

Unclassified

Spanish - Or. English

15 September 2021

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS  
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version)  
FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión II: Análisis de  
eficiencias en las restricciones verticales**

- Contribución de México -

20-22 de septiembre de 2021

Se hace circular el documento adjunto elaborado por México PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 20-22 de septiembre 2021 reunión virtual por Zoom.

Ms. Sra. Lynn Robertson, Experta en Competencia - [Lynn.Robertson@oecd.org](mailto:Lynn.Robertson@oecd.org).

JT03480987

## *Sesión II. Análisis de eficiencias en restricciones verticales*

### *– Contribución de México –*

#### **Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE)**

#### **1. Introducción**

##### **1.1. Las Restricciones Verticales**

1. En la LFCE estos acuerdos o disposiciones contractuales se pueden encontrar dentro de las denominadas “Prácticas Monopólicas Relativas” (PMR) las cuales a su vez pueden incluir a las Conductas Unilaterales (CU). Tanto las RV como las CU se analizan bajo el mismo análisis normativo en México. Las RV se realizan entre empresas en distintos eslabones de la cadena de valor a través de, por ejemplo, la firma de contratos o la realización de actos con distintos objetivos, dentro de los cuales pueden estar mejorar la eficiencia productiva o mitigar fallas de mercado. Sin embargo, también pueden buscar que una o varias empresas traten de controlar verticalmente a otra(s) con la finalidad de monopolizar el o los mercados o con fines de exclusión de rivales. Para determinar cuál es su efecto de entre los dos anteriores, y por lo tanto saber si la conducta es contraria la LFCE o no, se necesita llevar a cabo un análisis de efectos pro- y anticompetitivos, según sea el caso.

##### **1.2. Sectores económicos en los que COFECE ha analizado RV**

2. COFECE ha llevado a cabo investigaciones de RV en diversos sectores (entre los que se encuentran: agrícola, transporte, bienes para el hogar (por ejemplo, muebles.); tiendas de autoservicio; hidrocarburos (e.g., diésel y gasolinas); bancario; gases industriales y medicinales; promotoría de y administración de inmuebles para espectáculos y boletaje electrónico; y plataformas digitales de comercio electrónico y servicios relacionados.

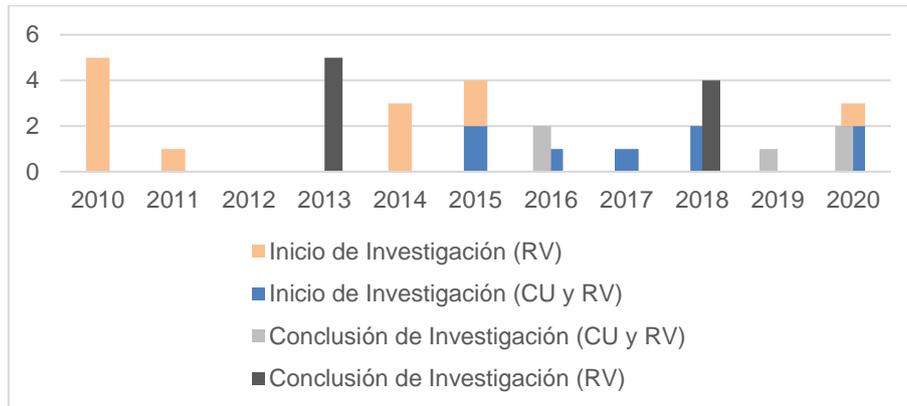
##### **1.3. Evolución del número de casos de RV y tipos de RV analizados por COFECE.**

3. Durante el periodo 2010-2020 la autoridad de competencia de México ha iniciado 20 casos que involucran estas prácticas. La siguiente gráfica muestra el número de casos analizados y concluidos por la autoridad de competencia en el periodo 2010-2020. Se analizaron casos únicamente de Restricciones Verticales (RV), así como casos de RV en coexistencia con otras prácticas (CU y RV) así como de Conductas Unilaterales, por ejemplo, discriminación de precios y descuentos por lealtad en el mismo caso. Algunos tipos de RV analizados por COFECE fueron: (i) segmentación de mercados, (ii) fijación de precios de reventa, (iii) ventas atadas, (iv) exclusividades y (v) descuentos por lealtad.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Expedientes de Inicio de investigaciones de RV: 2010 (DE-012-2010, DE-013-2010, DE-015-2010, DE-019-2010, DE-024-2010); 2011 (DE-022-2011), 2014 (DE-006-2014, DE-006-2014-I, DE-006-2014-II); 2015 (IO-001-2015, IO-005-2015); 2020 (IO-001-2020).

Expedientes de Inicio de investigaciones CU y RV: 2015 (DE-002-2015, DE-003-2015); 2016 (DE-040-2016); 2017 (IO-002-2017); 2018 (DE-018-2018, IO-001-2018); 2020 (IO-002-2020 (DE-026-2020), IO-003-2020).

Gráfica 1. Evolución de los casos analizados de RV y AD.



Fuente: Elaboración propia con datos de la Autoridad Investigadora (AI) y resoluciones públicas del Pleno de la COFECE.

## 2. Evaluación de las RV

### 2.1. Marco legal aplicable a las RV

4. Es la LFCE, en particular los artículos 54 (PMRs); 55 (análisis de eficiencias), 58 (determinación de mercado relevante) y 59 (determinación de poder sustancial), 56 fracciones I (segmentación de mercado), II (fijación de precios de reventa), III (ventas atadas), IV (exclusividades), VIII (descuentos por lealtad o ventas condicionadas) y XIII (estrechamiento de márgenes).

5. Bajo este marco normativo, la Autoridad Investigadora (AI), haciendo uso de sus facultades de investigación, debe, en primer lugar, sustentar una Teoría de Daño o explicar, en su caso, la ausencia de ésta. Para ello, la AI debe de determinar un mercado relevante, proporcionar elementos que sostengan que existe poder sustancial de mercado en el mercado relevante definido y el objeto o efecto de la RV dentro del mercado relevante o mercados relacionados. En cualquiera de estos casos la AI emite un dictamen que hace llegar al Pleno de la COFECE, y en caso de la existencia de una teoría de daño, para que gire las instrucciones de emplazar y con ello se inicie el procedimiento seguido en forma de juicio (PSFJ) para, al término de este, determinar la responsabilidad o no del o los agentes económicos que realizan una PMR a través de una RV.

---

Cierre de investigaciones de RV: 2013(DE-013-2010, DE-015-2010, DE-019-2010, DE-022-2011, DE-024-2010); 2018(DE-006-2014, DE-006-2014-I, DE-006-2014-II, IO-005-2015); Otros expedientes (DE-012-2010 —Cierre por compromisos el 27-06-2013, actualmente en litigio—, IO-001-2015 —resolución de Pleno de 07-02-2019 actualmente en litigio—), IO-001-2020 —actualmente en investigación).

Cierre de investigaciones de CU y RV: 2016(DE-002-2015, DE-003-2015); 2019(DE-040-2016); 2020 (DE-018-2018, IO-002-2017); Otros expedientes (IO-001-2018 —investigación concluida, actualmente en PSFJ—, IO-002-2020 (DE-026-2020) y IO-003-2020 —actualmente en investigación).

## 2.2. Guías orientativas y no vinculantes en el análisis de RV

6. La Comisión cuenta con dos documentos orientativos: (i) el Documento de referencia para el análisis de restricciones verticales (septiembre de 2012), solicitado por la Comisión y elaborado por dos académicos externos a la Comisión;<sup>2</sup> y (ii) la Guía de Prácticas Monopólicas Relativas o Concentraciones Ilícitas (2015), elaborado por la Comisión.<sup>3</sup>

7. Estos documentos no son vinculantes y no establecen un estándar normativo en el análisis de RV llevados a cabo por la Comisión, sin embargo, resultan útiles a la hora de analizar los casos de RV. Ambos documentos contienen explicaciones sencillas de RV, así como ejemplos de las mismas. La guía de 2015 es, además, ejemplificativa de los elementos y etapas de una investigación, así como del marco general aplicable a las PMR entre ellas, las RV.

## 2.3. Las teorías de daño y justificación de posibles eficiencias de las RV.

8. La Teoría de Daño es una explicación razonable del porqué la conducta alegada por la Comisión daña, o puede dañar, la competencia en el mercado relevante o mercados relacionados y por tanto es una explicación razonable, consistentemente lógica y apegada a los hechos analizados, de cuándo una conducta constituye una PMR (a través de una RV).

9. Por otro lado, la ausencia del daño en un mercado pudiera tener dos explicaciones, la primera que la Autoridad no cuenta con los elementos necesarios para asegurar que existió un daño al mercado o que la RV genera (o podría generar) posibles eficiencias que benefician al mercado.

10. Ahora bien, las RV podrían generar ambos tanto daño al mercado actual o potencial como posibles eficiencias. El efecto neto entre estos dos elementos determina si una práctica es o no sancionada. Esto significa que, para el análisis de las RV es necesario aplicar la “regla de la razón” para determinar si existe, o no, una PMR. Si bien, existen varias prácticas consideradas como RV, nos centraremos en dos de ellas correspondientes a los casos que se exponen en la sección 4.

11. Teoría de Daño y justificación de posibles eficiencias en los acuerdos de exclusividad: un productor u oferente puede firmar acuerdos de exclusividad con sus distribuidores o clientes por razones geográficas, de marca o selectiva (por cliente). Los contratos de exclusividad firmados por el productor consideraban la exclusividad de ser el único proveedor del bien (en el caso DE-006-2014, proveedor exclusivo de gases industriales: argón, nitrógeno y oxígeno; y en el caso IO-015-2015 prestar el servicio de boletaje tradicional y electrónico, ver sección 4) y con una temporalidad de largo plazo, con renovaciones automáticas y otros elementos (como descuentos por incentivos) que hacían difícil romper la exclusividad. En términos generales, estas exclusividades de largo plazo podrían generar un efecto de exclusión: nuevos oferentes podrían no ingresar al mercado porque no alcanzan una escala mínima que les permitiera recuperar sus costos fijos a precios competitivos.

---

<sup>2</sup> [https://www.cofece.mx/cofece/images/Estudios/Externos/Restricciones\\_Verticales.pdf](https://www.cofece.mx/cofece/images/Estudios/Externos/Restricciones_Verticales.pdf).

<sup>3</sup> [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0012015\\_pmr.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0012015_pmr.pdf).

12. Por otro lado, un acuerdo de exclusividad puede ser razonable si existe un periodo mínimo de recuperación de inversión que incentive el desarrollo de infraestructura o cuando es necesario un porcentaje mínimo de exclusividades para que puedan alcanzar una eficiencia productiva, y se logre una escala mínima eficiente.

13. Teoría de Daño y justificación de posibles eficiencias en ventas atadas o empaquetamiento: las ventas atadas se consideran una RV cuando implican productos relacionados verticalmente, por ejemplo, una plataforma de comercio electrónico y un procesador de pagos (en el caso IO-002-2017). De manera general, las ventas atadas en productos relacionados verticalmente podrían generar daño si en uno de los productos existe poder de mercado y se limita la capacidad del consumidor intermedio para elegir el bien o servicio en la otra parte de la cadena. Esto podría causar un posible desplazamiento de los competidores con menor poder de mercado en el mercado donde la empresa realiza el atamiento. Por otro lado, la oferta conjunta de diversos bienes o servicios puede reducir costos de búsqueda, transacción, distribución e implica una responsabilidad de marca sobre ciertos productos, asegurando así un estándar de calidad, además el empaquetamiento puede usarse como una forma de protección a la propiedad intelectual.<sup>4</sup>

## 2.4. Compromisos

14. En los documentos orientativos mencionados, se explica el procedimiento de terminación anticipada de una investigación, el cual permite otorgar el beneficio de dispensa o reducción de multas a los agentes económicos que soliciten este procedimiento, aplicable a las investigaciones de RV (así como para todas las PMRs y concentraciones ilícitas) antes de que la AI emita el dictamen correspondiente, y que solo puede ser aprobado por el Pleno de la Comisión, previa aceptación de los solicitantes de los respectivos compromisos. Este procedimiento pudiera ofrecer varias ventajas, entre ellas obtener ganancias procesales en términos de tiempo y costos, resultar en efectos correctivos y restaurativos más rápidos en el mercado investigado (que una resolución por sanción), ofrecer resultados certeros a los agentes económicos (versus un procedimiento prolongado en la etapa final de resolución) y podría evitar litigios costosos y prolongados ante instancias judiciales. Sin embargo, también este proceso podría conllevar posibles desventajas: procesalmente la verificación de compromisos podría ser complicada y litigiosa, los compromisos aceptados no establecen un estándar de análisis en casos futuros ya que la AI<sup>5</sup> y, en el momento procesal oportuno, el Pleno deben analizar los compromisos caso por caso antes de que la AI emita un Dictamen de Probable Responsabilidad (DPR), es decir, antes de una acusación por una probable PMR.

15. Dentro de los compromisos también se deben evaluar las RV realizadas por los agentes económicos toda vez que la AI debe emitir un pronunciamiento sobre la idoneidad y viabilidad jurídica y económica de los compromisos ofrecidos por los agentes económicos. Esta evaluación debe de ser exhaustiva ya que los agentes económicos pueden presentar elementos de eficiencias asociadas a sus prácticas comerciales verticales y corresponde a la AI, en primera instancia, analizar y determinar inicialmente si con estos compromisos, incluidas las posibles eficiencias y daños, se resuelven las preocupaciones en materia de competencia económica.

<sup>4</sup> Tirole, J. (2005). The analysis of tying cases: A primer. Competition Policy International, 1(1), 1-25.

<sup>5</sup> P. 14, OCDE (2020), Examen inter-pares de la OCDE sobre el derecho y la política de competencia: México <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-mexico-2020.htm>

16. En resumen, las RV se evalúan bajo el marco regulatorio vigente (LFCE, en particular, artículos, 54, 55, 58, 59 y 56), en la etapa de investigación, en la etapa de compromisos si los hay y en el PSFJ, que resuelve el Pleno. En todas las etapas procesales se analiza una RV bajo la “regla de la razón” y por tanto, en todas estas etapas corresponde analizar los daños actuales o potenciales así como los posibles efectos positivos (entre ellos posibles eficiencias generadas) como se muestra en la siguiente sección.

### 3. Elementos de prueba, análisis de eficiencias y sanciones de las RV

#### 3.1. Los elementos de prueba mínimos que la COFECE analiza en casos de RV

17. A través de las atribuciones legales conferidas a la COFECE, ésta se puede allegar de elementos de prueba directa e indirecta que ayudan a sustentar la probable existencia de una RV. La AI puede presentar convenios, contratos, correos electrónicos, entre otros elementos de prueba directa para evidenciar la existencia de una RV. También, la AI debe aportar elementos que sostengan la existencia de poder sustancial en el mercado relevante donde se realiza la RV y mencionar aquellos elementos relacionados con el probable objeto o efecto de daño o probables eficiencias en los mercados analizados.

18. La AI presenta estos elementos en el dictamen que envía al Pleno. Con estos elementos, la AI pretende acreditar la Teoría de Daño y solicita se ordene el emplazamiento, o determina la no existencia de la misma, y al no desprender elementos para iniciar el PSFJ, propone al cierre el cierre del expediente.

#### 3.2. Análisis de posibles eficiencias de las RV en las distintas etapas procesales

19. Como se mencionó, existen tres etapas procesales de análisis de las RV para determinar los efectos anticompetitivos y pro-competitivos. A continuación, se explica el análisis que se lleva a cabo en cada etapa y quién debe de aportar y probar los elementos, la AI o el Agente económico.

- *En la etapa de investigación y hasta la emisión del dictamen de la investigación, la LFCE no establece expresamente que la AI esté obligada a probar ganancias en eficiencia; sin embargo, el artículo 54, fracción III, establece que se considera una PMR cuando la práctica “tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos”.* Por lo anterior, la AI debe hacer un análisis económico y aportar elementos relacionados con el daño actual o potencial de la RV. Este análisis de la RV brinda a la AI la posibilidad de establecer la Teoría de Daño o en su defecto, la ausencia de ésta.

20. Una de las posibles razones de que no exista una Teoría de Daño es que los efectos que provoca la RV son positivos y están acordes al propio modelo de negocios instrumentado por la industria. En este caso, la AI emite un dictamen de cierre de la investigación en donde se plasma el análisis económico y las conclusiones a las que ha llegado, proponiendo al Pleno cerrar el expediente sin responsabilidad para el agente económico que genera la RV (ejemplo, caso IO-002-2017), el Pleno puede coincidir con la AI y cerrar el expediente o diferir en el análisis y las conclusiones y ordenar el PSFJ.

21. En la etapa de investigación, es la AI quien recaba los elementos para el análisis de la RV, además, cualquier agente económico con conocimiento del mercado puede aportar elementos que la AI puede valorar en su análisis. Sin perjuicio de lo anterior, los agentes económicos que realizan la RV pueden presentar evidencia de eficiencias ante la AI y corresponde a ésta su análisis.

- *Antes de que se emita el dictamen de probable responsabilidad (DPR)*, los agentes económicos pueden solicitar el beneficio de dispensa y reducción de multas, mismo que conlleva el ofrecimiento de compromisos. Los compromisos presentados por los agentes económicos, además de presentar una solución correctiva y restauradora del proceso de competencia, asociado a ciertas conductas del o de los agentes económicos, también pueden presentar evidencia de las razones por las cuales una determinada RV o parte de ella podrían generar ganancias en eficiencias. Como se mencionó, estos compromisos deben de ser analizados por la AI bajo la “regla de la razón” y determinar si, en su conjunto, los efectos netos de una posible práctica y las condiciones particulares del caso. En algunos casos de compromisos se ha observado que es posible determinar la razonabilidad de una RV, por lo que se permite la realización de ciertas RV (bajo ciertos parámetros), en tanto que se eliminan, prohíben y/o corrigen ciertas RV con efectos anti-competitivos.

22. Por ejemplo, que ciertos contratos de exclusividad tengan un periodo mínimo de recuperación de inversión o que es necesario un porcentaje mínimo de exclusividades para que puedan alcanzar una eficiencia productiva. En estos casos corresponde a los agentes económicos solicitantes presentar evidencia de estos beneficios y le corresponde a la COFECE analizar la pertinencia de los mismos (Caso IO-005-2015).

23. Hasta antes de 2014 la Ley de Competencia permitía que los agentes económicos presentaran compromisos únicamente con posterioridad a la emisión del dictamen (oficio) de probable responsabilidad y antes de que el Pleno emitiera la resolución final del caso, por lo que los agentes económicos tenían la opción de esperar la posible acusación de la AI y ofrecer posteriormente compromisos que tratarán de remediar la práctica alegada, esperando evitar mayores litigios. Dentro de los compromisos ofrecidos, los agentes económicos podían establecer que cierta RV, o parte de ella, generaba cierto daño (por ello, la solicitud de compromisos) y en ciertas circunstancias no generaba un daño al mercado o, incluso, que generaba beneficios (Caso DE-006-2014).

- *Una vez emitido un DPR*, Durante el PSFJ los agentes económicos también pueden alegar eficiencias y son a quienes les corresponde probarlas (art. 55 de la LFCE). En este caso, corresponde al Pleno de la COFECE considerar la Teoría de Daño propuesta por la AI y las eficiencias alegadas por agentes económicos para determinar los efectos netos de la RV y finalmente emitir su resolución sobre el caso.

#### **4. Casos de RV con posibles efectos anti-competitivos (daño) y pro-competitivos (eficiencias)**

24. Las RV pueden generar tanto efectos pro- como anticompetitivos. Los dos primeros casos presentados, a juicio de la Autoridad Investigadora de la COFECE, presentan ambos efectos. Por un lado, efectos dañinos de cierre del mercado por exclusividades y por otro, economías de escala e incentivos de desarrollo de infraestructura. La explicación de los siguientes cuatro casos únicamente se centra en los efectos pro competitivos.

25. Los cuatro casos de RV que se resumen fueron concluidos en diferentes etapas procesales. Dos de estos casos (gases del aire y boletaje) se cerraron anticipadamente (el primero luego de que la AI presentó una opinión de probable responsabilidad) a partir del procedimiento de dispensa y reducción de multa; y dos de ellos (comercio electrónico y servicio de banda ancha) se cerraron tras la identificación de posibles eficiencias durante la etapa de investigación.

#### 4.1. Caso DE-006-2014 (Gases del aire)

26. La investigación se centró en el establecimiento de exclusividades que dos de los agentes económicos más importantes del mercado (con probable poder sustancial conjunto) tenían en la distribución y comercialización de tres productos (oxígeno, nitrógeno y argón, todos ellos para usos industriales). De acuerdo con la resolución del Pleno (mediante el cierre anticipado de compromisos), mantener ciertas exclusividades, así como una duración razonable de algunos contratos de exclusividad, contribuye a no distorsionar la planeación financiera de los agentes que establecieron estas prácticas, además de evitar posibles problemas de “hold up”; adicionalmente contribuye a recuperar las inversiones realizadas en la infraestructura de suministro y almacenamiento en el establecimiento de los clientes. De acuerdo con lo anterior, las exclusividades tendientes a recuperar las inversiones de la infraestructura necesaria para el suministro y almacenamiento podrían tener efectos pro-competitivos, al ser necesarios para el desarrollo de la actividad.

#### 4.2. Caso IO-005-2015 (Boletaje)

27. De acuerdo con la resolución del Pleno, la investigación se centró en las exclusividades que un agente económico (Grupo CIE) tenía para la emisión de boletos físicos y electrónicos de espectáculos en diversos inmuebles y promotoras en el territorio nacional. La investigación se cerró anticipadamente por compromisos. Se observa en el dictamen de la Autoridad Investigadora, citado en la Resolución, que dentro de los compromisos se ofreció eliminar las exclusividades con terceros excluyendo las exclusividades con inmuebles o promotores pertenecientes al mismo grupo, *i.e.*, Grupo CIE no incluyó como parte de sus compromisos la eliminación de las exclusividades que mantenía con inmuebles de su grupo. La AI consideró que estos compromisos eran idóneos y jurídica y económicamente viables; asimismo, el Pleno decidió aceptar los compromisos propuestos por Grupo CIE con algunas modificaciones<sup>6</sup>.

#### 4.3. Caso IO-002-2017 (Comercio electrónico)

28. De acuerdo con la resolución del Pleno y el dictamen de la AI, la investigación se centró en investigar una posible venta atada entre una plataforma de comercio electrónico (marketplace) y una solución de pagos desarrollada por la misma plataforma con lo cual se podría dañar directamente a los consumidores al no poder elegir otro servicio de pagos y generar un posible desplazamiento de los competidores del mercado de pagos electrónicos. En adición a diversas conclusiones, la AI de la COFECE identificó posibles eficiencias en la integración de diversos servicios a las plataformas de comercio electrónico, por ejemplo, eliminación de asimetrías de información entre usuarios de la plataforma, reducción de fraudes en las transacciones, mejoras en seguridad y confianza a los usuarios de la plataforma. Debido a estas y otras consideraciones, el Pleno resolvió cerrar la investigación.

---

<sup>6</sup> Se eliminó el compromiso de desarrollar e implementar un código de conducta, originalmente propuesto por Grupo CIE.

#### 4.4. Caso DE-033-2007 (servicio de banda ancha)

29. De acuerdo con la resolución del Pleno, Telmex es una empresa con poder sustancial en el mercado relevante de provisión del servicio de acceso fijo a Internet de banda ancha en el territorio mexicano. Telmex llevaba a cabo la sujeción de dos servicios distintos y distinguibles, la telefonía básica (cableado ADSL) e Internet de banda ancha.

30. No obstante, la Comisión consideró que la conducta realizada por Telmex, no tuvo el objeto o efecto de desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas en virtud de que, entre otros aspectos, la evolución tecnológica y la disminución a las barreras regulatorias permitieron que los proveedores de esos servicios de telecomunicaciones confluyan en un solo mercado y que para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones los agentes deben tender una Red Pública de Telecomunicaciones (RPT) que les permita proveer el servicio al mayor número de clientes, lo cual implica inversiones considerables, y también se requiere de una escala mínima de clientes para que el servicio sea redituable, *i.e.*, se puede observar economías de alcance y de gama al ofertar dos servicios distintos bajo una misma RPT, por lo anterior se decretó el cierre del expediente.

## Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT)

### 5. Análisis de las restricciones verticales

31. El Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) 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; asimismo, es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones.

32. Corresponde al IFT la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) por lo que corresponde a los sectores señalados aunado a la aplicación de la ley reguladora sectorial. En este sentido, la LFCE contempla la existencia de diversas conductas contrarias a la competencia, como lo es el caso de las prácticas monopólicas relativas (PMR), mismas que en términos generales son cualquier *acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación de estos, que lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica con el objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.*

33. Aunado a lo anterior, dicha conducta deberá encuadrar en el catálogo<sup>7</sup> que para dichas conductas estableció el Poder Legislativo en México, dentro de las que se destaca para este documento “*El otorgamiento de descuentos, incentivos o beneficios 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*”.

34. En consecuencia, la LFCE considera como un tipo de PMR, entre otros, 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. Con relación a este último requisito, para determinar si una PMR debe ser sancionadas en términos de la LFCE, debe analizarse si existen ganancias en eficiencia derivadas de la conducta, mismas que deben ser acreditadas por los agentes económicos involucrados; y que estas incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia.

---

<sup>7</sup> Son prácticas monopólicas relativas: Segmentación vertical de mercados; Exclusividades; Imposición de condiciones (venta o precios); Imposición de condiciones para la obtención de descuentos; Ventas atadas; Negativa de trato o discriminación; Boicot; Depredación de precios; subsidios cruzados; incremento de costos, impedir producción o reducción de la demanda o el Estrechamiento de márgenes.

35. Al respecto, el Poder Judicial de la Federación ha concluido que, para determinar si se configura una PMR, 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<sup>8</sup>.

36. Aunado a lo señalado, la posibilidad de sancionar prácticas monopólicas por el objeto o la intencionalidad 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.

37. Asimismo, 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 contrario a la LFCE, debe existir un nexo entre la conducta y el resultado esperado que confirme la afectación a la competencia en los mercados. 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.

38. La LFCE prohíbe este objeto o efecto 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, en consecuencia, 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.

## 6. Experiencia en el sector de telecomunicaciones

39. Con fecha 12 de abril de 2018, se emitió la 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 (Expediente PMR-006-2013).<sup>9</sup>

40. La Autoridad Investigadora del IFT llevó a cabo la investigación, concluida la cual, con fecha 30 de agosto de 2017, emitió un Oficio de Probable Responsabilidad (OPR) en el que se imputó a América Móvil, S.A.B. de C.V. (AMX) y Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. (Telcel) la conducta consistente en otorgar diversos incentivos a Blue Label México, S.A.P.I. (BLM), con el requisito de que este último no comercializara o proporcionara tiempo aire de los competidores de la marca Telcel en el servicio de telefonía móvil y distribuyera de forma exclusiva tiempo aire de la marca Telcel. En el OPR se determinó de

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Acuerdo P/IFT/120418/293 de fecha 12 de abril de 2018 en la XV sesión ordinaria. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/acuerdoliga/vppift120418293noct.pdf>

manera presuntiva que esta conducta consiste 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* tal como se prevé en la LFCE vigente<sup>10</sup> al momento de investigar esta conducta.

## 6.1. Mercado relevante y mercado relacionado

41. En el OPR se definió el mercado relevante en forma presuntiva como la venta mayorista de bolsas virtuales de tiempo aire que ofrecen los Operadores de Servicios de Telefonía Móvil, incluyendo los Operadores móviles Virtuales (OSTM), a los distribuidores y/o comercializadores, con una dimensión geográfica nacional. De esta manera el OPR concluyó que se actualizaron los siguientes elementos que sustentaron la definición del mercado relevante en sus dimensiones de servicio y dimensión geográfica:

- 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;
- Por el lado de la oferta se aprecian elevados costos de inversión para establecer los suficientes puntos de venta propios en localidades de baja densidad poblacional, por lo que no es rentable que los OSTM establezcan puntos de venta propios.
- Los modelos o esquemas comerciales de los distintos distribuidores y/o comercializadores mayoristas de bolsas virtuales pertenecen al mismo mercado;
- 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;
- No existen costos de distribución, ya que los distribuidores y/o comercializadores pueden adquirir las bolsas virtuales de tiempo aire independientemente de su ubicación y la oferta es prácticamente homogénea en todo el país respecto de sus áreas de cobertura, y
- No se aprecian restricciones normativas.

42. En el OPR se determinó que el mercado relacionado corresponde 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. Principalmente, son localidades de baja densidad poblacional.

---

<sup>10</sup> Este expediente se investigó y sancionó en términos de la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 y abrogada a partir del 7 de julio de 2014 con la entrada de la nueva LFCE.

## 7. Poder sustancial

43. Por lo que respecta a la calidad de agente económico con poder sustancial, el OPR concluye en forma presuntiva que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante debido a que, entre otras:

- El mercado relevante está altamente concentrado, indicador significativo de un agente económico con poder sustancial;
- Hay barreras de entrada como los elevados costos para la instalación y operación de una red pública de telecomunicaciones, 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;
- Es limitado el poder de los competidores de Telcel;
- Un agente económico debe incurrir en costos elevados para acceder a fuentes de insumos;
- La marca de Telcel está fuertemente posicionada en el mercado relevante, y
- Los distribuidores y/o comercializadores enfrentan altas pérdidas al dejar de distribuir y/o comercializar tiempo aire de la marca Telcel.

### 7.1. Conducta

44. Por lo que hace a la conducta que se imputa, en el OPR se estableció que la conducta se materializó a través del otorgamiento de incentivos a BLM, 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.

45. Asimismo, se estableció 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.

46. En conclusión, los elementos para acreditar una PMR en el caso en particular consisten en que: i) AMX y Telcel otorgaron incentivos a BLM para no adquirir ni distribuir y/o comercializar tiempo aire de otras compañías telefónicas (móviles); 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 acreditó la existencia de ganancias en eficiencia, ni mucho menos que esas ganancias superen los efectos anticompetitivos de la práctica.

47. Adicionalmente, en el OPR se señaló que, si bien los requerimientos de inversión en que debe incurrir un concesionario para desplegar una red pública de telecomunicaciones 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.

48. En este sentido, la posición competitiva de los agentes económicos resulta de importancia para este efecto, así como que los canales de distribución a los que desea acceder resulten eficientes. En consecuencia, las restricciones de acceso a canales eficientes de distribución afectan a los agentes económicos del mercado relevante, en caso de que su posición competitiva no les permita tener acceso a ellos.

## 7.2. Sanción impuesta

49. Finalmente, como resultado del procedimiento seguido en forma de juicio, el Pleno del IFT resolvió que con base en los elementos de convicción establecidos en el OPR, Telcel incurrió en la PMR imputada, que tuvo el objeto de desplazar a sus competidores del mercado relevante, así como de desplazar e impedir el acceso de esos OSTM en los mercados relacionados. Lo anterior, sin que Telcel hubiera podido desvirtuar la imputación de la PMR durante el procedimiento en forma de juicio.

50. El propósito de la imposición de sanciones en materia de incumplimientos a la LFCE tiene una doble vertiente. Por un lado, busca sancionar aquellas conductas que resultan contrarias a los principios de competencia económica y libre concurrencia establecidos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por otra procura disuadir o desincentivar la realización de estas conductas de manera prospectiva.

51. Al imponer una multa por violaciones a la LFCE, el Pleno del IFT observó 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 debe estar debidamente fundamentada y motivada.

52. El marco legal aplicable faculta al Pleno 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.

53. En este caso, para individualizar adecuadamente la multa al caso que se sanciona fue necesario tomar en consideración ocho factores: i) la gravedad de la infracción; ii) el daño causado; iii) los indicios de 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.

54. Con base en dichos factores, se impuso una multa de MXN 96 825 831.51 (aproximadamente USD 4.8 millones / EUR 4 millones).