y, como ya se indicó se aparta el proyecto de las conclusiones del OPR consistentes en determinar que la duración de la conducta concluyó el 12 de agosto de 2014 ante la entrada en vigor, al día siguiente, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, cuyo artículo 208, segundo párrafo fracción V obliga al agente económico declarado preponderante en el sector de telecomunicaciones a abstenerse de celebrar contratos de exclusividad para puntos de venta y distribución, incluyendo la compra de tiempo aire distintos a los del agente económico preponderante, que impiden y obstaculizan a otros concesionarios a acceder a dichos puntos de venta.

Lo anterior, como se mencionó, en virtud de que la Ley Federal de Competencia Económica seguía siendo una norma aplicable a la conducta, sin que la entrada en vigor de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión la abrogara o limitara en su ámbito de aplicación.

Pero también se indica que, no obstante lo anterior, para efectos de la presente resolución se considera que únicamente se puede resolver conforme a lo imputado en el OPR a las emplazadas, esto es un hecho, pues de lo contrario se estaría transgrediendo el principio de debido proceso.

Hay que indicar que, *per se*, las exclusividades no pudieran ser precisamente tener el objeto de desplazar indebidamente, no en todas se considera una práctica prohibida; tal como lo definía el artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica abrogada que indicaba que: "...estaba sujeto a que se comprobaran los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esa ley, y se considerarían prácticas monopólicas relativas a 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...", y ahí dicen qué casos, y precisamente la VIII dice:

"...el otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de proveedores 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 con un tercero o la compra o transacción sujeto a requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero de bienes o servicios, objeto de la reventa o transacción...”.

Pero, a mi juicio, viene algo muy importante posteriormente, que dice: “...para determinar si las prácticas a que se refiere este artículo deben ser sancionadas en términos de esta ley, la Comisión, -así decía la vieja ley- analizará las ganancias en eficiencias, derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia.

Estas ganancias en eficiencia podrán incluir las siguientes: la introducción de productos nuevos, el aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos las reducciones de costos derivados 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, que no causen un aumento significativo en precios o una reducción significativa en las opciones del consumidor, o una inhibición importante en el grado de innovación en el mercado relevante; así como las demás que demuestran que las aportaciones netas al bienestar del consumidor, derivadas de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos...”.

Pero, como lo mencioné, lo que indica es que: “...la Comisión analizará las ganancias en eficiencia, derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos...” eso quiere decir que la carga de la prueba está en esos agentes económicos, que en este caso no se estaría analizando este punto debido a que los agentes involucrados, pues no aportaron ninguna prueba en este sentido, lo que podría haber cambiado la decisión a su favor.

En este contexto, dado que esta parte que para mí sería medular, no existe esa información en el expediente dado que no fueron proporcionadas por estos agentes económicos, es que adelanté mi voto a favor del proyecto.

Gracias, Comisionado Presidente.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Gracias a usted, Comisionado Fromow.

Es poco realmente lo que habría que añadir después de las intervenciones de mis colegas Comisionados; fijo posición en el mismo sentido, acompañando el proyecto en sus términos dado que, a mi entender, se cumple con la conducta típica descrita por la ley vigente en la época de los hechos, a la que ya se ha dado lectura aquí en varias ocasiones.

Coincido en que América Móvil y Telcel son responsables de realizar esta práctica monopólica mediante la celebración de este contrato de exclusividad, con el contrato de venta de saldos se materializó esta práctica y precisamente por los incentivos que tuvo BLM, a los que ya se ha hecho lugar, incentivos que se ofrecieron en forma diferenciada para esquemas de multimarca, y exclusivos con un porcentaje más alto para BLM.

Está acreditado también, a mi entender, que existe poder sustancial en el mercado relevante de venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire, y esta práctica se realiza respecto a aquellos que corresponden a dicho mercado. Se ha hablado aquí, y además lo ha reconocido la jurisprudencia, de la importancia de revisar estos asuntos en una forma holística, que implica un juicio de la razón sobre las ganancias en eficiencia.

Como dijo el Comisionado Juárez, atinadamente, la carga de la prueba está precisamente en el agente económico, y no están en el expediente acreditadas de ninguna forma ganancias en eficiencia o efectos pro competitivos de alguna manera.

Por lo que se refiere a la sanción, me parece que es consistente precisamente con la imputación y con la resolución en ese sentido de que no es necesario acreditar una afectación al mercado, se imputó precisamente nada más por el objeto anticompetitivo más que por su efecto, y la sanación cumple con los extremos previstos por la ley, se estima razonable, proporcional, con un posible efecto disuasivo y se encuentra dentro de lo previsto por la propia ley.

Yo por estas razones acompañó con mi voto el proyecto.

Comisionado Cuevas.

Comisionado Adolfo Cuevas Teja: Para agradecer, hice el planteamiento como ponente, evidentemente acompañó el proyecto con mi voto, tal vez sería innecesario, pero creo que legalmente debo expresarlo; y, además, reconocer las muy valiosas contribuciones que recibí de ustedes y sus oficinas.

Pero también, Comisionado Presidente, colegas, referir la afortunada experiencia que para mí fue el trato en la elaboración del proyecto, en el trabajo con la UCE, con su titular Georgina Santiago, el alto nivel profesional que veo en el cuerpo de la UCE, no sólo en su conocimiento técnico de competencia económica, también en la habilidad jurídica, seriamente jurídica del equipo legal de soporte para adecuar los tipos legales y encontrar el razonamiento preciso que permita sustentar una decisión como la que hoy se toma.

Sin violar los principios de separación con la Autoridad Investigadora, me dirigía yo simplemente para entender la óptica que había seguido el OPR, y la nota llamativa que debo referir es, y lo subrayo en la palabra, es el impresionante entusiasmo que encuentro en el personal de la Autoridad Investigadora por seguir participando en estos temas y favorecer su mandato en favor de la competencia económica.

Solamente quería hacer esa referencia, agradecer a ustedes los pronunciamientos y la buena forma en la que también han explicado el sustento técnico legal y en términos de competencia económica del proyecto.

Gracias.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Gracias a usted, Comisionado Cuevas.

Sometería a votación el asunto listado bajo el numeral III.1 en los términos en que ha sido presentado por la ponencia.

Quienes estén a favor de la aprobación sírvanse manifestarlo.

Lic. Yaratzet Funes López: Se aprueba por unanimidad, Presidente.

Comisionado Presidente Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias.

No habiendo asuntos generales que tratar, damos por concluida la sesión, muchas gracias.

ooOoo