

VERSIÓN PÚBLICA DE LA VERSIÓN ESTENOGRÁFICA

DE LA SESIÓN DEL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES EN SU III SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL 2015, CELEBRADA EL 7 DE ENERO DE 2015.

LEYENDA DE LA CLASIFICACIÓN

Fecha de Clasificación: 7 de enero de 2015. **Unidad Administrativa:** Secretaría Técnica del Pleno. **Confidencial:** Si, por contener información confidencial; por lo anterior, se elaboró versión pública de la versión estenográfica, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 43 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental ("LFTAIPG"), 30 de su Reglamento y del Lineamiento Séptimo de los Lineamientos Generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal ("Lineamientos Generales").

Núm. de Resolución	Descripción del asunto	Fundamento legal	Motivación	Secciones Confidenciales
III.1, correspondiente al Acuerdo P/IFT/EXT/070115/30	Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve el expediente E-IFT/UC/DGIP/PMR/0003/2013 y acumulados.	Confidencial, con fundamento en el artículo 31 bis, fracción II de la Ley Federal de Competencia Económica vigente al inicio del procedimiento, así como 18, fracción I y 19 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.	Contiene información presentada con carácter confidencial por los agentes económicos involucrados en el procedimiento, cuya difusión puede causar daño o perjuicio en su posición competitiva.	Páginas 5, 6, 15, 17, 18 y 19.

Firma y Cargo del Servidor Público que clasifica: Lic. Yaratzet Funes López, Prosecretaría Técnica del Pleno

-----Fin de la leyenda.

México, D.F., a 07 de enero de 2015

Versión estenográfica de la III Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada en la Sala del Pleno de este Instituto.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Buenas tardes, bienvenidos a la III Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto. Esta Sesión fue convocada con al menos 24 horas de anticipación, como lo señala el artículo 12 del Estatuto Orgánico del Instituto y en la convocatoria se señalaba como II Sesión Extraordinaria, sin embargo como es de su conocimiento, hace un rato sesionamos. Tuvo lugar una Sesión Extraordinaria en términos del artículo 12, sin convocatoria, por lo que esta Sesión que tenemos en este momento, corresponde en su número a la tercera, también con fundamento en dicho artículo.

Es importante señalar también, que conforme a lo dispuesto por el artículo 69 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, ayer se hizo también la notificación en la sección correspondiente de la página electrónica del Instituto, de que el Pleno conocería en Sesión a celebrarse el día de hoy, el expediente que será sometido a nuestra consideración.

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

Lic. Juan José Crispín Borbolla: Si Presidente, le informo que con la presencia de los siete Comisionados, tenemos quórum legal para sesionar.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Someto entonces a aprobación de los presentes el Orden del Día. Quienes estén a favor, sírvanse manifestarlo.

Lic. Juan José Crispín Borbolla: Se aprueba por unanimidad Presidente.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias. El único asunto que tenemos para consideración, es la Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve el expediente E-IFT/UC/DGIP/PMR/0003/2013 y acumulados.

Antes de que se dé cuenta de este asunto, quisiera hacer de su conocimiento que la Secretaría Técnica informó, que la Comisionada María Elena Estavillo, presentó un escrito en el cual presenta una excusa para conocer de dicho asunto y para cuya presentación le doy la palabra a la Comisionada María Elena Estavillo.

Comisionada María Elena Estavillo Flores: Muchas gracias Comisionado Presidente. Efectivamente presenté a la Secretaría Técnica del Pleno y a cada uno de los

Comisionados, la copia de la excusa que estoy presentando formalmente, porque considero que se dan el supuesto para estar impedida para votar en el asunto que se va analizar en esta Sesión de Pleno.

El razonamiento es que en este procedimiento que conocerá el Pleno, bueno que se votará en esta Sesión, es un expediente en donde se acumularon diversos expedientes provenientes de la Comisión Federal de Competencia. Uno de ellos es la denuncia que tenía como número de expediente el DE-005-2013, que fue acumulada por acuerdo del 23 de mayo de 2013, en el expediente número DE-021-2011 de la extinta Comisión Federal de Competencia y es el que da origen al expediente que se presenta para votación en esta Sesión.

En relación con este expediente, yo realicé labores de asesoría para la denunciante Total Play Telecomunicaciones, y como parte de la labor de asesoría se encontró la de gestionar ante la Comisión Federal de Competencia la admisión de la denuncia por concentración prohibida.

Por lo tanto considero que se da el supuesto que dispone la Ley, respecto al que los Comisionados estarán impedidos y deberán excusarse de conocer asuntos en los que exista una o varias situaciones que le impidan resolver un asunto de su competencia con plena independencia, profesionalismo y parcialidad. Para efectos de lo anterior, los Comisionados estarán impedidos para conocer de un asunto donde tengan interés directo o indirecto; y después en la fracción IV del artículo 24, señala el haber sido, el haber gestionado anteriormente el asunto en favor o en contra de alguno de los interesados.

Es este el supuesto que considero que se actualiza en mi caso y por eso es que estoy presentando esta excusa para su consideración.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias Comisionada Estavillo. En términos de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Federal de Competencia Económica, corresponde a este Pleno calificar la excusa que ha presentado la Comisionada Estavillo, por lo que, está a su consideración.

Comisionado Adolfo Cuevas.

Comisionado Adolfo Cuevas Teja: Gracias, estimo que de acuerdo al escrito presentado por la Comisionada Estavillo y en términos de las normas que ahí se citan, se da efectivamente el supuesto que justifica la petición formulada por la Comisionada.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias Comisionado Cuevas.

Si me lo permiten también, en el mismo sentido considero que se ubica en la hipótesis prevista por la fracción IV del artículo 24 de la Ley Federal de Competencia Económica, que señala expresamente como ya se ha señalado, el impedimento cuando se haya gestionado anteriormente el asunto en favor o en contra de alguno de los interesados y como señaló la Comisionada Estavillo, participó precisamente en una gestión, en un asunto, que se acumuló y que tiene como producto el que hoy se somete a nuestra consideración. Por lo que considero procedente la excusa.

Someto entonces a aprobación de este Pleno, la calificación de la excusa como procedente, formulada por la Comisionada Estavillo. Quienes estén a favor sírvanse manifestarlo.

Lic. Juan José Crispín Borbolla: Se da cuenta del voto a favor de la Comisionada Labardini, el Comisionado Estrada, el Comisionado Borjón, el Comisionado Cuevas, el Comisionado Fromow y el Comisionado Presidente. Por lo que es procedente la excusa presentada.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias. Siendo el caso, suspendemos la Sesión para dar oportunidad de que se retire la Comisionada María Elena Estavillo.

Se hace constar que la Comisionada María Elena Estavillo ha abandonado la sala, y le solicito a Rafael López Valle, Director General de Procedimientos de Competencia, en la Unidad de Competencia Económica, que dé cuenta del asunto listado para esta Sesión.

Lic. Rafael José López de Valle: Gracias señor Presidente, Comisionados. Comenzaré por relatar los antecedentes de este asunto. El 13 de abril de 2011, Cablevisión, Corporación Novavisión, Bestphone, Televisión Internacional, Cablemás Telecomunicaciones, SOS Telecomunicaciones, Sistemas Telefónicos Portátiles Celulares, Portatel del Sureste, Iusacell PCS, Iusacell PCS de México, Operadora Unefon, Comunicaciones Celulares de Occidente y Telecomunicaciones del Golfo, presentaron en la oficialía de partes de la Comisión, de la extinta Comisión Federal de Competencia un escrito de denuncia en contra de Telmex, Dish México Holdings y Cofresa, por la probable realización de diversos actos que podrían ser violatorios de la Ley Federal de Competencia Económica.

El 15 de mayo de 2013 Total Play, presentó ante la oficialía de partes de la Comisión Federal de Competencia, un escrito de denuncia por la supuesta existencia de una concentración prohibida entre América Móvil, Telmex, Dish México Holdings, MVS Comunicaciones y Cofresa.

El 11 de octubre de 2013, Total Play presentó ante la oficialía de partes del Instituto, un escrito de denuncia por la supuesta existencia de una concentración prohibida entre América Móvil, Telmex, Dish México Holdings, MVS Comunicaciones y Cofresa.

El 20 de mayo de 2013, la titular de la Unidad de Competencia Económica, emitió el Oficio de Probable Responsabilidad, mismo que fue notificado por instructivo a Telmex, Teninver, Cofresa, Comefre, Grupo de Frecuencia Modulada de Televisión, Dish México Holdings, Dish México y Ehostar.

El 2 de julio de 2014, Telmex y Teninver presentaron su contestación al OPR, mediante el cual realizaron diversas manifestaciones y ofrecieron diversos medios de prueba.

El 4 de julio de 2014, Cofresa, Comefre, Dish México Holdings, Dish México, presentaron escritos de contestación al OPR, mediante los cuales realizaron diversas manifestaciones al Oficio de Probable Responsabilidad. En el Oficio de Probable Responsabilidad, lo que se imputó a pesar de lo denunciado, de lo que fue denunciado, fue la realización, la omisión de haber notificado una concentración en términos de los artículos 16, 20 fracción I y 18, 20 fracción I, los dos primeros de la Ley Federal de Competencia Económica y el último de ellos del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

Así mismo se emplazó a Cofresa, por la probable actualización de la fracción III del artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica, por haber declarado falsamente durante la tramitación de la investigación. Los principales indicios que sustentaron al Oficio de Probable Responsabilidad, fueron los derechos y obligaciones otorgados en los contratos de prestación de servicios, distribución, arrendamiento, opción de compra y venta, consecuencias, así como las cartas laterales con el contrato de prestación de servicios y la carta lateral relacionada con el contrato de arrendamiento.

Los contratos generaron, de acuerdo con el Oficio de Probable Responsabilidad, que Telmex, Teninver, Dish México Holdings, Ehostar México, Grupo MVS, Grupo de Frecuencia Modulada de Televisión, persiguieran intereses financieros y comerciales comunes en cuanto a que dicha sociedades, tenían derechos suficientes para controlar a Dish México y a Cofresa en el mercado; situación que de conformidad con el artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica, constituye una concentración.

Por otra parte las declaraciones realizadas a la CFC, por parte de Cofresa al contestar los oficios, dos requerimientos de información no resultan congruentes con lo manifestado por Cofresa ante la Unidad de Supervisión y Verificación de este Instituto, por lo cual se emplazó en términos de la fracción III de la Ley Federal de Competencia Económica.

Los indicios de control conjunto que existen entre Telmex y Teninver, fue que los contratos referidos, los cinco contratos, los cinco primeros contratos referidos, fueron celebrados de manera condicionada interdependiente y en la misma fecha. Incluyen mecanismos que permiten coordinar esfuerzos a las partes, a quienes los suscriben, establecen mecanismos de información y comunicación que permiten a las partes establecer una relación cooperativa para el control conjunto de Dish México y de sus subsidiarias, otorgan derechos y obligaciones económicas a Telmex y Teninver, a través de mecanismos que aumentan significativamente la probabilidad que se ejerza la opción contenida en el contrato de opción de compra y venta.

Las inversiones realizadas por virtud de los contratos de prestación de servicios, el contrato de arrendamiento y el contrato de distribución, constituyen aportaciones de Telmex a Dish México Holdings a Dish México y a Cofresa.

En el proyecto que se circuló al Pleno, se atienden las manifestaciones y se valoran las pruebas ofrecidas por las partes emplazadas y de su análisis se concluyó que resultaron infundadas por no asistir razón a las emplazadas. Por otra parte, algunas devinieron inoperantes por partir de premisas incorrectas, por ser negaciones lisas y llanas y por no combatir las consideraciones establecidas en el OPR, así como por constituir manifestaciones genéricas.

Por ello, las defensas de las emplazadas no lograron desvirtuar las imputaciones del OPR. Así mismo, la conducta se acredita con base en los indicios ya señalados, es decir, los contratos contienen suficientes provisiones para que se establezca un control conjunto sobre Dish México. La hipótesis de control se encuentra establecida en el artículo 16, que es una hipótesis diversa a fusión y a la adquisición de activos. Es decir en este caso se dio la adquisición de control por virtud de diversos contratos.

Como consecuencia, se propuso la imposición de sanciones en términos del artículo 35 de esta Ley, en los términos en los que aparecieron en el proyecto que se circuló.

Se somete a su consideración el asunto.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias Rafael. Si bien es cierto que la Resolución tiene por objeto abordar la forma en la que se llevó este procedimiento, respecto del OPR, que fue la imputación que se hizo, te agradecería un poco de más información, sobre las premisas en las cuales se sustenta el caso.

Lic. Rafael José López de Valle: Si señor Presidente, hay cláusulas en el contrato de operación,

Los mecanismos que se prevén para la coordinación de esfuerzos, son por una parte, una cláusula de no competencia [REDACTED]

[REDACTED] Esto permite concluir que participan de manera condicionada, de manera coordinada en el mercado.

Por otra parte, entre los mecanismos de información, entre los mecanismos de información y coordinación, se encuentra la solicitud [REDACTED], lo cual limita y constriñe la acción de Dish México de manera aislada en el mercado; es decir, van más allá, estos derechos, van más allá del aseguramiento de un crédito. Así mismo se otorgan derechos y obligaciones de carácter económico; es decir, existe la posibilidad de recibir, [REDACTED] por ello podría traducirse en un beneficio para Telmex, [REDACTED]

Finalmente, dentro del mismo esquema de los contratos, se reconoce que la prestación de servicios prevista en los contratos de prestación de servicios, distribución y arrendamiento, podían constituir aportaciones al negocio, al negocio referido.

Son las disposiciones contractuales que soportan las conclusiones del proyecto circulado.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias Rafael. Está a su consideración Comisionados.

Comisionado Ernesto Estrada.

Comisionado Ernesto Estrada González: Muchas gracias Comisionado Presidente, me gustaría expresar mi apoyo al proyecto en sus términos. Los elementos de convicción en los que se sustentó el Oficio de Probable Responsabilidad, son suficientes para acreditar que las denunciados no cumplieron con la obligación de notificar la concentración, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica y 18 del Reglamento de esta Ley.

Cofresa es responsable de declarar falsamente durante la tramitación de la etapa de investigación, actualizando así la fracción III del artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica aplicable.

Respecto al primer punto, se tienen elementos suficientes para acreditar que los emplazados son responsables de haberse concentrado en términos del artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica.

La concentración surge como se señaló en exposición del área, del hecho de que a través de relaciones contractuales y comerciales, Dish México Holdings perdió independencia en la toma de decisiones para la conducción de Dish México y sus subsidiarias y, por otro lado, Teninver y Telmex adquirieron la capacidad de ejercer control e influencia sustancial sobre las decisiones y operaciones de estos agentes.

Por lo que hace al segundo punto, Cofresa no proporcionó información de alta relevancia para la investigación, a pesar de que le fue expresamente requerida.

Por otro lado, en el expediente existen suficientes elementos para concluir que no se trata de una concentración prohibida, con base en lo siguiente: En el mercado de servicio de televisión restringida, tras la entrada de Dish, se absorbió una, se observó una disminución en el índice de concentración, un incremento en la penetración del servicio entre la población, en particular en la población de bajos ingresos y también se observó una disminución en los precios de proveedores competidores.

En relación a la provisión del servicio de banda ancha, la concentración no representó una acumulación relevante de participaciones en el mercado, ni facilitó o fortaleció la capacidad de condición de prácticas anticompetitivas de ninguna de las partes.

En relación a los agravios presentados por los denunciados en términos generales en la Resolución, en el proyecto de Resolución se hace una adecuada calificación y análisis de los mismos, por lo que hace al agravio referente a la incorporación ilegal de información al expediente alegando la existencia de un hecho notorio, este es un agravio señalado por los denunciantes, entre otra información, este agravio se refiere a los contratos de opción de compra y venta y del contrato de consecuencias; sin embargo, esta información se presentó formalmente por las denunciadas ante el Instituto, a través de la oficialía de partes y es claro que constituyen hechos notorios para el Instituto de acuerdo a tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así mismo la invocación de estas pruebas como hecho notorio en el oficio de probable responsabilidad no dejó a las emplazadas en estado de indefensión, toda vez que conocían de ante mano el contenido de estos documentos y tuvieron oportunidad de presentar defensas al momento de contestar el oficio de probable responsabilidad.

En resumen, la evaluación integral, tanto de los elementos que obran en el expediente como de los hechos que resultan notorios para el Instituto, se permite concluir las infracciones imputadas. En lo que atañe a la imposición de las sanciones que se propone, es pertinente señalar que estas se consideran adecuadas en el sentido que se hace una adecuada consideración de todos los elementos establecidos en el artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica para la imposición de sanciones.

En particular me gustaría destacar, que por un lado el proyecto apunta a la intencionalidad de los infractores en la Comisión de las violaciones, y por otro, identifica a que estas infracciones no causaron un daño al proceso de competencia y libre concurrencia.

Por último me parece relevante precisar que la presente, el Presente Proyecto de Resolución concluiría, un procedimiento realizado al amparo de la Ley Federal de Competencia Económica reformada en el 2006, y no prejuzga sobre la resolución de otros procedimientos tramitados en el Instituto, ni sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidos en los Títulos de Concesión que pudiera involucrar a las empresas sancionadas.

Muchas gracias.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias a usted Comisionado Estrada.

Comisionada Adriana Labardini.

Comisionada Adriana Labardini Inzunza: Gracias, a ver para que me da la voz con esta laringitis. Es sin duda un caso complejo, una investigación compleja también, una alianza estratégica, innovadora, sofisticada, y lo que tenemos aquí que analizar y votar el día de hoy es si esta alianza cae bajo el concepto de concentración en los términos del artículo 16 de la Ley Federal de Competencia y si dicha concentración, de ser considerada como tal, tenía que haber sido notificada por pasar los umbrales a que se refiere la Ley de Competencia aplicable, es decir la del año 2006 y posteriormente la cuestión que en el OPR y en el proyecto, se pone a nuestra consideración, también se tiene que dilucidar, es si hubo una declaración falsa, una de las partes en relación a algunas preguntas que le fueron planteadas.

El concepto de concentración, establecido en el artículo 16, no es el concepto o la definición más afortunada y sin embargo es Ley, es una definición que incluye el término a definir en la definición, lo cual deja mucho que desear, pero básicamente contempla dos grandes formas de concentrarse. Vía sea mediante una fusión o bien de sociedades de mercantiles, civiles, etc., o bien, mediante la adquisición del

control que es un concepto más amplio, que puede admitir formas diversas hay formas tipo económico, contractual, corporativo de adquirir el control, no solamente mediante la adquisición de acciones o de deuda convertible en acción, si no pues mediante otras formas, y en la medida que pues en estos sectores, competencia del Instituto, pues hay retos para competir, para innovar, para en la medida en que hay barreras de entrada pues los agentes económicos buscan alianzas y formas creativas de fortalecerse sobre todo cuando son entrantes y tienen que competir con otros agentes altamente concentrados o que tienen una participación de mercado tan alta, como es una realidad en la televisión restringida de nuestro país, y tenemos el caso que en esos años un nuevo entrante a proveer servicios de televisión restringida satelital, pues quería competir con otro agente con pues una importante penetración tanto en televisión de paga por cable como satelital y pues ideó una serie de alianzas, de convenios para apuntalar este plan de competir y contratos que firmó con Teninver, con Telmex, para ser agresivo en la distribución de estos contenidos audiovisuales y que pues logró el objetivo visto 8 o 7 o casi 6 años hacia atrás, logro el objetivo de competir, o sea, la alianza estratégica de la que se habló, que en términos muy generales ha demostrado ser procompetitiva, ofreció una opción de contenidos a mucho menor precio y entonces apporto cuestiones, efectos positivos a los procesos de competencia y libre concurrencia, especialmente en este mercado tan concentrado.

De modo que como ya lo ha manifestado el Comisionado Estrada, lo que está aquí en juego es no si esta alianza, es ilícita, se considera una concentración, porque pues ya vemos que esos efectos fueron competitivos, pero antes de ver esos efectos, pues lo que hay que establecer es si esa actividades y contratos caen en el tipo del artículo 16, que tienen; es decir, si son, una fusión que no lo fueron, o bien una adquisición del control o cualquier otro acto mediante el cual se concentren que es lo que crítico de la definición, sociedades, asociaciones, acciones, partes, etc., o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cuales quiera otros agentes económicos.

Y el expediente es vasto, el Proyecto también de Resolución, hay miles de detalles que me hubiera gustado que explicara un poco más quien presentó el asunto, pero que en efecto no es fácil resumirlos, pero hay elementos creo yo, claros e indicativos de que todo este conjunto concatenado de contratos de arrendamiento de servicios de distribución, de opciones de compra y de contrato de consecuencias y de cartas, concatenados, si daban el control nada más de una parte hacia la otra, pues de algunas facultades que normalmente exceden de otro tipo de relaciones comerciales que no conceden ciertas facultades de auditar, de vetar, de presenciar, de acceso a información, no quiere decir que eso los haya vuelto socios en un sentido de una fusión, pero si había una cierta sesión de facultades en favor de Telmex en todos los negocios relativos a Dish - Multivisión.

También estoy consciente, de que no hay ni en la Ley de esa vigente y que estamos aplicando, vigente en ese momento y que hoy tenemos que aplicar, mayores criterios para establecer un límite claro, de hasta donde estas alianzas y contratos deben dar lugar a notificar por ser concentración, y sí creo que al futuro este Instituto deberá definir muy claramente que debe de ser notificado y que no. Porque cada vez hay más formas innovadoras de hacer negocios que queremos que sean exitosas y competitivas pero que, es importante que las agentes sepan las reglas del juego y que deben notificar al Instituto y que no.

Pero en este caso creo que hay elementos suficientes para decir, que toda esta serie de contratos, dos de los cuales, si las partes se encargaron hasta donde fue posible por no presentarlos y hacerlos del conocimiento del Instituto, daban lugar a una adquisición de control limitado a esta parte de su negocio, no a otros servicios que puedan prestar Multivisión, en los cuales no tiene injerencia Telmex, pero si respecto este negocio de la televisión restringida satelital aplicando una vara estricta, un estándar estricto, porque no quisiéramos hacer tan restrictivas las exigencias que cualquier tipo de relación contractual de lugar que ya sea una concentración notificable, pero aun siendo no estrictos, las serie de contratos, repito, si llevan a la conclusión de que había esta adquisición de control, estas participaciones, derechos que salen de lo normal en cualquier otra alianza comercial; y un hecho importante que creo que es de destacar, es que estos 2 contratos sobre los cuales si el OPR salió en el sentido que salió, fueron justo los contratos que fueron, que nunca fueron mencionados, ni presentados cuando se acudió a la Comisión Federal de Competencia para notificar estas relaciones comerciales, pero haciendo participe a la Comisión de estos otros contratos, pero nunca se mencionaron, ni el contrato de consecuencias, ni de opción a compra.

Y entonces si era una transacción procompetitiva, que la verdad ha tenido efectos positivos en ese mercado de televisión restringida, que de ninguna manera es una concentración ilícita por que la reticencia a notificar, considero que habría pasado perfectamente la prueba de una concentración procompetitiva y si veo que desde ese procedimiento ante la Comisión, extinta Federal de Competencia, había esta renuncia a presentar esta información, información que después se hizo pública en cuanto a la existencia de más contratos, vía una investigación periodística y que después al Instituto se allegó de estos elementos que le daban la prueba plena de la existencia de contratos adicionales no antes notificados.

La existencia dentro del Instituto de estos contratos, creo yo que nos obliga a considerarlos como elementos adicionales para formarnos como Pleno un juicio, aun cuando ellos porque no los entregó durante la investigación las partes, si no después de, no importa son elementos probatorios determinantes del resultado del OPR y que no veo yo como Comisionada, como soslayar.

No comparto la visión de que sea un hecho notorio, yo leí y puedo leerla aquí, una Tesis de la Suprema Corte de Justicia, dictada en un caso curiosamente de controversia constitucional en el que define lo que considera un hecho notorio y éste creo yo no lo es, pero eso no lo hace menos admisible para ser tomado en cuenta en base al artículo 61 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia, que nos permite allegarnos de cualesquiera elementos probatorios que tengamos hasta antes de la resolución que pone final al procedimiento y la resolución que pone fin al procedimiento es lo que en este acto, hoy resolvamos.

De modo que, la existencia de estos contratos, que sumados a los otros, pues nos convencen de la existencia de una adquisición de control que por tanto se equipara a una concentración y sumado a ello que las aportaciones así calificadas por las partes, si rebasarían los umbrales que la Ley establece para que sean notificables las concentraciones, pues si nos lleva, o me lleva a mí a concluir que esta transacción puesta por 7 contratos y 2 cartas laterales, sí equivale a una concentración notificable, no prohibida ni ilícita, con claros efectos procompetitivos y que ha creado bienestar en consumidores y audiencias.

También considero que este procedimiento, que en caso de ser votado favorablemente pues llevaría a la aplicación de sanciones, exclusivamente por no haber notificado la existencia de la transacción antes de llevarla a cabo; como lo prevé el 16, más la cuestión de declaraciones falsas, no prejuzga, ni es causa, ni es inicio, ni repito prejuzga, sobre cualesquiera otros procedimientos que puedan llevarse a cabo en este Instituto, en relación con las partes en este procedimiento.

Es pues una cuestión desafortunada, que siendo una transacción importante, sin la cual probablemente no hubiera tenido éxito esta nuevo agente para competir con otros agentes de televisión restringida, pues la falta de notificación nos lleve ahora a pues proponer su sanción. Pero es importante que disuadamos el incumplimiento de la Ley y creemos en este Instituto todos los incentivos a cumplirla estrictamente y a que los agentes económicos se acerquen al Instituto a notificar lo que tengan que notificar, o a consultar si es que hay la duda sobre si una determinada transacción es o no notificable. Aquí creo que no había la duda más bien había una reticencia a la notificación.

Así es que, por las razones anteriores y porque creo que el proyecto argumenta exitosamente y desvirtúa los agravios que hacen valer la partes durante el procedimiento en forma de juicio, y no me quedan dudas en cuanto a que la oportunidad de las notificaciones, el que cumplen las formas dichas notificaciones, en cuanto a el respeto a los plazos en cada una de las etapas del procedimiento y por todo ello considero que pues es un proyecto, me parece, merece mi voto favorable.

Gracias.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias Comisionada Labardini.

Comisionado Adolfo Cuevas.

Comisionado Adolfo Cuevas Teja: Ofrezco ser breve. Para referirme que, de ameritar una mayoría de este honorable Pleno, la decisión del Instituto no debe entenderse en el sentido de calificar de manera amplia una ilicitud en la conducta que conocemos, sino estrictamente de señalar el incumplimiento de un requisito de notificación, como se ha dicho por mis colegas anteriormente, no se califica el fondo de los efectos en relación con la competencia en México, sino estrictamente que se situaba en el supuesto del artículo 20 fracción primera de la Ley de Competencia, aplicable en su momento, que pide que sea notificada cualquier concentración cuyo monto equivalga a 18 millones de veces o más el salario mínimo general vigente; situación que en exceso se cumplía toda vez que del monto del recurso era en el orden de cientos de millones de dólares.

En ese orden de ideas, el siguiente elemento fue determinar si hay una concentración o no, el 16 de la Ley nos dice en una redacción, justamente criticada por la Comisionada Labardini, todos aquellos casos en los que podemos demostrar una concentración; uno de los cuales, si es lo que se tipifica en el caso concreto, es el de la adquisición de control. ¿Por qué hay adquisición de control? Porque de acuerdo a referentes nacionales e internacionales y concretamente cito el caso de una directiva de la Unión Europea, los mecanismos de control no se limitan a la participación accionaria, sino pueden ser de carácter contractual, en tanto estos se traduzcan en una influencia significativa sobre las operaciones. En la especie se da esa influencia significativa, cuando se permite a un contratante obtener información amplia sobre todas las cuestiones financieras y operativas de su contraparte y además, cuando puede ejercer derechos específicos, por ejemplo, de vetar decisiones.

Hay además evidencia de mecanismos de coordinación, a través de reuniones diversas donde se discutieron aspectos de la operación directa de una de las entidades, lo cual supone, que se está ante lo que, en buena fe y para efecto de preservar los valores insertos en la Ley Federal de Competencia, debe ser regulado por una autoridad.

En el caso, no fue sometido a nosotros, a la autoridad de competencia en su momento, y en ese orden de ideas se incumplió con una obligación legal, esto es estrictamente lo que estamos conociendo y estamos resolviendo en congruencia con los términos que fue redactado, en que fue elaborado y notificado el OPR.

Por lo anterior, estimo que se cumplen los supuestos y que el tipo de decisión que podría tomar hoy el Pleno apoya a la construcción de una legalidad más cuidadosa, a verificar que las actuaciones de los agentes regulados se ciñan en la forma y en el fondo con la letra y el espíritu de las disposiciones legales, y por eso me parece relevante poder proceder en esta ocasión e imponer la sanción que corresponde. No omito señalar, porque fue un elemento relevante, la información no proporcionada en su momento a las autoridades de competencia, sobre dos actos muy relevantes, que efectivamente una vez conocidos y analizados por la autoridad, permiten clarificar con mayor certeza que hay esos mecanismos de coordinación y de control que los ubicaban en el supuesto incumplido en esta ocasión.

En ese orden de ideas, repito, coincido con lo planteado por mis colegas y me pronuncio a favor del proyecto.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias Comisionado Cuevas.

Comisionado Mario Fromow.

Comisionado Mario Germán Fromow Rangel: Gracias señor Presidente, como ya se manifestó aquí, la señora Comisionada y los señores Comisionados que tomaron la palabra antes, aquí estamos evaluando si se actualiza lo establecido en el artículo 16 y el artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente en el momento que se da origen a este procedimiento y también en el artículo 18 del Reglamento de esta Ley, que también estaba vigente en ese momento. Aquí se ha manifestado que, situación que respaldo totalmente, no se está evaluando si la concentración es una concentración prohibida o no; concuerdo con los efectos que esto ha tenido en la provisión de los servicios de televisión restringida vía satelital, pero no es lo que nos ocupa en la resolución que se nos pone a consideración, sino si existe una concentración, ya lo han manifestado conforme al artículo 16 de la mencionada Ley, de concretamente si hubo una adquisición del control o cualquier otro acto por virtud del cual se concentran sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o actos en general que se realicen entre competidores, proveedores, clientes o cuales quiera otros agentes económicos, y también como se manifestó si esta concentración debió ser o no notificada a la Comisión en su momento y que ahora nos toca evaluar como Instituto. Aquí la fracción, como ya lo manifestó el Comisionado Cuevas, la fracción I del artículo 20, establece que cuando el Acto, sucesión de actos que le den origen, independientemente del lugar de su celebración, no importe en la República, directa o directamente un monto superior al equivalente a 18 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, pues se tiene que notificar y en ese sentido el artículo 18 del

Reglamento de la Ley mencionada, su fracción II dice que se debe notificar cuando se adquiriera o se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro agente económico o se adquirieran de hecho o de derecho, activos, participación en fideicomisos, partes sociales o acciones de otro agente económico.

Con los elementos que están en el expediente, hay elementos suficientes que si hacemos una, si se adminiculan, se puede llegar a la conclusión de que sí hay un control, como aquí se manifiesta, de hecho hay influencia, considero que de los elementos que están en el expediente se puede llegar a la conclusión de que efectivamente hay una influencia que se ejerce sobre la operación del otro agente económico y también en base a lo que ya se ha comentado de que en qué momento se incorpora cierta información, para que este Instituto tome la, o determine o lleve o defina la resolución correspondiente, se está empleando lo que determina el artículo 61 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, vigente en ese momento, que decía que la Comisión puede allegarse antes de emitir resolución que ponga fin al procedimiento correspondiente de los medios de convicción que considere necesarios para conocer la verdad sobre los hechos materia de procedimiento de que se trate, siempre y cuando los medios de prueba estén reconocidos por la Ley y tengan relación inmediata con los hechos materia de procedimiento, no regirán para ella las limitaciones ni prohibiciones en materia de prueba establecidos en la relación con los agentes económicos, y bueno hay que señalar también que el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 93, reconoce como medios de pruebas los documentos privados, públicos y privados y los contratos son considerados como documentales público - privada por los que se encuentran reconocidos por la ley.

Y bueno es claro que estos contratos tenían una relación inmediata con los hechos materia del procedimiento.

En conclusión adelanto mi voto a favor del proyecto en los términos presentados. Gracias señor Presidente.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias a usted Comisionado Fromow. Comisionado Fernando Borjón.

Comisionado Luis Fernando Borjón Figueroa: Muchas gracias Comisionado Presidente y buscando también emular al Comisionado Cuevas, buscaré ser breve en mi exposición, sobre un proyecto que es muy detallado, muy que fue elaborado a lo largo del tiempo y con diversos elementos, con hechos que resultan notorios y que constan en los expedientes del Instituto para poder ser tomados en cuenta. Ciertamente algunos de estos elementos no fueron proporcionados en su oportunidad a la Comisión Federal de Competencia, lo cual pues llevó en su momento quizá a diversos tipos de opiniones con respecto al caso, pero viendo esta

información que fue obtenida por parte del Instituto y que consta en sus expedientes. Vemos contratos que en su momento no habían sido tomados en cuenta, ni puestos a disposición, de los cuales se permiten identificar diversas condiciones, opciones y facultades que le otorgan a Telmex y Teninver, para poder tener injerencia sobre la forma en la que se desempeña o se desempeñaba el negocio de Dish México.

Destaco quizá algunas partes del proyecto, que como se señala, por ejemplo en una de las cuestiones y dice, aún más de conformidad con la información que se tiene a la vista, se advierte que Telmex no solo tiene la facultad, la facultad para autorizar la toma de decisiones sobre ciertos eventos, sino que efectivamente ha ejercido esas facultades y se dan algunos ejemplos de estos casos, es decir no es una cuestión hipotética, no es una cuestión posible, es una cuestión que tuvo lugar y que muestra cómo Telmex llegó a tomar decisión y soporta la hipótesis del control sobre la operación de algunas, de algunos aspectos en Dish México. Es decir, que llegaba a condicionar ciertas decisiones, en cuestiones que iban más allá de una relación pura, respectiva facturación y cobranza, o cuestiones de los otros contratos que se manejaban.

Entonces sí, digamos que en el conjunto de los contratos se puede observar esta tendencia, a poder manejar acciones no solo que en su momento se llegaron a manejar como incondicionales e irrevocables, sino aspectos que les permitían regular y coordinar sus actividades en el mercado a través de Dish México.

Hay aspectos en mi opinión por ejemplo, en [REDACTED] del contrato de consecuencias, resultan también claramente indicativas de estas cuestiones, donde en esta cláusula, que se titula presencia de un evento específico, destaca que las partes en este acto reconocen y acuerdan que Telmex y Teninver consideraban como un incentivo para la celebración de este contrato, el de consecuencias, el contrato de opción, el que le daba la opción a la adquisición del negocio de Dish México a Telmex y Teninver y los demás acuerdos referidos en el presente.

Señalando aquí también, que estos contratos y demás acuerdos referidos en dicho contrato de consecuencias, ninguno de los [REDACTED]

Hay claramente ahí cuestiones que van mostrando como se hilan estos aspectos de control, que al final del día nos llevan a la hipótesis que se está analizando, que es la relativa precisamente a que hay una concentración, que debió haber sido notificada y no lo fue.

En tal sentido, creo que el proyecto contiene todos los elementos para sustentar esta hipótesis, los ha desarrollado ampliamente con las dificultades que conllevó obtener la información dadas todas las restricciones para ello, pero partiendo sí de hechos

que fueron notorios y que constan en los expedientes del Instituto, así mismo y desafortunadamente en mi opinión también se está planteando el aspecto de una falsedad de declaraciones respecto a una carta que en su momento, pues no fue presentada cuando fue requerida también como un elemento que podría relacionarse a los contratos. Creo en este otro aspecto que también elabora el proyecto, está debidamente sustentado y bueno pues se está planteando este aspecto, como un aspecto que también debe ser sancionado.

Por lo expuesto, acompaño el proyecto que se nos pone a consideración.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias Comisionado Borjón. Si me lo permiten fijaría posición también respecto al asunto que se somete a nuestra consideración.

La Ley Federal de Competencia prevé que las concentraciones deben ser notificadas antes de que se lleven a cabo, siempre y cuando se encuentren en alguno de los supuestos que prevé la propia Ley.

Se trata de un mecanismo ex ante que tiene el efecto, que tiene el objeto de evitar posibles adversos a las concentraciones una vez que tengan lugar, la obligación de notificar una concentración previa a su celebración precisamente pretende evitar que una vez consumada genere efectos que luego puede ser difícil volver a su estado original.

Cualquier acto que merme las facultades de la autoridad para llevar a cabo de forma efectiva esta verificación, debe ser investigado y en su caso sancionado. En el caso concreto se debe determinar primero si existió o no una concentración, segundo si esa concentración debió ser notificada a la autoridad y tercero si esa concentración afecta o no afecta al proceso de competencia.

De acuerdo con la Ley, se entiende por concentración como aquí se ha dicho cualquiera de los siguientes actos, la fusión, la adquisición de control o cualquier acto por virtud del cual se concentran sociedades, asociaciones, partes sociales, o fideicomisos o activos en general. El Poder Judicial ha resuelto en casos diversos que las concentraciones por control no solo son de jure si no también pueden ser concentraciones de facto o latentes.

Nos encontramos ante concentraciones de facto, cuando existe una influencia decisiva o de control de un agente económico sobre otro, en este caso existe una concentración entre las empresas agrupadas, la cual puede derivar de vínculos comerciales, organizativos, económicos y/o jurídicos; dicha coordinación permite a un agente económico tener un control sobre el otro, una pérdida de autonomía, una pérdida de independencia en su actuar.

En el caso que se somete a nuestra consideración, nos encontramos con una serie de vínculos, no solo de carácter comercial, sino ante un sistema se pueda dar visto así, estructurado a través de diversos contratos que permiten una coordinación que merman la autonomía de Dish para actuar en forma independiente respecto de Telmex – Teninver. Lo anterior ya que los contratos celebrados entre esas empresas el 24 de noviembre de 2008 establecen medidas, incentivos y mecanismos de control que les permiten ejercer una influencia decisiva en la toma de decisiones de Dish y coordinarse para cumplir con objetivos comunes y así mismo le permiten a Telmex

Lo anterior se sustenta con las consideraciones que se encuentran en el proyecto que derivan de diversos elementos probatorios, esencialmente de los contratos; los contratos se celebraron de forma interdependiente, no solo porque se celebraron simultáneamente, como también ya señalaba incluso el Comisionado Borjón, unos fueron incentivos para la celebración de otros, se establece la obligación de los firmantes de dirigir todos sus esfuerzos para consumir todas las obligaciones y derechos establecidos en los mismos, existe una alineación de incentivos entre Telmex – Teninver para dedicar sus esfuerzos al desarrollo del sistema que comercializa Cofresa.

Se establecieron mecanismos para establecer una relación cooperativa, que desincentiva a Dish una operación independiente. Existe una comunicación entre los miembros entre funcionarios de ambas empresas sobre temas, que podrían ir más allá de una simple relación comercial acreedor - deudor, como se pretendiendo hacer valer por los emplazados, se encuentran una serie de actos que no podría realizar Dish, del consentimiento de Telmex.

Dichos actos se relacionan con la participación de Dish

Si bien es cierto que este tipo de características pueden encontrarse presentes en relaciones de acreedor y deudor, lo cierto es que deben ser vistas dentro del entramado de contratos que en su conjunto, insisto, constituyen un sistema de incentivos hacia un fin determinado, se establecen mecanismos de información y comunicación que le permiten a Telmex, tener amplias facultades para acceder

Se establece una serie de derechos y obligaciones a favor de Telmex

si bien es cierto que hay una opción prevista que no se ha concretado y que los mismos contratos establecen

expresamente que se concretaría solo en el momento en que se obtenga la autorización de la autoridad competente, también es cierto que ese derecho que eventualmente podría ejercerse tiene un valor que

[REDACTED]

Todos estos mecanismos, nos tienen que llevar a consultarnos si existe una autentica operación independiente por parte de Dish, o existe esta influencia significativa que la corte ha reconocido como un mecanismo de control y por lo tanto una concentración de jure.

Obra en el expediente y fue parte de la imputación, que se llevaron a cabo múltiples reuniones entre empleados y funcionarios de estas empresas, estas reuniones trataron temas muy diversos, como por ejemplo

[REDACTED]

Y esto nos pone otra vez en la pregunta: ¿Este intercambio de información, esta alineación de incentivos, todo lo que deriva de derechos y obligaciones de los contratos a que me he referido, merman la independencia de Dish? ¿O se puede desprender que de todos los elementos que existe una influencia significativa? ¿Son necesarios estos acuerdos y estas reuniones para la ejecución de los 3 contratos que siempre fueron públicos, facturación y cobranza, distribución y arrendamiento, o van más allá de estos solo 3 contratos?

Comparto las conclusiones a las que arriba el proyecto en el sentido de que, el entramado de contratos, de relaciones, de incentivos, el valor de los derechos y obligaciones, lo que se llama en el proyecto aportaciones, van más allá de una sola relación de acreedor y deudor. Este intercambio de información va más allá de la protección natural de un acreedor de su derecho, tiene que ver como ya he dicho aquí [REDACTED]

[REDACTED] debieran ser independientes de Dish y no estar sujetas a otro tipo de decisiones.

En conclusión, me parece que es atinada la conclusión del proyecto en el sentido de que hay una concentración. Por los umbrales previstos en el régimen jurídico aplicable al momento de la concentración, esta concentración debió de haberse notificado por la autoridad. Otra vez como un mecanismo que prevé la Ley, ex ante para que la autoridad se asegure de si esa concentración o cualquier otra tendrá o no efectos adversos a la competencia; y esto no sucedió, por el contrario como se ha acreditado, se reveló cierta información pero no toda, respecto a las razones contractuales existentes.

¿Eso hace que esta sea una concentración indebida? Definitivamente no. ¿Es una concentración que debió notificarse? La conclusión es que si, y eso es lo que se sanciona, la falta de notificación, pero no significa eso que la concentración tenga un efecto adverso en el proceso de competencia a esa conclusión no llega el proyecto y yo lo suscribo; no hay efectos adversos, no se desprenden efectos adversos a la competencia por esta concentración.

¿Esta concentración implica que haya una explotación del título de concesión?, ¿Esta explotación implica que tenga efectos distintos en otros procedimientos? De ninguna manera, no prejuzga como aquí se ha dicho atinadamente por quienes me precedieron en el uso de la voz, de ninguna manera, sobre el impacto que puede tener, respecto del título de concesión, respecto de la aplicación de la legislación o respecto de otras obligaciones que derivan de la propia Constitución o las leyes. En su caso, correspondería a otros procedimientos previstos por otras leyes y con otras pruebas determinar si eso tuvo o no lugar.

Finalmente, pues apoyo el proyecto también recordando como ya se ha señalado aquí, como han señalado otros Comisionados, que hubo requerimientos expresos respecto de los contratos o documentos que regían las relaciones entre estas compañías y en su desahogo únicamente se mostraron algunos y no todos, la no entrega de esta información relevante constituye que no se aportó a la autoridad toda la información necesaria para llegarse a la realidad de los hechos, esto constituye una falsedad y por tanto también apoyo en esos términos las conclusiones del proyecto.

Habiendo dicho eso y habiendo fijado todos posición, someto a aprobación de los presentes el proyecto presentado por la Unidad de Competencia Económica. Quienes estén por su aprobación, sírvanse en manifestarlo.

Lic. Juan José Crispín Borbolla: Se aprueba por unanimidad de los Comisionados presentes.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias.

Comisionado Adolfo Cuevas.

Comisionado Adolfo Cuevas Teja: Olvidaba algo, plantear la pertinencia Comisionado Presidente, no creo que requiera una votación formal solamente un consenso por ser una ruta jurídica obligada, el que nuestra Unidad de Asuntos Jurídicos cuyo titular está aquí presente, pueda analizar la pertinencia de presentar una denuncia de tipo penal en función de los hechos conocidos y en la vía administrativa, sancionados por este Instituto.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias Comisionado Cuevas, ciertamente la Ley prevé una sanción en el caso de falsedad y señala expresamente que es sin perjuicio de las responsabilidades penales a que pudiera haber lugar; por lo que me parece muy pertinente el señalamiento, este se instruye a la Unidad de Asuntos Jurídicos que se revisen los elementos que existen y de considerarlo procedente, se formule denuncia ante la autoridad competente, para los efectos a que haya lugar.

Lic. Juan José Crispín Borbolla: Así lo haríamos constar Presidente y lo veríamos con la Unidad de Asuntos Jurídicos.

Comisionado Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar: Muchas gracias. No habiendo otro asunto que tratar, damos por concluida la sesión muchas gracias.

Lic. Juan José Crispín Borbolla: Gracias.