



## RECOMENDACIÓN QUE EMITE EL VII CONSEJO CONSULTIVO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES SOBRE OBJETO Y EFECTO<sup>1</sup>

### ANTECEDENTES

El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece a la competencia como un bien jurídico tutelado y señala que el mandato de la legislación es “garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y **demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados**”. De esta forma la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) identifica a las prácticas monopólicas absolutas y relativas como restricciones al funcionamiento de los mercados y, en consecuencia, establece mecanismos para combatirlos.

De esta forma, tanto el artículo 53 de la LFCE que tipifica a las prácticas monopólicas absolutas como el artículo 54 del mismo ordenamiento que se refiere a las prácticas monopólicas relativas prohíben aquellas conductas que tengan o puedan tener como **objeto o efecto** dañar el proceso de competencia y libre concurrencia y que actualicen los demás supuestos normativos ahí establecidos.

Nótese que ambos artículos distinguen los supuestos de objeto o efecto lo que debiera reflejarse en la aplicación de la ley y razonarse en las resoluciones emitidas por las autoridades de competencia. En efecto, si bien sería deseable que, en este caso, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT o Instituto) hiciera explícitas todas sus consideraciones para identificar cuándo sanciona una práctica por su objeto y cuándo por su efecto, esto no necesariamente sucede en la práctica.

---

<sup>1</sup> Se considera que una empresa actuó de manera anticompetitiva por objeto cuando la empresa tuvo el objetivo de dañar a la competencia. Se dice que la práctica tuvo efecto, cuando se puede mostrar que esta práctica afectó verdaderamente la competencia.



Por ejemplo, en el caso Claro II<sup>2</sup> los imputados señalaron: “(...) *corresponde al Pleno del IFT (...) señalar qué debe entenderse por “objeto” y qué por “efecto” y bajo qué criterios o estándares debe probarse su actualización. Lo anterior, toda vez que lo dispuesto en artículo 54, fracción III, de la LFCE distingue gramatical y conceptualmente entre “objeto” y “efecto” y, en consecuencia, debe distinguir también entre las reglas de juicio aplicables.*”<sup>3</sup>

En Claro II los imputados argumentaron por una distinción entre objeto y efecto y por combatir lo que ellos veían como una acusación en la que los mismos argumentos se utilizaban para mostrar que las dos circunstancias ocurrían: el objeto y el efecto, los imputados argumentaron que si había distinción gramatical deberían establecerse principios que delimitaran la aplicación de los criterios.

Independientemente del desarrollo de este caso específico, este Consejo Consultivo considera que sería deseable que se establecieran guías o documentos de referencia que pudieran orientar a la sociedad respecto de los criterios de la autoridad o, en su defecto, reflejara en su práctica administrativa los criterios aplicables. En efecto:

1. El enfoque propuesto en esta recomendación es establecer un esquema para evitar acusaciones de prácticas monopólicas relativas que no afecten la eficiencia de los mercados. Esto es, se argumenta a favor de explicitar la metodología que ha desarrollado el IFT para delinear la teoría de daño y realizar el análisis de efectos en las acusaciones por prácticas monopólicas relativas, a fin de evitar acusaciones que no tienen la potencialidad de dañar el proceso de competencia y libre concurrencia.
2. Se considera establecer mecanismos en los que se pueda distinguir entre colaboración legítima entre competidores que tiene fines procompetitivos respecto de las prácticas que son restricciones *per se* a la competencia, así como las salvaguardas que deben adoptarse en esas colaboraciones.

---

<sup>2</sup> Es una acusación a Telcel y Telmex por incluir los servicios de video (Claro) sin costo a sus usuarios.

<sup>3</sup>Véase Exp: AI/DE-002-2017 p,162.



La motivación para la emisión de esta recomendación se sustenta en la experiencia internacional reciente que apunta a que, en la resolución de algunas investigaciones relevantes, desde la perspectiva del análisis económico, se han detectado situaciones en las cuales la resolución y aplicación de remedios a prácticas anticompetitivas juzgadas solamente por su “objeto” puede resultar en pérdidas de eficiencia.

En consecuencia, cada vez en más jurisdicciones se está cuestionando si tales pérdidas de eficiencia en los sectores investigados son superiores al evidente ahorro de recursos que tal criterio de decisión le representan a las autoridades de competencia.<sup>4</sup> A continuación, se describen algunas situaciones en las que las decisiones de sancionar prácticas de negocios por “objeto” como anticompetitivas pueden producir pérdidas en eficiencia; en algunos casos, por no demostrarse daños o económicos o incluso por carecer de una teoría de daño.

En el caso de la práctica monopólica relativa consideramos que para mostrar que una política de una firma tiene el objeto de dañar la competencia, es necesario contar con una teoría de daño coherente. Muchas de las prácticas que son procompetitivas dañan a los competidores. Sin embargo, el estándar de la ley considera que lo que se debe dañar es la eficiencia de los mercados (que en muchos casos es sinónimo de competencia), no a los competidores. Por ejemplo, la oferta de un nuevo producto que requiere de que el consumidor lo experimente para atraer demanda (*experience good*) puede implicar que se fije el precio debajo de costo.

Si existen externalidades de adopción (externalidades de red), un plan de negocios que no sea anticompetitivo puede implicar la venta por debajo de costo. Seguramente esto perjudicará a los competidores, pero, ¿será ineficiente? Es muy posible que la autoridad investigadora de algún país inicie una investigación e impute a la empresa por prácticas monopólicas relativas. Pero un análisis de eficiencia podría mostrar que, dadas las externalidades de adopción, poner un precio por debajo de costo puede ser eficiente para la industria. La práctica tuvo como objeto dañar a los competidores, pero no a la eficiencia

---

<sup>4</sup> Véase Posada P y Antonio F. (2015) “**The Object of my Effect: The Role of Economics in Restrictions “By Object” in the European Union**” NERA Economic Consulting, en particular la cita número 6.



de los mercados necesariamente. De hecho, nuestra ley reconoce que en la autoridad debe considerar potenciales ganancias en eficiencia de las prácticas investigados cuando así lo acredite el investigado o imputado.

Otro ejemplo son las exclusividades en los sistemas de distribución. Cuando existen inversiones específicas que puede hacer el vendedor aguas arriba en un distribuidor que genera una eficiencia en las ventas, puede que el vendedor le exija al distribuidor un contrato exclusivo. Así, aunque una empresa tenga poder sustancial de mercado e invierta en una relación específica con un distribuidor, podría ser una relación eficiente. Esto hacen las tiendas premium, por ejemplo.

De los ejemplos mostrados por la Unidad de Competencia y la Autoridad Investigadora del IFT observamos que en el caso Blue Label, se acusaba sobre la base de una exclusividad entre Bimbo y Telcel; y, a pesar de no explicitar una teoría de daño se concluyó que violaba la LFCE. En este caso particular, se observa que la acusación fue por objeto, sin considerar la necesidad de hacer una evaluación de los efectos de la conducta sancionada o su potencialidad, sin considerar la afectación al funcionamiento eficiente de los mercados:

*“Es decir, que la imputación presuntiva que emite la Autoridad Investigadora del Instituto, así como la sanción que, en su caso, corresponde imponer a este Pleno por la comisión de prácticas monopólicas relativas, puede actualizarse tomando en consideración el objeto o efecto de las conductas contrarias a la LFCE. Así pues, el legislador dotó al Instituto, como autoridad en materia de competencia económica para los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, de la facultad técnica y discrecional de investigar, imputar y, en su caso, sancionar las conductas de los agentes económicos que pudieran resultar contrarias al proceso de competencia y libre concurrencia, por su objeto o efecto, sin que de ello pudiera desprenderse que en la investigación, imputación o, en su caso, sanción, de dichas conductas tuvieran que acreditarse ambos supuestos normativos (es decir, el objeto y efecto), sino que basta que se colme únicamente uno de esos extremos para que el instituto se encuentre*



*facultado para realizar la imputación o, en su caso, sanción, de la conducta que encuadre en alguna de las fracciones que integran al artículo 10 de la LFCE. En el caso concreto del Expediente, el OPR construyó su imputación presuntiva con base en elementos de convicción suficientes que permitieron concluir que las Emplazadas tuvieron el objeto de desplazar a sus competidores de manera indebida en el Mercado Relevante y los Mercados Relacionados, y no así por los efectos que dicha conducta pudiera haber tenido en los citados mercados.” P.*

*236 Caso: EXPEDIENTE E-IFT/UCE/DGIPM/PMR/0006/2013.*

En este sentido y aún bajo una imputación “por objeto” es relevante construir un argumento utilizando principios económicos, porque el análisis económico permite fundamentar más claramente hasta dónde llega el daño a la competencia y no a los competidores. En el expediente citado anteriormente, argumentos de eficiencia de la pericial de Telcel son desestimados de manera genérica. No se juzga aquí la resolución, la cual muy posiblemente tenga sustento legal. Lo que se plantea es que se necesita más análisis económico para poder discernir una práctica procompetitiva de una práctica anticompetitiva. Para ello es necesario una teoría de daño; especialmente si se está acusando como una práctica monopólica relativa por objeto. Dado que no hay efecto, más vale que sí haya habido un objetivo de afectar la competencia (y no a los competidores).

Mas aún, en el caso de prácticas monopólicas relativas, no es deseable hacer una acusación por objeto si no hay evidencia sólida de que se afectó al proceso competitivo.<sup>5</sup>

El caso de la colaboración entre competidores, la experiencia internacional también ilustra cómo es relevante decantar lo que es una práctica *per se* y el tipo de acuerdos que deben revisarse bajo una óptica diferente. En una resolución reciente de la Corte de Justicia Europea, el llamado caso Budapest Bank, discutió si los operadores de tarjetas bancarias podían fijar las mismas tasas de intercambio (un precio relacionado con las compras en

---

<sup>5</sup> Sabemos que la ley habla de objeto y efecto y que puede ser legal la acusación puramente por objeto, pero lo que se cuestiona acá es si este procedimiento (aunque legal) tenga sentido económico y no se cometa el error de perseguir prácticas procompetitivas. Con el objetivo de ahorrar recursos, se está afectando la eficiencia de los mercados.



lugares comerciales por tarjetahabientes de crédito o débito). En los mercados de múltiples lados, la fijación de la tasa de Intercambio tiene efecto sobre la operación eficiente de los mercados, el tema de daño a la eficiencia en la operación de los mercados no es claro: *“the Court (para 44 and 82-83) held that an agreement that was capable of having pro-competitive effects should not be considered restrictive by object. Even when the later was found, the actual effect could still be of relevance for the classification,”*<sup>6</sup>

La implicación de la cita nos lleva a que es necesario tener una noción económica de daño (y de funcionamiento de los mercados) para definir algo como restrictivo por objeto; separar el posible impacto anticompetitivo de aquel que pueda ser procompetitivo. Mas aún, plantea que es necesario, en estos casos, tener evidencia de efectos para acusar por objeto. Aunque se pueda plantear un objeto (aparente) de restringir la competencia, el efecto debe ser tomado en cuenta para la acusación por objeto.<sup>7</sup> La necesidad de una prueba de daño también se enfatiza en la siguiente cita: *“Only conduct whose harmful nature is proven and easily identifiable, in the light of experience and economics, should therefore be regarded as a restriction of competition by object, and not agreements which, having regard to their context, have ambivalent effects on the market or which produce ancillary restrictive effects necessary for the pursuit of a main objective which does not restrict competition.”*<sup>8</sup> La cita está relacionada también con temas de tarjetas bancarias y arguye por pruebas basadas en la experiencia y en la economía para argumentar una acusación por objeto.

En resumen, existe ya a nivel internacional una discusión sobre si es posible acusar sólo por objeto a prácticas que se presume que afectan el proceso competitivo. También existe una argumentación a favor de sustentar los casos con teorías de daño basadas en principios económicos.

---

<sup>6</sup> Véase Bergqvist C. (2020), “What to Consider Restrictive by Object” en Kluwer Competition Law Blog

<sup>7</sup> La acusación en este caso correspondía a una imputación por colusión.

<sup>8</sup> Friend M. (2020) “Restrictions by Object under EU Competition Law” *Cambridge Law Journal*, vol.79, n.3, pp. 423-427.



Posada y Freitas (2015)<sup>9</sup> plantea que la teoría de daño que respalda una acusación por objeto debe satisfacer dos requerimientos:

- 1) La teoría de daño debe estar basada firmemente en el análisis económico (teoría económica).
- 2) Debe haber evidencia empírica (o previa) de cómo la práctica daña la competencia.

La mayoría de las acusaciones por objeto no satisfacen este estándar en el caso de prácticas monopólicas relativas. Si una práctica tuvo efecto, debe haber evidencia palpable de que la práctica dañó la competencia (no a los competidores). Las pruebas que usualmente se aducen (como son participaciones de mercado) no son en general una prueba contundente de que se dañó la competencia. Establecer causalidad de manera científica debería ser el objetivo, no utilizar una simple correlación. En el caso de prácticas monopólicas relativas, las acusaciones por objeto deben de estar sustentadas en evidencia analítica o cuantitativa de que hubo un daño a la competencia, de que hubo efectos.

Respecto a prácticas monopólicas absolutas el uso de los términos objeto y efecto está asociado generalmente con la acusación *per se*. En prácticas monopólicas absolutas existen dos maneras de probar la violación a la ley: 1) con pruebas directas de colusión (testimonios o bien minutas, por ejemplo); 2) el uso de la prueba indirecta que usan evidencia real sobre precios para probar la práctica<sup>10</sup>. Cuando existen pruebas directas de colusión se supone el principio *per se*, es decir, se supone que la práctica tuvo por objeto dañar la competencia.

Las pruebas son suficientes para decir que un acuerdo entre competidores tuvo el objeto de dañar la competencia. Sin embargo, acá también existe controversia. De acuerdo a la práctica jurídica en Estados Unidos, se involucra el principio *per se* solo si la práctica tuvo como objeto reducir la oferta (y con ello la subida de precios) y la autoridad tiene prueba

---

<sup>9</sup> Pedro Posada y António Freitas (2015, “The Object of my Effect: The Role of Economics in Restrictions “By Object” in the European Union”, NERA Economic Consulting, 30 September 2015 (disponible en [https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/PUB\\_Restrictions\\_By\\_Object\\_0915.pdf](https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/PUB_Restrictions_By_Object_0915.pdf))

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, la investigación sobre medicinas del IMSS Véase los expedientes: IO-003-2006, RA-019-2010, RA-028-2010 y demás acumulados.



directa de la existencia de esta conducta (no se habla de dañar la competencia)<sup>11</sup>. En resumidas cuentas, en Estados Unidos la práctica *per se* también requiere de un análisis mínimo para determinar si se puede aplicar el principio *per se* (determinar si hay prueba contundente de que se busca disminuir la oferta). Si la práctica no tuvo como objetivo disminuir la oferta, es necesario hacer análisis económico para investigar si la práctica tuvo como objeto dañar a la competencia. El caso de sistemas de pagos con tarjeta discutido arriba empezó por lo que en México sería catalogado como una práctica monopólica absoluta y, sin embargo, la corte encontró que el acuerdo sobre tasas de intercambio era capaz de generar efectos procompetitivos: no solo no se aceptó el concepto *per se*, sino que se obligó a analizar los efectos de la práctica.

Un ejemplo interesante respecto a las prácticas monopólicas que podrían considerarse como absolutas son los acuerdos de los equipos de la NFL<sup>12</sup> respecto a poner un tope a los gastos por equipo, que se traduce en un tope a los gastos en jugadores. Una aplicación simple de la *Sherman Act* implicaría un acuerdo de competidores. Sin embargo, la NFL tiene una excepción frente a acusaciones de colusión por el hecho de que ha mostrado que este tipo de restricciones favorece la competencia en la liga. (No existen asimetrías en el gasto de los equipos, lo que implica que el talento empresarial es la diferencia, etc.). Otros ejemplos son los clubes de compra que ocurren cuando los competidores se enfrentan a vendedores que tienen poder monopólico.

En el caso de los efectos de la práctica de colusión y monopólicas relativas, debe existir un análisis (cuasi científico) que permita mostrar causalidad de la práctica hacia la información que se tiene de la industria. En la medida en que esta causalidad sea más tenue, las multas se deben de ajustar acordemente. En el caso de prácticas monopólicas relativas, cuestionamos incluso que se pueda hacer puramente una acusación por objeto, sin ninguna evidencia de efectos y sin teoría de daño (o del caso).

---

<sup>11</sup> Véase: American Bar Association: Section of Antitrust Law, “Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws”, 2018.

<sup>12</sup> National Football League.



## CONCLUSIONES

Existe una discusión a nivel internacional que plantea que cualquier acusación de práctica monopólica (absoluta o relativa) debe estar sustentada en una teoría de daño o teoría del caso basada firmemente en el análisis económico. Esta acusación debe acompañarse de evidencia empírica (o previa)<sup>13</sup> que sustente la acusación; en otras palabras, se pide algún tipo de efecto sobre el proceso competitivo.

Consideramos que las prácticas monopólicas relativas deben de ser acompañadas de evidencia de que el objetivo de afectar la competencia surtió efecto en la industria que se analiza o, al menos, evidencia de que en el pasado prácticas similares en circunstancias similares afectaron la competencia. En ausencia de esta evidencia, estaríamos yendo contra el mandato constitucional que es combatir las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados cayendo en una acusación *per se*.

El análisis del efecto debe estar basado en principios económicos y estadísticos que nos permita (cuasi científicamente) inferir que la práctica tuvo o tiene la potencialidad de un efecto que daña al mercado. Esto aplica a prácticas monopólicas relativas, para las absolutas por lo menos debe haber un análisis económico mínimo que permita generar una teoría del caso sólida para descartar otros fines o efectos (potencialmente eficientes).

Respecto de este último punto, el Consejo Consultivo reconoce la necesidad de generar criterios que permitan utilizar la regla de la razón para valorar colaboraciones potencialmente legítimas entre competidores.

Continuar con prácticas heredadas del pasado puede llevarnos a incurrir en acusaciones que afectan el funcionamiento eficiente de los mercados.

---

<sup>13</sup> Referencia a casos similares.



## RECOMENDACIÓN

Considerando lo anterior, este Consejo Consultivo recomienda al IFT que:

- I. Desarrolle lineamientos o documentos de referencia, que expliciten los criterios que aplican para analizar las prácticas monopólicas absolutas y relativas utilizando consideraciones económicas sobre competencia y eficiencia de los mercados, de tal forma que se salvaguarde el fin jurídico tutelado por nuestro marco legal que reconoce a la competencia como un medio para alcanzar la eficiencia en el funcionamiento de los mercados;
- II. Fortalezca el análisis económico de los problemas de competencia en el sector de telecomunicaciones y radiodifusión y explicita en sus razonamientos y decisiones las teorías de daño o del caso que las sustenten;
- III. En los lineamientos o documentos de referencia que emita y que guíen la práctica administrativa reconozca que, en el caso de las prácticas monopólicas relativas se debe construir una teoría de daño y analizar de manera científica si hay un impacto real sobre los mercados, debiendo haber evidencia analítica o cuantitativa contundente de que el objeto tuvo algún efecto, evitando caer en acusaciones *per se*;
- IV. En el caso de las prácticas monopólicas absolutas los lineamientos o documentos de referencia que emita, debe considerar una teoría de caso palpable con la potencialidad de dañar al mercado para imputar una práctica por objeto, así como la necesidad de identificar el daño al mercado (efectos) para que se refleje al momento de establecer la multa correspondiente. Adicionalmente, explorar la conveniencia de establecer guías de colaboraciones legítimas entre competidores que no configuren prácticas monopólicas absolutas y las salvaguardas que deben de adoptar para evitar que generen efectos anticompetitivos;
- V. Fomentar una cooperación y capacitación constante y recíproca entre el Instituto y los jueces y magistrados de los tribunales especializados en



materia de competencia económica y telecomunicaciones, para ampliar el conocimiento de las mejores prácticas para incorporar el análisis económico de las prácticas monopólicas; especialmente, para poder desarrollar e identificar imputaciones por objeto y efecto, y

- VI.** Mantener en sus resoluciones la interpretación económica sobre competencia y eficiencia de los mercados, de tal forma que se entienda que la competencia no es más que un medio para alcanzar la eficiencia en el funcionamiento de los mercados.

Lilia Eurídice Palma Salas  
Presidenta del VII Consejo Consultivo

Mtra. Rebeca Escobar Briones  
Secretaria del Consejo Consultivo

La Recomendación fue aprobada por el VII Consejo Consultivo del Instituto Federal de Telecomunicaciones por unanimidad de votos de los consejeros: Alejandro Ildefonso Castañeda Sabido, Sara Gabriela Castellanos Pascacio, Ernesto M. Flores-Roux, Mario Germán Fromow Rangel, Gerardo Francisco González Abarca, Misha Leonel Granados Fernández, Ali Bernard Haddou Ruiz, Salma Leticia Jalife Villalón<sup>14</sup>, Luis Miguel Martínez Cervantes, Lucía Ojeda Cárdenas, Eurídice Palma Salas y Cynthia Gabriela Solís Arredondo. Lo anterior, en la X Sesión Ordinaria celebrada el 28 de septiembre de 2023, mediante Acuerdo CC/VII/IFT/280923/31, de conformidad con el artículo 17 de las Reglas de Operación del Consejo Consultivo del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

El Grupo de Trabajo que desarrolló el proyecto de Recomendación está integrado por su coordinador el consejero Alejandro Ildefonso Castañeda Sabido, con la participación de los consejeros Sara Gabriela Castellanos Pascacio y Ali Bernard Haddou Ruiz.

---

<sup>14</sup> La consejera Salma Leticia Jalife Villalón manifestó intermitencias en el servicio de internet, por lo que expresó su voto a la recomendación vía WhatsApp en el grupo del VII CCIFT el 28 de septiembre de 2023.

FIRMADO POR: LILIA EURIDICE PALMA SALAS  
FECHA FIRMA: 2023/10/08 7:33 PM  
AC: AUTORIDAD CERTIFICADORA  
ID: 71798  
HASH:  
5330712402604A3535E0B73F6346BF83E426782AB7AE34  
89D04CBE8149CDD9F1

FIRMADO POR: REBECA ESCOBAR BRIONES  
FECHA FIRMA: 2023/10/09 8:23 AM  
AC: AUTORIDAD CERTIFICADORA  
ID: 71798  
HASH:  
5330712402604A3535E0B73F6346BF83E426782AB7AE34  
89D04CBE8149CDD9F1