



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

Voto particular que formula el Comisionado Miguel Flores Bernés en la resolución emitida por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia (en adelante, "Comisión"), el once de diciembre de dos mil siete, respecto al recurso de reconsideración interpuesto por el representante legal de Paxia, S.A. de C.V. (en adelante, "Paxia"), el veinticuatro de septiembre de dos mil siete, registrado bajo el número de expediente RA-26-2007, en contra de la resolución dictada en el expediente CNT-18-2007, el ocho de agosto de dos mil siete.

En el presente voto se establecen las razones por las cuales el suscrito vota en contra de los puntos resolutiveos primero, segundo y tercero de la resolución aludida. El primer resolutiveo declara fundado pero insuficiente, el recurso interpuesto por Paxia. El segundo resolutiveo, considera jurídica y económicamente viables las nuevas condiciones presentadas por Paxia a la Comisión, mediante escrito de fecha tres de diciembre del año en curso, modificando en lo particular las condiciones referidas, con el fin de establecer nuevas condiciones a las que se sujeta la autorización de la concentración. Finalmente, el resolutiveo tercero considera que al haber resultado viables los compromisos presentados por Paxia, ésta deberá dar cumplimiento a los mismos dentro de los plazos y en los términos y condiciones que al respecto señala la consideración décimo tercera de la resolución.

El suscrito no comparte el criterio adoptado por la mayoría de los Comisionados en el presente asunto, en razón de que, tras el análisis efectuado a los artículos 16, 17, 18 y 19 de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante "LFCE"), 16 y 17 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante "el Reglamento"), así como a las manifestaciones realizadas por Paxia en su recurso de reconsideración, he apreciado que las nuevas condiciones presentadas por Paxia el pasado tres de diciembre, no atienden los supuestos previstos en los artículos 16 y 17 del Reglamento y, por ello, no están directamente vinculadas a corregir, prevenir o superar los efectos anticompetitivos que pudieran derivarse de la concentración pretendida.

En tal virtud, a continuación elaboraré sobre las razones en las que fundamento mi posición, atendiendo a tres aspectos: *i)* demostrar porque las nuevas condiciones presentadas por Paxia el pasado tres de diciembre de 2007, no atienden los supuestos previstos en los artículos 16 y 17 del Reglamento y, por ello, no están directamente vinculadas a corregir, prevenir o superar los efectos anticompetitivos que pudieran derivarse de la concentración pretendida; *ii)* señalar porque considero que las razones aducidas por Paxia en su recurso de revisión son fundadas y suficientes para revocar la resolución y emitir una nueva; y, *iii)* referiré ciertas incertidumbres jurídicas relacionadas con la fundamentación y motivación de la presente resolución.

A continuación, procedo a justificar las razones que me impiden compartir la decisión mayoritaria en cuanto a los temas identificados.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

001221

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

I.- Nuevas condiciones.

En la consideración décimo tercera de la resolución, se hace referencia al escrito de fecha tres de diciembre del año en curso, mediante el cual Paxia sometió a consideración de esta Comisión una serie de condiciones, mismas que fueron aceptadas por los Comisionados que integraron la mayoría del Pleno y quedaron plasmadas en el resolutivo segundo de la resolución.

Al respecto, me permito realizar las siguientes consideraciones:

- (a) Respecto a la operación notificada, no existe duda que la concentración confiere al agente económico Grupo Televisa, S.A.B. (en adelante, "Grupo Televisa" o "GTV"), mediante la participación que mantiene en los servicios de televisión restringida vía satélite (con el nombre comercial de SKY®) y la que adquiriría en Cablemas, S.A. de C.V. (en adelante, "Cablemas"), el poder de fijar precios unilateralmente y restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante de la distribución y comercialización de paquetes de canales de televisión y audio restringidos, por cable y vía satélite, en diversas localidades del territorio nacional, sin que otros concesionarios puedan actual o potencialmente evitar dichas conductas.

Lo anterior queda expresamente manifestado en diversos apartados de la resolución. Por ejemplo, en las páginas dos (Resumen) y doscientos cuarenta y siete (consideración Décima tercera) de la referida resolución se indica:

"- La concentración posicionaría a GTV como el principal concurrente en 21 mercados geográficos de distribución y comercialización de paquetes de canales a través de las distintas modalidades de transmisión de televisión y audio restringidos y en otros 11 sería el único. Lo anterior, aunado a las barreras a la entrada identificadas así como la integración vertical que conseguiría Cablemas, confiere al agente que concentra el poder de fijar precios unilateralmente y restringir sustancialmente el abasto en al menos 32 de los 40 mercados geográficos en los que la operación tendría efectos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder."

- (b) De conformidad con el artículo 16 de la LFCE, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

- (c) El artículo 17 de la LFCE indica que en la investigación de concentraciones, la Comisión habrá de considerar como indicios de los supuestos a que se refiere el artículo 16, que el acto o tentativa:

“I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;”.

No hay duda de que el supuesto descrito anteriormente se manifiesta claramente en el caso que nos ocupa, en virtud de que a través de la concentración pretendida, Grupo Televisa adquirirá el poder de fijar unilateralmente los precios -en el mercado de suministro de canales de televisión y audio restringido- en los municipios de: **Camargo, Cuauhtémoc, Delicias y Meoqui, Chihuahua; Tepeji del Río, Hidalgo; Lagos de Moreno y Ocotlán, Jalisco; Los Reyes Acaquilpan y Chimalhuacán, Estado de México; Chetumal y Mahahual, Quintana Roo; Ciudad Mante, Tamaulipas; Coatzintla y Minatitlán, Veracruz; Tecate y Playa de Rosarito, Baja California; Iguala y Zumpango del Río, Guerrero; y, Tula de Allende, Hidalgo**, por el simple hecho de que será el único vendedor (monopolio) de los servicios de televisión y audio restringido o, al menos, tendrá una participación de mercado que le otorgará poder sustancial en dichas localidades.

Por otro lado, el segundo supuesto que contempla el artículo 17 de la LFCE, señala:

“II. Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante, y...”.

La presunción descrita se materializa en la especie ya que al adquirir poder sustancial en las localidades referidas, Grupo Televisa podría desplazar indebidamente a otros agentes o podría impedir su acceso al mercado relevante, en razón de que estaría en posibilidad de ejercer su poder o llevar a cabo prácticas monopólicas relativas en el mercado relevante.

Recordemos que, conforme al artículo 10 de la LFCE, para que un agente económico pueda “desplazar indebidamente” a sus competidores, llevando a cabo

prácticas monopólicas relativas, es necesario que cuente con poder sustancial de mercado, situación que se actualiza en este caso.

Finalmente, el tercer supuesto previsto en el artículo 17 de la LFCE, dispone:

“III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley.”

Al adquirir poder sustancial en las localidades señaladas (en la que cada una constituye a su vez un mercado relevante), Grupo Televisa sin duda calificaría como un agente al cual se le debería sancionar en términos del artículo 10 de la LFCE si se ubicara en cualquiera de los supuestos jurídicos previstos en las fracciones de dicho artículo. Es evidente que cuando un agente económico adquiere poder sustancial en algún mercado se facilita sustancialmente la posibilidad de que cometa prácticas monopólicas relativas.

- (d) El mandato del artículo 16 de la LFCE a la Comisión es claro: se deberán impugnar y sancionar las concentraciones contrarias a la competencia y la libre concurrencia. Cuando una operación pueda conferir a los agentes económicos poder para influir sobre el mercado, puede también quedar comprendida dentro de lo señalado por el segundo párrafo del artículo 28 Constitucional; es decir, la concentración referida podría considerarse dentro de: *“(...) todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.”*, por lo que podría ser sancionada u objetada en términos de la LFCE.
- (e) En relación con el procedimiento preventivo que ordena la notificación de las concentraciones antes de que se perfeccionen, se puede comentar que el propósito del legislador ha sido combatir las conductas que pongan en peligro la integridad de los bienes jurídicos que tutela; en concreto, el proceso de competencia y libre concurrencia, de lo que sigue que no sólo se cumple con ese objeto en la vía represiva sino también en la vía preventiva, ya que esperar a que las concentraciones se consumen, para después sancionarlas, sin duda traería un grave perjuicio a la sociedad, además de que resulta más difícil -material y jurídicamente- volver las cosas al estado en el que se encontraban previo a la consumación de una concentración, que dictar las medidas necesarias para evitar los perjuicios al mercado que con ella pudieren suceder.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

001224

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

- (f) Respecto al análisis preventivo de las concentraciones la **Suprema Corte de Justicia de la Nación** ha dicho que:

*“.. tampoco es exacto que la ley sancione las concentraciones cuando el riesgo para la libre competencia o la competencia sea potencial, no real, pues el análisis detallado de los textos legales transcritos revela que las concentraciones se declaran prohibidas siempre que confieran a las partes un poder real sobre el mercado que les permita dañar, disminuir o impedir aquéllas”.*¹

- (g) Conviene recordar que artículo 19 de la LFCE establece que:

“Si de la investigación y desahogo del procedimiento establecido por esta ley resultara que la concentración configura un acto de los previstos por este capítulo, la Comisión, además de aplicar las medidas de apremio o sanciones que correspondan podrá:

I. Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que fije la Comisión, o...”.

- (h) Entonces, es posible colegir que conforme a los artículos 16 y 17 de la LFCE resulta que la regla principal es que una concentración que afectaría a la competencia y libre competencia debe ser impugnabile. No obstante, el artículo 19 transcrito, abre la posibilidad de que la Comisión no impugne una concentración si es posible sujetar la operación a condiciones que subsanen los posibles daños a la competencia y libre competencia.
- (i) En la doctrina internacional, se ha utilizado el término “*Merger Remedies*” que ilustra claramente que lo que se busca con las condiciones es precisamente reparar aquellos daños que se pudieran dar con la operación. Por lo tanto, ante una concentración dañina, es posible que el órgano regulador diseñe una serie de acciones que enmienden, o mejor dicho, prevengan aquellos daños identificados.
- (j) En relación a las condiciones, el Reglamento señala que la Comisión podrá establecer a los agentes económicos, en términos de la fracción I del artículo 19 de la Ley, condiciones que podrán consistir en:

¹ Amparo en Revisión *Warner Lambert* 3589/96.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

001225

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

*“I. Llevar a cabo una determinada conducta, o abstenerse de realizarla;
II. Enajenar a terceros determinados activos, derechos, partes sociales o acciones;
III. Eliminar una determinada línea de producción;
IV. Modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar;
V. Obligarse a realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado, así como dar acceso o vender bienes o servicios a éstos, o
VI. Las demás que tengan por objeto evitar que la concentración pueda disminuir, dañar o impedir la competencia o libre concurrencia.”*

- (k) Asimismo, como también lo dice el Reglamento, es claro que para ser válidas, las condiciones deben estar vinculadas a la corrección de los efectos de la concentración y, además, ser proporcionadas. Recordemos que sin las condiciones, la Comisión tendría que impugnar la concentración, por lo que se debe motivar correctamente las razones particulares y circunstancias que la Comisión toma en cuenta para considerar que esas, y no otras, son las condiciones adecuadas para corregir los efectos negativos de la concentración en la competencia y libre concurrencia.
- (l) No obstante que algunas de las condiciones presentadas el tres de diciembre del año en curso podrían ser necesarias para corregir posibles efectos de la concentración en los mercados relacionados de televisión abierta y comercio de contenidos, **considero que no son suficientes para reparar aquellos daños que se pudieran dar con la operación en el mercado relevante de la distribución y comercialización de paquetes de canales de televisión y audio restringidos, por cable y vía satélite, en diversas ciudades del territorio nacional.**
- (m) La Comisión se enfrenta a un dilema regulatorio complejo, en razón de que las condiciones propuestas permitirían que se aumenten las probabilidades de que se pudiera dar algún tipo de competencia, no sólo en los mercados relevantes, sino también en otros mercados relacionados. Asimismo, es previsible que al mercado relevante de televisión restringida se incorporen pronto nuevos oferentes muy poderosos, mismos que operan actualmente en el mercado de telecomunicaciones y que podrían ser importantes jugadores en el mercado de televisión restringida. No obstante, las condiciones aceptadas por la mayoría de los señores Comisionados no serán suficientes para garantizar que no se dé un efecto negativo en diversas ciudades en razón de los monopolios locales de televisión restringida que se



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

001226

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

estarían creando. El dilema regulatorio se traduce en decidir si se sacrifica la eficiencia en el mercado actual por una potencial eficiencia futura.

En virtud de las manifestaciones expresadas con anterioridad, considero que las condiciones debieron ser analizadas bajo la siguiente perspectiva:

1) Con la salida de Cablemás de Productora y Comercializadora de Televisión, S.A. de C.V. (en adelante, "PCTV"), se evitaría que Cablemás obtenga un mayor acceso privilegiado al insumo "contenidos" a través de PCTV y de su socio, Grupo Televisa. La condición es adecuada para solventar parcialmente un problema derivado de la concentración, pero no resuelve el problema de monopolio en las localidades donde quedará Grupo Televisa como único proveedor de televisión restringida.

2) En términos generales, el condicionamiento consistente en el denominado "*Must offer*" -en virtud del cual Grupo Televisa ofrecería sus canales o señales de televisión abierta a sistemas de televisión restringida en términos no discriminatorios-, es adecuado para contrarrestar parcialmente el poder sustancial que Grupo Televisa adquiriría con la concentración al operar de manera conjunta la única red satelital y la red de cable con la mayor base de suscriptores en los mercados relevantes, con lo cual podría tener incentivos para brindar trato discriminatorio o exclusivo a favor de sus filiales o subsidiarias.

El insumo, consistente en las señales de Grupo Televisa, estaría disponible a sus competidores lo que puede ser sano para el desarrollo del sector en el largo plazo. No obstante, la limitante consistente en la fijación de umbrales impediría que este trato no discriminatorio (descrito en el punto 1.II del resolutivo segundo), sea ofrecido a operadores con más de 5,000,000 de usuarios y que tengan ingresos mayores a 1,500,000,000 millones de dólares anuales. Esta limitante es incongruente con el espíritu de este condicionamiento debido a que impediría que agentes económicos que pudieran competir con Grupo Televisa en diversos mercados -en los se adquiere con esta operación poder sustancial- tuvieran acceso a los contenidos más populares. Esto no resulta conveniente si lo que se busca es que Grupo Televisa enfrente en igualdad de condiciones a otros agentes económicos, incluyendo a aquellos que tengan sus mismas dimensiones. Estimo que con esta exclusión Grupo Televisa adquiere una ventaja en la negociación que se dará con nuevos entrantes al mercado de televisión restringida, lo que podría generar un retraso en la implantación de una competencia sana en ese sector, impidiéndose, en perjuicio de los consumidores, una más acelerada reducción de los precios.

Ilustremos lo anterior con un ejemplo. En la Ciudad de Delicias, Chihuahua, una vez aprobada esta concentración, Grupo Televisa será el único proveedor de televisión



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

001227

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

restringida; una pequeña empresa de cable, aunque cuente con las señales de Grupo Televisa, enfrentará barreras económicas grandes para iniciar su operación en esa ciudad. Las grandes empresas, que cuenten con infraestructura ya establecida y adecuada para transmitir televisión restringida, son las que podrán competir con Grupo Televisa en esa plaza, pero sólo podrán hacerlo con eficiencia si tienen acceso a los contenidos más populares que son las señales de televisión abierta propiedad de ese Grupo. Es posible argumentar que un agente económico con las dimensiones referidas en la exclusión, puede generar contenidos populares o inclusive comprarlos a otros proveedores; sin embargo, generar contenidos populares y exitosos toma tiempo, pues se requiere desarrollar un conocimiento profundo de las preferencias y gustos particulares del teleauditorio.

3) La retransmisión de las señales de televisión abierta en el sistema de televisión restringida de Grupo Televisa (“*Must Carry*”) permitirá que los participantes en el mercado de televisión abierta no se vean “bloqueados” por los sistemas de distribución de televisión restringida. Esta solución evitará afectaciones a la competencia en televisión abierta, pero no reduce el daño al mercado de televisión restringida.

4) La condición consistente en que una misma persona evite participar en los órganos de decisión o gobierno de dos o más competidoras actuales o potenciales garantiza que las competidoras actuales o potenciales del Grupo Televisa en el mercado puedan tomar sus decisiones de manera completamente independiente. Esta resulta una condición necesaria, pero insuficiente.

El Pleno de la Comisión enfrentó una situación donde existe cierto grado de certeza en el sentido de que la competencia se dará en el futuro en las localidades donde -después de la concentración pretendida-, existirá un monopolio o Grupo Televisa tendrá poder sustancial. Existe un panorama de eficiencia futura que entra en conflicto con la eficiencia que se daría inmediatamente después de la concentración. Estimo que, ante este escenario, la decisión debió considerar atender un análisis de eficiencia dinámica, es decir *“hay que maximizar el valor presente de todos los flujos de bienestar presente y futuros, y esto puede implicar permitir ineficiencias en el presente para lograr un mayor bienestar futuro”*². Se ha dicho que el proceso de eficiencia dinámica puede mantener a los mercados funcionando eficientemente, siempre y cuando existan las condiciones para que el poder de mercado que se alcance sea **transitorio**. No obstante, en este proceso, el promovente no adujo la existencia de ganancias en eficiencia argumentando la eficiencia dinámica como tal y existe una incertidumbre jurídica respecto a que el artículo 10 de la LFCE permita un análisis basado en estas ideas económicas.

² Ten Kate Adriaan *“La Eficiencia Económica en el Análisis de Competencia”* en Competencia Económica en México, Ed. Porrúa y Comisión Federal de Competencia, México, D.F., 2004.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

001228

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

Al respecto, recientemente se ha escrito: *“Aunque las reformas a los artículos 10 y 18 de la LFCE no excluyen la posibilidad de considerar la eficiencia dinámica en el análisis de las prácticas monopólicas relativas y concentraciones, dicha posibilidad tampoco está clara y explícitamente comprendida. Ello puede propiciar que en la resolución de casos concretos su valoración resulte cuestionable, más aún cuando la eficiencia dinámica es un proceso que arroja resultados en el mediano o largo plazo y tendría que contrastarse frente a otros probables efectos anticompetitivos observables en periodos más cortos.”*³

Existían soluciones temporales para las localidades en donde no existirá competencia efectiva con la autorización de esta concentración. Considero que era posible imponer una condición que obligara a Grupo Televisa, Cablemás y subsidiarias a ofrecer a sus suscriptores clientes ubicados en las localidades de **Camargo, Cuauhtémoc, Delicias y Meoqui, Chihuahua; Tepeji del Río, Hidalgo; Lagos de Moreno y Ocotlán, Jalisco; Los Reyes Acaquilpan y Chimalhuacán, Estado de México; Chetumal y Mahahual, Quintana Roo; Ciudad Mante, Tamaulipas; Coatzintla y Minatitlán, Veracruz; Tecate y Playa de Rosarito, Baja California; Iguala y Zumpango del Río, Guerrero; y, Tula de Allende, Hidalgo**, un precio idéntico al precio más bajo que ofreciera (por paquete o por canal) en cualquier localidad en la que Cablemás operara y en la que existiera al menos un competidor que prestara el servicio de televisión restringida. Esta condición pudiera haber estado vigente hasta en tanto no iniciara operaciones en la localidad de que se tratara un nuevo competidor que, desde el punto de vista tecnológico, pudiera ofrecer el mismo servicio. Esta condición fue rechazada por la mayoría en el Pleno cuando se voto la concentración (CNT-18-2007); además, la promovente no ofreció un compromiso similar en su escrito de fecha 3 de diciembre de 2007, por lo que estimo que ya no era el momento procesal oportuno para que el Pleno pudiera analizarla al resolver el recurso que nos ocupa. No obstante, dicha condición no era la única opción, pues también se pudo haber solicitado la desincorporación de la participación de Grupo Televisa en SKY® o la desincorporación de la operación de los servicios de televisión y audio restringido en las localidades en las que se identificaba el daño a la competencia y libre concurrencia.

Ahora bien, como se menciona en el artículo 16 de la LFCE, la regla principal es que una concentración que afecte a la competencia y libre concurrencia debe ser impugnante; no obstante, el artículo 19 de la LFCE, abre la posibilidad de que la Comisión no impugne una concentración si es posible sujetar la operación a condiciones que subsanen los posibles daños a la competencia y libre concurrencia. Es el caso que las condiciones presentadas por la recurrente en su escrito de fecha 3 de diciembre no eliminarán los daños a los consumidores en las localidades en donde existirá afectación a la competencia derivada de la concentración, por lo que legalmente, en mi opinión, sólo quedaba una solución viable: **impugnar la concentración.**

³ Estavillo Flores, María Elena, “La Eficiencia Económica dentro de las reformas a la LFCE y sus implicaciones para el análisis económico” en “Competencia Económica, estudios de derecho, economía y política”, Ed. Porrúa e ITAM, México, D.F., 2007.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

001229

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

II.- Recurso de reconsideración.

En relación a los agravios presentados por la recurrente en su recurso de reconsideración, se señala que la resolución de la mayoría divide su análisis en tres rubros:

- (i) La incorrecta definición del mercado relevante y, como consecuencia de ello,
- (ii) La indebida determinación de poder sustancial determinado, así como
- (iii) Las consideraciones de derecho respecto de las condiciones suspensivas y resolutorias impuestas.

Respecto a la identificación de los argumentos relacionados al mercado relevante y el poder sustancial, la resolución concluye que los mismos resultaron infundados, ya que, por un lado, resultaron ser meras reiteraciones a lo señalado en expediente RA-29-2006 y, por otro lado, resultaron manifestaciones gratuitas que derivaron en la inoperancia de los argumentos.

En relación al análisis y estudio de las condiciones suspensivas y resolutorias impuestas por esta Comisión a Paxia, la resolución señala que la recurrente no cuestionó si esta Comisión tenía o no facultades para imponerlas, sino que controvertió el fundamento en que esta Comisión se apoyó para emitir la resolución, la motivación de la condición, la relación que guardaba con los efectos de la concentración y la corrección que se buscaba, además de que planteó argumentos basados en la teoría de las obligaciones y la estipulación a favor de terceros. Por lo anterior, la resolución concluye que los argumentos hechos valer resultaron infundados e inoperantes, ya que si se estableció el fundamento de las condiciones impuestas, la motivación del por qué de las condiciones suspensivas y resolutorias, los efectos de la concentración y la corrección que se pretendía con las condiciones suspensivas y resolutorias, así como que se hace especial atención a las obligaciones civiles y las condiciones en materia de competencia económica y, finalmente, a la distinción entre estipulaciones a favor de terceros en materia civil y la participación como un grupo de interés económico las relaciones que unen a Paxia y Grupo Televisa.

Sin embargo, la resolución considera que se debe declarar fundado pero insuficiente el argumento hecho valer por Paxia en el sentido que no se fundó la condición señalada en el resolutivo segundo, numeral I, de la resolución impugnada, consistente en la desincorporación de Cablemás de PCTV, ya que -pese a ser fundado- lo único que llevaría es a obtener una resolución para el efecto de que se asiente en el proemio de la resolución la fracción II del artículo 16 de la LFCE, obteniendo el mismo resultado; es decir, que de mantenerse la operación sin que Cablemás se desincorpore de PCTV, se tendría ventaja exclusiva a favor de la primera, en contravención al proceso de competencia y libre concurrencia. Por ello, se ordena la modificación de la resolución sin que se modifique el fondo de la resolución impugnada, máxime cuando la desincorporación referida fue propuesta por la hoy recurrente en su escrito de 11 de julio de 2007.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

No obstante lo señalado por la resolución, resulta pertinente revisar el agravio séptimo del recurso de reconsideración presentado por la promovente en el que señala que la Comisión sólo podrá imponer las condiciones previstas en el artículo 16 del Reglamento y que la autoridad debe justificar específicamente por qué cada una de las que denomina condiciones-obligaciones resultan indispensables para corregir los efectos de la concentración; siendo que toda aquella condición-obligación que no esté directamente vinculada a la corrección de los efectos de la concentración debe ser nula. Esto dice la recurrente y lo señala con razón: las condiciones que no se dirijan específicamente a corregir los efectos de la concentración serían contrarias a la Ley.

En virtud de lo anterior, me permito realizar las siguientes consideraciones:

(a) Respecto a la Condición señalada en el resolutivo Primero, numeral I, de la resolución que Paxia impugnó:

I. Que en un plazo de 90 días naturales posteriores a que surta efectos la notificación de la resolución respectiva, Grupo Televisa, S.A.B. de C.V. compruebe fehacientemente a esta Comisión Federal de Competencia, que ha atendido en términos no discriminatorios las solicitudes de concesionarios de televisión restringida que operan en la República Mexicana presentadas dentro de un plazo de 30 días naturales posteriores a que surta efectos la notificación de la resolución, para tener los derechos de retransmisión de las señales de televisión abierta de Grupo Televisa, S.A.B. de C.V. que estén disponibles en la zona de cobertura de la concesión del concesionario que solicite las señales.

La promovente manifiesta que la condición carece de fundamentación y motivación porque no se citan los artículos aplicables ni se fundan y motivan los efectos correctivos que se pretenden o la conducta que se evita al imponer la condición. La Comisión señala -en la página 71 de la resolución impugnada- argumentos para sustentar esta condición, reconociéndola como necesaria pero insuficiente para paliar los daños que la concentración generaría a la competencia y libre concurrencia. Si la Comisión no motivó correctamente la condición que arriba se transcribe, siendo que la considera necesaria pero insuficiente, dicha condición devendría nula. La condición también fue atacada por la promovente al señalar que el calificativo de "suspensiva" de la condición la convertía en ilegal pues "en ningún caso la Ley prevé que dicho incumplimiento dé lugar a que la concentración (o autorización) no surta efectos o no nazca o en otro caso surta efectos o nazca a la vida jurídica, como lo pretende la Comisión en la Resolución". También señaló que carece de rigor científico, pues si no se hubieran presentado solicitudes de concesionarios en el plazo establecido, entonces hubiera existido una imposibilidad de cumplimiento. Si la



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

001231

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

promoviente tuviera razón, el efecto por lo tanto sería la nulidad de la condición y el pretendido atenuante a los daños de la concentración quedaría sin efecto.

Es así que el efecto jurídico que se daría al declarar nula esta condición es distinto al que pretende la promovente. Al ser nula la condición impuesta por la Comisión y, por lo tanto, volverse un imposible jurídico su cumplimiento, la concentración se queda sin un atenuante parcial de los nefastos efectos de la concentración en los mercados relevantes, efectos que la propia Comisión ha reconocido al señalar que la concentración no fue autorizada "a menos de que" se cumpliera con esta condición. En consecuencia, al ser nula la condición suspensiva impuesta, el resultado es que la concentración se convierte en impugnabile, en aplicación estricta del artículo 16 de la LFCE.

(b) Respecto a la Condición señalada en el resolutivo Primero, numeral II de la resolución que Paxia impugnó:

II. Para efectos del inciso inmediato anterior Grupo Televisa, S.A.B. de C.V. contará con cinco días hábiles para difundir su oferta de canales y tarifas y para informarlas a la CFC. La difusión referida deberá ser realizada de forma permanente en la página electrónica de Grupo Televisa, S.A.B. de C.V., así como en las de sus subsidiarias, filiales y asociadas que proporcionen el servicio de televisión y audio restringidos, incluyendo SKY® Cablevisión® y TVI; y adicionalmente en tres diarios de circulación nacional durante 5 días consecutivos dentro de los 30 días naturales posteriores a que surta efectos la notificación de la resolución respectiva, incluyendo los términos y condiciones mediante los cuales ofrecerá de manera no discriminatoria, es decir, términos y condiciones similares para concesionarios en circunstancias similares y cualquier diferencia debe ser justificada con base en costos, sus señales de Televisión Abierta.

El recurrente arguye que la condición carece de motivación dado que la Comisión no explica cómo se corrigen los efectos anticompetitivos con esta condición, también alega que debe considerarse ilegal por no ser proporcional e imponer obligaciones a un tercero (Grupo Televisa) y considerarla desmesurada. Al ser nula la condición impuesta por la Comisión y, por lo tanto, volverse un imposible jurídico su cumplimiento, la concentración se queda sin un atenuante parcial de los nefastos efectos de la concentración en los mercados relevantes, efectos que la propia Comisión ha reconocido al señalar que la concentración no fue autorizada "a menos de que" se cumpliera con esta condición. En consecuencia, al ser nula la condición suspensiva impuesta, el resultado es que la concentración se convierte en impugnabile en aplicación estricta del artículo 16 de la LFCE.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

(c) En relación con la Condición señalada en el resolutivo Primero, numeral III de la resolución que Paxia impugnó:

III. Para efectos del inciso I anterior Grupo Televisa, en un plazo de quince (15) días naturales contados a partir de que surta efectos la notificación de la presente resolución, deberá presentar a esta Comisión Federal de Competencia la documentación e información idónea que acredite los términos y condiciones de todos los acuerdos mediante los cuales ha autorizado la retransmisión de sus canales de televisión abierta por concesionarios de televisión restringida durante los últimos doce (12) meses, incluyendo a SKY®, Cablevisión y TVI.

La promovente arguye que la Comisión omite explicar la manera en que esta condición corrige los efectos negativos de la concentración y considera que dicha medida tiene efectos sobre el pasado, siendo que considera antijurídico que la autoridad pretenda verificar el cumplimiento revisando documentación "del pasado". La Comisión no explicó con detalle la necesidad de esta condición y omitió justificar adecuadamente la misma. Al ser nula la condición impuesta por la Comisión y, por lo tanto, volverse un imposible jurídico su cumplimiento, la concentración se queda sin un atenuante parcial de los nefastos efectos de la concentración en los mercados relevantes, efectos que la propia Comisión ha reconocido al señalar que la concentración no fue autorizada "a menos de que" se cumpliera con esta condición. En consecuencia, al ser nula condición suspensiva impuesta, el resultado es que la concentración se convierte en impugnable en aplicación estricta del artículo 16 de la LFCE.

III.- Legalidad del procedimiento para aceptar y modificar las condiciones originales.

Finalmente, no queda claro para el suscrito la fundamentación y motivación del procedimiento seguido por la resolución aprobada por la mayoría para aceptar las nuevas condiciones presentadas por Paxia el pasado tres de diciembre de 2007 y, además, modificarlas. Lo anterior, en razón de que el resolutivo primero considera fundado pero insuficiente para revocar el sentido de la resolución recurrida "el recurso interpuesto por Paxia, S.A. de C.V.", por lo que jurídicamente se tendría que concluir que la resolución impugnada se confirma en sus términos, de conformidad con el artículo 39 de la LFCE. No obstante lo anterior, el resolutivo segundo de la resolución de la mayoría, acepta condiciones distintas a las que quedaron firmes conforme al resolutivo primero. Asimismo, en el resolutivo tercero se imponen plazos y términos distintos a los que se tenían contemplados en la resolución que se confirma en el multicitado resolutivo primero e inclusive, distintos a los presentados por Paxia.



COMISION FEDERAL
DE
COMPETENCIA

001233

Voto Particular
Paxia, S.A. de C.V.
Recurso de reconsideración
Expediente: RA-26-2007

Conclusiones

- 1) Considero los condicionamientos presentados como necesarios pero insuficientes, para autorizar la concentración, por los nefastos efectos que se darán en la competencia y libre concurrencia en **Camargo, Cuauhtémoc, Delicias y Meoqui, Chihuahua; Tepeji del Río, Hidalgo; Lagos de Moreno y Ocotlán, Jalisco; Los Reyes Acaquilpan y Chimalhuacán, Estado de México; Chetumal y Mahahual, Quintana Roo; Ciudad Mante, Tamaulipas; Coatzintla y Minatitlán, Veracruz; Tecate y Playa de Rosarito, Baja California; Iguala y Zumpango del Río, Guerrero; y, Tula de Allende, Hidalgo.**
- 2) Considero que lo procedente era tener por infundados e inoperantes los agravios esgrimidos por la recurrente en su recurso de reconsideración, salvo por el agravio séptimo de su ocurso, mismo que resulta parcialmente fundado y suficiente para declara nulas las condiciones denominadas suspensivas contenidas en la resolución impugnada, en los términos señalados en este voto particular.
- 3) En consecuencia de ser nulas las condiciones suspensivas impuestas a la promovente, era necesario modificar la resolución impugnada para establecer que la Comisión no autorizaba la concentración notificada por Paxia, S.A. de C.V. pues no era posible que se cumplieran las condiciones impuestas.



Miguel Flores Bernés
Comisionado