

05-03-2020

(1)

(1)

Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones objeta la suscripción y enajenación de acciones de la empresa XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, S.A. de C.V., concesionaria para el uso, aprovechamiento y explotación comercial de la frecuencia 98.9 MHz, con distintivo XHERL-FM en Colima, Colima.



Antecedentes

Primero. Decreto de Reforma Constitucional. Con fecha 11 de junio de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Federación (en lo sucesivo el "DOF"), el "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones" (en lo sucesivo el "Decreto de Reforma Constitucional"), mediante el cual se creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones (en lo sucesivo el "Instituto"), como un órgano autónomo que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones.

Segundo. Decreto de Ley. El 14 de julio de 2014, se publicó en el DOF, el "Decreto por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión", el cual entró en vigor el 13 de agosto de 2014.

Tercero. Estatuto Orgánico. El 4 de septiembre de 2014, se publicó en el DOF, el "Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones" (en lo sucesivo el "Estatuto Orgánico"), el cual entró en vigor el 26 de septiembre de 2014 y fue modificado por última vez por el "Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones modifica su Estatuto Orgánico", publicado en el referido medio de difusión oficial el 26 de diciembre de 2019.

Cuarto. Prórroga de la Concesión. Mediante acuerdo P/IFT/191016/583 de fecha 19 de octubre de 2016, el Pleno del Instituto resolvió prorrogar la vigencia del título de concesión para explotar comercialmente la frecuencia 98.9 MHz, a través de la estación con distintivo de llamada XHERL-FM en Colima, Colima, para lo cual expidió, con fecha 22 de junio de 2017, el título de concesión para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para uso comercial (en lo sucesivo la "Concesión") a favor de XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, S.A. de C.V., (en lo sucesivo "XERL, Sucesores de J. Roberto Levy"), con una vigencia de 20 (veinte) años contados a partir del 4 de julio de 2016 al 4 de julio de 2036, de conformidad con lo establecido en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (en lo sucesivo la "Ley")

Quinto. Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones. Mediante escrito presentado ante la Oficialía de Partes del Instituto el día 20 de diciembre de 2019, el representante legal de XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, notificó la intención de admitir a Radio XHERL, S.A. de C.V. como nuevo socio, derivado del aumento de capital social en la parte variable que pretende llevar a cabo, así como, la enajenación de la totalidad de las acciones del capital fijo, de las que son titulares los CC. Roberto Francisco, José y Gabriela, todos de apellidos Levy Vázquez, a favor de Radio XHERL, S.A. de C.V., Rebeca Elizabeth, Lorena Margarita y Jacqueline, todas de apellidos Pérez Toscano (en lo sucesivo la "Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones").

Sexto. Solicitud de Opinión en Materia de Competencia Económica. La Dirección General de Concesiones de Radiodifusión (en lo sucesivo la "DGCR") adscrita a la Unidad de Concesiones y Servicios (en lo sucesivo la "UCS"), a través del oficio IFT/223/UCS/DG-CRAD/0026/2020 notificado el 16 de enero de 2020, solicitó a la Unidad de Competencia Económica (en lo sucesivo la "UCE") del Instituto, la opinión en materia de competencia económica respecto de la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones.

Séptimo. Solicitud de Opinión Técnica a la Secretaría. Mediante oficio IFT/223/UCS/033/2020 notificado el 17 de enero de 2020, el Instituto a través de la UCS, solicitó a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (en lo sucesivo la "Secretaría"), la opinión técnica correspondiente a la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones, de conformidad con lo establecido por el artículo 28, párrafo décimo séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo la "Constitución") y el artículo 112, párrafo segundo, fracción II de la Ley.

Octavo. Requerimiento de Información. A través del oficio IFT/223/UCS/DG-CRAD/033/2019, notificado el 21 de enero de 2020, la DGCR, adscrita a la UCS requirió a XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, información adicional.

Noveno. Atención al Requerimiento de Información. Con escrito presentado ante el Instituto el 23 de enero de 2020, XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, atendió el requerimiento de información que se menciona en el Antecedente Octavo de la presente Resolución.

Décimo. Alcance a la Solicitud de Opinión de la UCE. La DGCR adscrita a la UCS a través del oficio IFT/223/UCS/DG-CRAD/0269/2019, notificado el día 20 de febrero de 2019, remitió a la UCE la información referida en el Antecedente Noveno de la presente Resolución.

Décimo Primero. Opinión Técnica de la Secretaría. Mediante oficio 2.1.-072/2020 de fecha 24 de febrero de 2020, recibido en el Instituto el mismo día, mes y año, la Dirección General de Política de Telecomunicaciones y de Radiodifusión de la Secretaría, remitió la opinión técnica a la Solicitud de Enajenación de Acciones, contenida en el diverso oficio número 1.-58 de fecha 24 de febrero de 2020, suscrito por la Subsecretaría de Comunicaciones.



Décimo Segundo. Opinión en Materia de Competencia Económica. El 25 de febrero de 2020, la UCE a través de la Dirección General de Concentraciones y Concesiones, mediante oficio IFT/226/UCE/DG-CCON/074/2020 notificó a la UCS, su opinión en materia de competencia económica, respecto de la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones.

En virtud de los Antecedentes referidos y

Considerando

Primero. Ámbito Competencial. Conforme lo dispone el artículo 28, párrafo décimo quinto y décimo sexto de la Constitución, el Instituto es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en la Constitución y en los términos que fijan las leyes. Para tal efecto, tiene a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7o. de la propia Constitución.

Por su parte, el párrafo décimo séptimo del artículo 28 de la Constitución dispone que corresponde al Instituto el otorgamiento, la revocación, así como la autorización de cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones.

Asimismo, el Instituto es la autoridad en la materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que entre otros aspectos, regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia e impondrá límites al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica.

El artículo 112 de la Ley, establece que en cualquier supuesto de suscripción o enajenación de acciones o partes sociales en un acto o sucesión de actos, que represente el diez por ciento o más del monto de su capital social, y siempre que no se actualice la obligación de notificar la operación conforme a lo previsto en la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo la "Ley de Competencia"), el concesionario estará obligado a dar aviso al Instituto de la intención de los interesados en realizar la suscripción o enajenación de las acciones o partes sociales, ya sea directa o indirectamente, debiendo acompañar el aviso con la información detallada de las personas interesadas en adquirir las acciones o partes sociales.

Igualmente, corresponde al Pleno del Instituto, conforme a lo establecido en los artículos 15 fracción IV y 17 fracción I de la Ley y 6 del Estatuto Orgánico, la facultad de autorizar cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones.

En este sentido, conforme al artículo 32 del Estatuto Orgánico, corresponden originariamente al Titular de la UCS las atribuciones conferidas a la DGCR, en este sentido en términos del artículo 34 fracción IV del ordenamiento jurídico en cita, corresponde a la UCS tramitar y evaluar las solicitudes de cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con las concesiones en materia de radiodifusión para someterlas a consideración del Pleno.

Con respecto a lo planteado y considerando que el Instituto tiene a su cargo la regulación, promoción y supervisión de las telecomunicaciones y la radiodifusión, así como la facultad de autorizar cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones, el Pleno, como órgano máximo de gobierno y decisión del Instituto, se encuentra plenamente facultado para resolver la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones.

Segundo. Marco legal aplicable a la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones.

Como quedó señalado en el Considerando que antecede, el artículo 112 de la Ley establece el procedimiento al que deben sujetarse los concesionarios que pretendan suscribir o enajenar acciones en un acto o sucesión de actos, que represente el 10 % (diez por ciento) o más del monto de su capital social, el ordenamiento antes referido textualmente señala lo siguiente:

"Artículo 112. (...)

En cualquier supuesto de suscripción o enajenación de acciones o partes sociales en un acto o sucesión de actos, que represente el diez por ciento o más del monto de su capital social, y siempre que no se actualice la obligación de notificar la operación conforme a lo previsto en la Ley Federal de Competencia Económica, el concesionario estará obligado a observar el régimen siguiente:

- I. *El concesionario deberá dar aviso al Instituto de la intención de los interesados en realizar la suscripción o enajenación de las acciones o partes sociales, ya sea directa o indirectamente, debiendo acompañar el aviso con la información detallada de las personas interesadas en adquirir las acciones o partes sociales;*
- II. *El Instituto tendrá un plazo de diez días hábiles contados a partir de la presentación del aviso, para solicitar la opinión de la Secretaría;*
- III. *La Secretaría tendrá un plazo de treinta días naturales para emitir opinión, y*



- IV. *El Instituto tendrá un plazo de quince días hábiles contados a partir de que reciba la opinión de la Secretaría o en caso que no se hubiere emitido opinión, a partir de que fenezca el plazo referido en la fracción que antecede, para objetar con causa justificada la operación de que se trate. Transcurrido dicho plazo sin que la operación hubiere sido objetada por el Instituto, se tendrá por autorizada.*

Las operaciones que no hubieren sido objetadas por el Instituto deberán inscribirse en el libro de registro de accionistas o socios de la persona moral, sin perjuicio de las autorizaciones que se requieran de otras autoridades conforme a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables.

No se requerirá presentar el aviso a que se refiere la fracción I de este artículo cuando la suscripción o enajenación se refiera a acciones o partes sociales representativas de inversión neutra en términos de la Ley de Inversión Extranjera o cuando se trate de aumentos de capital que sean suscritos por los mismos accionistas, siempre que no se modifique la proporción de la participación de cada uno de ellos en el capital social.

Tampoco se requerirá presentar el aviso a que se refiere la fracción I de este artículo en el caso de fusión de empresas, escisiones o reestructuras corporativas, siempre que los cambios en la tenencia accionaria sean dentro del mismo grupo de control o dentro del mismo agente económico. A tal efecto, se deberá notificar la operación al Instituto dentro de los treinta días naturales siguientes a su realización.

En caso de que el interesado en suscribir o adquirir acciones o partes sociales sea una persona moral, en el aviso al que se refiere la fracción I de este artículo, deberá presentar la información necesaria para que el Instituto conozca la identidad de las personas físicas que tengan intereses patrimoniales mayores al diez por ciento del capital de dicha persona moral.

En caso de que se actualice la obligación de notificar una concentración conforme a lo previsto en la Ley Federal de Competencia Económica, el Instituto dará trámite a la solicitud conforme a lo previsto para dicho procedimiento en la ley de la materia, considerando además los criterios establecidos en esta Ley.

Este artículo deberá incluirse íntegra y expresamente en los estatutos sociales del concesionario, así como en los títulos o certificados que éste emita. Para efectos de lo anterior, el concesionario contará con un plazo de noventa días hábiles contados a partir de la fecha de la concesión, para presentar ante el Instituto las modificaciones correspondientes a sus estatutos sociales."

[Énfasis añadido]

Asimismo, el Decreto de Reforma Constitucional, incorporó en el artículo 28 párrafo décimo séptimo, la obligación del Instituto de notificar al Secretario del ramo previo a su determinación, todas las solicitudes de cesiones de derechos o cambios de control accionario, titularidad u

operación de sociedades relacionadas con concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones, para que éste pueda emitir su opinión técnica no vinculante.

Ahora bien, aunado a los preceptos antes señalados, cabe destacar que para este tipo de solicitudes debe acatarse el requisito de procedencia establecido por el artículo 174-C fracción VII de la Ley Federal de Derechos vigente al momento de la presentación de la solicitud, el cual dispone la obligación de pagar los derechos por el trámite relativo al estudio de solicitud y documentación inherente a la misma, de cambios o modificaciones técnicas, administrativas, operativas y legales, correspondiente a la suscripción o enajenación de acciones o partes sociales que requiera autorización en términos de la Ley, como es el caso que nos ocupa.

El pago referido en el párrafo que antecede debe acompañarse al escrito con el cual se da el aviso conducente, toda vez que el hecho imponible del tributo es el estudio que realice este Instituto con motivo de dicha solicitud.

Tercero. Concentración. Como se señaló en el Considerando Primero de la presente Resolución, el Instituto es la autoridad en materia de competencia económica en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que el artículo 28 de la Constitución y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia, garantizando lo dispuesto en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución.

En ese orden de ideas, el artículo 112 de la Ley establece como regla general la obligación que tienen todos los concesionarios de telecomunicaciones y radiodifusión de observar el régimen para cualquier supuesto de suscripción o enajenación de acciones o partes sociales, siempre que: (i) el acto o sucesión de actos represente el 10% (diez por ciento) o más del monto de su capital social, y; (ii) no se actualice la obligación del concesionario de notificar al Instituto una concentración conforme a lo previsto en la Ley de Competencia.

En relación al supuesto de notificar la concentración conforme a lo previsto en la Ley de Competencia, el artículo 86 de la Ley de Competencia establece los supuestos de las concentraciones¹ que deben ser notificadas a efecto de que sean autorizadas previamente a que se realicen, señalando textualmente lo siguiente:

"Artículo 86. Las siguientes concentraciones deberán ser autorizadas por la Comisión antes de que se lleven a cabo:

¹ El artículo 61 de la Ley de Competencia define una concentración como la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos.

- I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en el territorio nacional, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal;
- II. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, o
- III. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más Agentes Económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.

Los actos realizados en contravención a este artículo no producirán efectos jurídicos, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de los Agentes Económicos y de las personas que ordenaron o coadyuvaron en la ejecución, así como de los fedatarios públicos que hayan intervenido en los mismos.

Los actos relativos a una concentración no podrán registrarse en los libros corporativos, formalizarse en instrumento público ni inscribirse en el Registro Público de Comercio hasta que se obtenga la autorización favorable de la Comisión o haya transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 90, fracción V, sin que el Pleno haya emitido resolución.

Los Agentes Económicos involucrados que no se encuentren en los supuestos establecidos en las fracciones I, II y III de este artículo podrán notificarla voluntariamente a la Comisión."

[Énfasis añadido]

Como se desprende del citado precepto, únicamente los casos que encuadren en los supuestos normativos indicados en las fracciones I, II y III del mismo, deberán ser autorizados antes de que se lleven a cabo por este Instituto en términos del artículo 87 de la Ley de Competencia; y de igual forma, los Agentes Económicos que participen directamente en la concentración de que se trate están obligados a notificarla a este Instituto, tal y como lo dispone el artículo 88 de la Ley de Competencia.

En tal contexto, de la evaluación en materia de competencia económica de la operación motivo de la presente Resolución, la UCE a través del oficio referido en el Antecedente Décimo Segundo de la presente Resolución indicó en la parte conducente que:

"...V.3. Efectos en caso de autorizar la Operación

La fracción III del artículo 63 de la LFCE ordena considerar como elemento de análisis lo siguiente:

"Artículo 63. Para determinar si la concentración no debe ser autorizada o debe ser sancionada en los términos de esta Ley, se considerarán los siguientes elementos:

(...)

- I. Los efectos de la concentración en el mercado relevante con respecto a los demás competidores y demandantes del bien o servicio, así como en otros mercados y agentes económicos relacionados;

(...)"

El GIE de los Adquirentes tiene 2 (dos) estaciones de radiodifusión sonora abierta comercial con cobertura de servicio en Colima, Colima. Así, en el caso que se autorizara la Operación, el GIE de los Adquirentes obtendría 1 (una) concesión adicional para prestar el SRSAC, de modo que incrementarían el número de estaciones que operan en la Localidad a 3 (tres) de las 8 (ocho) estaciones de radiodifusión sonora abierta comercial en la Localidad.

En consecuencia, de realizarse la Operación, el GIE de los Adquirentes se constituirá como el competidor con mayor participación en el número de frecuencias para proveer el servicio evaluado con 37.5% (treinta y siete punto cinco por ciento).

Si bien su participación en términos de audiencia sería de 25.61% (veinticinco punto sesenta y uno por ciento), por debajo de otros 2 (dos) competidores; la Operación implica una disminución en el número de competidores del GIE del Adquiriente, dejando a 4 (cuatro) en la Localidad.

Aunado a lo anterior, se identifican los siguientes elementos en la provisión de radiodifusión sonora abierta comercial en Colima, Colima:

- Existen barreras a la entrada. Para proveer el SRSAC es necesario contar con concesiones para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para uso comercial, así como invertir en la instalación de estaciones de radiodifusión sonora en la banda FM; el espectro radioeléctrico es un recurso limitado; y parte de la infraestructura y equipo utilizados en la operación de estaciones de radio es altamente especializado, lo cual limita su uso únicamente a la operación de estaciones de radiodifusión sonora;
- Si bien existe disponibilidad de frecuencias para instalar estaciones de radio en Colima, Colima², conforme a los PABF 2015 a 2020, no se prevé la licitación de frecuencias del espectro radioeléctrico para la instalación y operación de estaciones de radiodifusión sonora comercial en el corto o mediano plazos. Así, el grado de concentración en la provisión del SRSAC en dicha localidad no se verá modificado en el corto o mediano plazos;
- Después de la Operación, los anunciantes tendrían menos opciones para acudir a otros proveedores de los servicios de radiodifusión sonora abierta comercial, debido a que desaparecería uno de los competidores en la provisión de ese servicio.
- La acumulación de frecuencias por parte del GIE de los Adquirentes conlleva un incremento en las barreras a la entrada para proveer el SRSAC en Colima, Colima. Al respecto, la capacidad potencial para competir de un agente económico estará limitada por la cantidad de estaciones de radiodifusión sonora a las que pueda acceder, en comparación con los competidores establecidos. Lo anterior, pues el poder de negociación de cada agente económico frente a los

² Fuente: Oficina de Cobertura y Disponibilidad e Información inscrita en el Sistema Integral de Administración del Espectro Radioeléctrico (SIAER). En el Oficina de Cobertura y Disponibilidad se señala que existen 4 (cuatro) frecuencias operando (2 de ellas dictaminadas para permiso); la UER señala que la información que se reporta, se hace con base en las condiciones actuales de uso del espectro. Por otra parte, en el SIAER se identifica una frecuencia (105.7 MHz) dictaminada para una concesión de usos social comunitaria.



contratantes de espacios publicitarios (los anunciantes) depende, en parte, de la cobertura y diversidad de audiencia que puede ofrecer.

V.4. Relación de los Adquirentes con otros participantes en el mercado

Continuando con el análisis de la Operación, la fracción IV del artículo 63 de la LFCE dicta lo siguiente:

"Artículo 63. Para determinar si la concentración no debe ser autorizada o debe ser sancionada en los términos de esta Ley, se considerarán los siguientes elementos:

(...)

- II. La participación de los involucrados en la concentración en otros agentes económicos y la participación de otros agentes económicos en los involucrados en la concentración, siempre que dichos agentes económicos participen directa o indirectamente en el mercado relevante o en mercados relacionados. Cuando no sea posible identificar dicha participación, esta circunstancia deberá quedar plenamente justificada;

(...)"

Tal como se ha precisado previamente, en el mercado relevante analizado participan 6 (seis) agentes económicos, y no se identifican vínculos de algún tipo entre ellos.

Así, no se identifica que el GIE de los Adquirentes participe en otros agentes económicos que participan en la provisión del servicio relevante analizado, ni que esos agentes económicos tengan participación en el GIE de los Adquirentes.

V.5. Eficiencias

Por lo que se refiere a la fracción V del artículo 63 de la LFCE:

"Artículo 63. (...)

- III. Los elementos que aporten los agentes económicos para acreditar la mayor eficiencia del mercado que se lograría derivada de la concentración y que incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, y

(...)"

El Solicitante no aportó ningún elemento relacionado con eficiencias derivadas de la Operación.

Añadido a lo anterior, el análisis presentado a lo largo de este documento no permite concluir que la autorización de la Operación implica ganancias en eficiencias en el servicio de radiodifusión sonora abierta comercial.

V.6. Otros criterios de análisis

Finalmente, por lo que se refiere a la fracción VI del artículo 63 de la LFCE:

"Artículo 63. (...)

- IV. Los demás criterios e instrumentos analíticos que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias y los criterios técnicos."

El análisis de la Operación se ha realizado considerando los criterios analíticos establecidos en las Disposiciones Regulatorias y el "CRITERIO TÉCNICO PARA EL CÁLCULO Y APLICACIÓN DE UN ÍNDICE CUANTITATIVO A FIN DE DETERMINAR EL GRADO DE CONCENTRACIÓN EN LOS MERCADOS Y SERVICIOS CORRESPONDIENTES A LOS SECTORES DE TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN".



VI. Evaluación del artículo 64 de la LFCE

El artículo 64 de la LFCE señala que se debe analizar si la operación tiene el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia. De ser así, la operación evaluada debe ser impugnada o sancionada en términos de la LFCE.

A continuación, se evalúa el artículo 64 de la LFCE y se determina si la Operación tiene el objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia

"Artículo 64. La Comisión considerará como indicios de una concentración ilícita, que la concentración o tentativa de la misma:

- I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o Agente Económico resultante de la concentración, poder sustancial en los términos de esta Ley, o incrementa o pueda incrementar dicho poder sustancial, con lo cual se pueda obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y la competencia económica;

(...)"

El SRSAC en Colima, Colima, presenta las siguientes características:

- Antes de la Operación, existían 5 (cinco) competidores del GIE de los Adquirentes, quien tiene 2 (dos) estaciones de radiodifusión sonora abierta comercial FM con cobertura en la Localidad. En caso que se autorizara la Operación, el GIE de los Adquirentes obtendría 1 (una) concesión adicional para prestar el SRSAC, de modo que incrementarían el número de estaciones que operan en la Localidad a 3 (tres) de las 8 (ocho) estaciones de radiodifusión sonora abierta comercial en la Localidad. En consecuencia, el GIE de los Adquirentes se constituirá como el competidor con mayor participación en el número de frecuencias para proveer el servicio evaluado con 37.5% (treinta y siete punto cinco por ciento).

- En términos de audiencia la participación del GIE de los Adquirientes aumentaría de 17.64% (diecisiete punto sesenta y cuatro por ciento) a 25.61% (veinticinco punto sesenta y uno por ciento), y ésta se acercaría a la participación que tienen la Familia Ordorica con 35.35% (treinta y cinco punto treinta y cinco por ciento) y el Grupo Acir con 28.15% (veintiocho punto quince por ciento). Cabe señalar que en precedentes decisorios se ha identificado que la simetría en las participaciones de los competidores aumenta la probabilidad de que las empresas puedan coordinar su comportamiento y aumentar precios, incluso sin recurrir a un acuerdo o práctica concertada.³
- Además, la Operación implica una disminución de 5 (cinco) a 4 (cuatro) en el número de competidores del GIE de los Adquirientes.
- Después de la Operación el valor del índice IHH calculado en términos del número de frecuencias se ubicaría en 2,500 puntos (dos mil quinientos puntos), tras incrementarse en 625 (seiscientos veinticinco) puntos, mientras que calculado en términos de audiencia sería de 2,764 (dos mil setecientos sesenta y cuatro) puntos, con un incremento de 281 (doscientos ochenta y un) puntos. Por lo anterior, el grado de concentración en el mercado sería elevado después de la concentración y se rebasarían los umbrales establecidos en el Criterio Técnico.
- Existen barreras a la entrada, pues para entrar al servicio de radiodifusión sonora abierta comercial es necesario contar con concesiones, única para uso comercial, y para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico para uso comercial, que es un recurso limitado. Además, también se requiere invertir en la instalación de estaciones de

³ Ver la "RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES AUTORIZA LLEVAR A CABO LA CONCENTRACIÓN RADICADA BAJO EL EXPEDIENTE NO. UCE/CNC-001-2018, NOTIFICADA POR THE WALY DISNEY COMPANY Y TWENTY-FIRST CENTURY FOX, INC SUJETA AL CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES". Versión pública disponible en: <http://apps.ift.org.mx/publicdata/verpubpift110319122canx.pdf>.



radio; y parte de la infraestructura y equipo utilizados en su operación es altamente especializado, lo cual limita su uso únicamente a esa actividad.

Por lo anterior, se considera que la Operación conferiría o podría conferir al GIE de los Adquirentes, considerando a la Familia Ordorica y al Grupo Acir, poder sustancial en el SRSAC en Colima, Colima, con lo cual se obstaculizaría, disminuiría, dañaría o impediría la libre concurrencia y la competencia económica en ese mercado relevante.

"Artículo 64. (...)

- II. Tenga o pueda tener por objeto o efecto establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado relevante, a mercados relacionados o a insumos esenciales, o desplazar a otros Agentes Económicos, o

(./.)"

Como se detalló anteriormente, el espectro radioeléctrico es el principal insumo para el establecimiento y operación de estaciones de radiodifusión sonora abierta comercial. Una de las características principales del espectro radioeléctrico es su escasez, por lo que es limitado el número de estaciones que pueden ofrecer los servicios de radiodifusión sonora abierta comercial en la localidad analizada.

En caso de que se autorizase la Operación, el GIE de los Adquirentes incrementaría el número de estaciones que operan en la Localidad a 3 (tres) estaciones de radiodifusión sonora abierta comercial en la banda FM. En consecuencia, alcanzaría el 37.5% (treinta y siete punto cinco por ciento) en la tenencia de frecuencias concesionadas para proveer el SRSAC con cobertura en Colima, Colima. Además sería el competidor con el mayor número de frecuencias.

El porcentaje de frecuencias que acumularía el GIE de los Adquirentes estaría por encima del umbral referido en el Criterio Técnico, de los límites de acumulación de frecuencias establecidos en procedimientos de licitación, y de otros provenientes de referencias relevantes.

Partiendo de lo anterior, se podría considerar que la acumulación de frecuencias de el GIE de los Adquirentes, en caso de autorizarse la Operación, podría generar o incrementar las barreras a la entrada para proveer el SRSAC en Colima, Colima. Al respecto, la capacidad potencial para competir y desarrollarse de un agente económico entrante estará limitada por la cantidad de estaciones de radiodifusión sonora a las que pueda acceder, en comparación con los competidores establecidos, y en particular, con el GIE de los Adquirentes.

Por lo anterior, se considera que la Operación puede o podría tener por objeto o efecto establecer barreras a la entrada, con lo cual se pueda obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y la competencia económica en el SRSAC en Colima, Colima, así como en otras localidades de mayor tamaño donde tiene cobertura la estación objeto de la Operación:

"Artículo 64. (...)

- III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicha concentración el ejercicio de conductas prohibidas por esta Ley, y particularmente, de las prácticas monopólicas."

La Operación conferiría o podría conferir al GIE de los Adquirentes, considerando a la Familia Ordorica y al Grupo Acir, poder sustancial en el SRSAC en Colima, Colima, con lo cual se obstaculizaría, disminuiría, dañaría o impediría la libre concurrencia y la competencia económica en ese mercado relevante. Además, la acumulación de frecuencias de el GIE de los Adquirentes, en caso de autorizarse la Operación, podría generar o incrementar las barreras a la entrada.

Al considerar en su conjunto los elementos identificados, no se puede descartar que la Operación tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el



ejercicio de conductas prohibidas por esta Ley, y particularmente, de las prácticas monopólicas en el servicio analizado en Colima, Colima.

VII. Recomendación

En virtud de lo antes expuesto, no se puede descartar que la autorización de la Operación tenga efectos adversos a la competencia y libre concurrencia, por lo que:

Se recomienda no autorizar la Operación en los términos presentados por XERL, Sucesores de J. Roberto Levy...

Así, una vez realizado el análisis de la información contenida en las estructuras accionarias que describen la participación en el capital social de los socios presentadas ante este Instituto por los concesionarios que prestan el servicio público de radiodifusión, se concluye que la admisión de Radio XHERL, S.A. de C.V. como nuevo socio, derivado del aumento de capital social en la parte variable que pretende llevar a cabo XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, así como, la enajenación de la totalidad de las acciones del capital fijo, de las que son titulares los CC. Roberto Francisco, José y Gabriela, todos de apellidos Levy Vázquez, a favor de Radio XHERL, S.A. de C.V., Rebeca Elizabeth, Lorena Margarita y Jacqueline, todas de apellidos Pérez Toscano, podría tener por objeto o efecto establecer barreras a la entrada, con lo cual se pueda obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y la competencia económica en el servicio de radiodifusión sonora abierta comercial en Colima, Colima, así como en otras localidades de mayor tamaño donde tiene cobertura la estación XHERL-FM.

Lo anterior, ya que en caso de autorizarse la operación implicaría que, el GIE de los Adquirentes obtendría 1 (una) concesión adicional para prestar el SRSAC, de modo que incrementarían el número de estaciones que operan en la Localidad a 3 (tres) de las 8 (ocho) estaciones de radiodifusión sonora abierta comercial en la Localidad, pues como ya se señaló el GIE de los Adquirentes se constituiría como el competidor con mayor participación en el número de frecuencias para proveer el servicio evaluado con 37.5% (treinta y siete punto cinco por ciento), toda vez que de aceptar la operación implicaría una disminución de 5 (cinco) a 4 (cuatro) en el número de competidores del GIE de los Adquirentes.

Cuarto. Análisis de la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones. De la revisión al marco legal aplicable, es dable concluir que los requisitos de procedencia para llevar a cabo la suscripción o enajenación de acciones o partes sociales del capital son:

- i. Que el titular de la concesión que actualice el supuesto normativo previsto por el artículo 112 de la Ley, dé aviso al Instituto por escrito que pretende llevar a cabo una enajenación de acciones, acompañando la documentación que permita conocer a los interesados en suscribir las mismas, previo a su realización.



- ii. Que el concesionario exhiba el comprobante del pago de los derechos establecidos en la Ley Federal de Derechos, referido en el Considerando Segundo de esta Resolución.
- iii. Que la Secretaría emita su opinión técnica no vinculante respecto de las solicitudes de enajenación, de conformidad con lo establecido por el artículo 28, párrafo décimo séptimo de la Constitución y el artículo 112 párrafo segundo, fracción II, de la Ley, o en su defecto que haya transcurrido el plazo de treinta días naturales para emitir opinión.

En primera instancia, destaca que en el expediente administrativo consta el escrito presentado ante el Instituto el 20 de diciembre de 2019, mediante el cual XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, notificó la intención de admitir a Radio XHERL, S.A. de C.V. como nuevo socio, derivado del aumento de capital social en la parte variable que pretende llevar a cabo, así como, la enajenación de la totalidad de las acciones del capital fijo, de las que son titulares los CC. Roberto Francisco, José y Gabriela, todos de apellidos Levy Vázquez, a favor de Radio XHERL, S.A. de C.V., Rebeca Elizabeth, Lorena Margarita y Jacqueline, todas de apellidos Pérez Toscano.

Conforme a lo anterior, de acuerdo con la información contenida en el expediente de dicha Concesión integrado en el Instituto previo a la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones, se tiene registrada la siguiente distribución accionaria del capital social de XERL, Sucesores de J. Roberto Levy:

ACCIONISTAS	ACCIONES	IMPORTE	%
Roberto Francisco Levy Vázquez	3,083	(2)	61.66
José Levy Vázquez	1,350		27
Carlos Eduardo Levy Vázquez	317		6.34
Gabriela Levy Vázquez	250		5
TOTAL	5,000		100%

Ahora bien, de la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones se desprende que el cuadro accionario de XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, propuesto quedaría de la siguiente forma:

ACCIONISTAS	ACCIONES			IMPORTE	%
	Capital Fijo Serie "A"	Capital Variable Serie "B"	TOTAL		
Radio XHERL, S.A. de C.V.	4,680	180,000	184,680	(3)	99.82
Rebeca Elizabeth Pérez Toscano	1	-----	1	(2)	0.0033
Lorena Margarita Pérez Toscano	1	-----	1		0.0033
Jacqueline Pérez Toscano	1	-----	1		0.0033
Carlos Eduardo Levy Vázquez	317	-----	317		0.17
TOTAL	5,000	180,000	185,000	(3)	100%

RADIO XHERL, S.A. DE C.V.			
ACCIONISTAS	ACCIONES	IMPORTE	%
Medio Radial, S.A. de C.V.	47	(3)	94
Rebeca Elizabeth Pérez Toscano	1	(2)	2
Lorena Margarita Pérez Toscano	1		2
Jacqueline Pérez Toscano	1		2
TOTAL	50	(3)	100 %

MEDIO RADIAL, S.A. DE C.V.			
ACCIONISTAS	ACCIONES	IMPORTE	%
Trigio Javier Pérez de Anda	660	(2)	55
Rebeca Elizabeth Pérez Toscano	180		15
Lorena Margarita Pérez Toscano	180		15
Jacqueline Pérez Toscano	180		15
TOTAL	1,200		100%

Asimismo, XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, también acompañó a su Solicitud de Enajenación de acciones, la documentación que permitió conocer la legal constitución, la identidad y nacionalidad mexicana de las personas físicas y morales interesadas en llevar a cabo la adquisición de las acciones, con lo cual se satisface el requisito del referido artículo 112 de la Ley, en relación con el artículo Quinto Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional.

Por lo que hace a la opinión técnica de la Secretaría, el 24 de febrero de 2020, se recibió en el Instituto el oficio 1.- 58 de fecha 24 de febrero de 2020, a través del cual dicha dependencia emitió opinión a la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones presentada por XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, señalando que la misma se encuentra ajustada a la política pública establecida en la Carta Magna y en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables en materia de telecomunicaciones y radiodifusión.

Igualmente, XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, presentó comprobante de pago de derechos por concepto del estudio de solicitud de cambios o modificaciones de características técnicas, administrativas operativas y legales, correspondiente a la suscripción o enajenación de acciones o partes sociales que requiera autorización en términos de la Ley, atendiendo de esta forma a lo dispuesto por el artículo 174-C fracción VII de la Ley Federal de Derechos vigente al momento de la presentación de la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones.

No obstante, es importante destacar que en términos de los párrafos décimo quinto y décimo sexto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este Instituto tiene como objeto el contribuir al desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones

en la República Mexicana, así como ser la autoridad en materia de competencia económica en dichos sectores, razón por la cual, considerando la evaluación en materia de competencia económica de la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones, que realizó la UCE de este Instituto, indicada en el Considerando Tercero de la presente Resolución, no se estima procedente autorizar a XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, la Solicitud de Suscripción y Enajenación de Acciones en virtud de que la Operación conferiría o podría conferir al Grupo de Interés Económico de los adquirentes, poder sustancial en el servicio de radiodifusión sonora abierta comercial en Colima, Colima, con lo cual se obstaculizaría, disminuiría, dañaría o impediría la libre concurrencia y la competencia económica en ese mercado relevante. Además, no se puede descartar que la Operación tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de conductas prohibidas por la Ley Federal de Competencia Económica, y particularmente, de las prácticas monopólicas en el servicio analizado en la localidad de Colima, Colima.

Por lo anteriormente señalado, con fundamento en los artículos 28 párrafos décimo quinto, décimo sexto y décimo séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 6 fracción IV, 7, 15 fracciones IV y XVIII, 17 fracción I y 112 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; 5 y 86 de la Ley Federal de Competencia Económica; 35 fracción I, 36, 38, 39 y 57 fracción I de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 1, 6, 32 y 34 fracción IV del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, este órgano autónomo emite la siguiente:

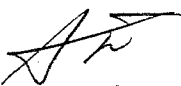
Resolución

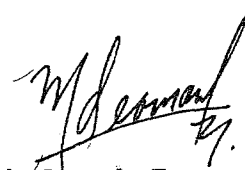
Primero. Se objeta la suscripción y Enajenación de acciones de la empresa **XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, S.A. de C.V.**, concesionaria para el uso, aprovechamiento y explotación comercial de la frecuencia 98.9 MHz, con distintivo XHERL-FM, en Colima, Colima, motivo de la solicitud descrita en el Antecedente Quinto de la presente Resolución, en los términos indicados en su Considerando Tercero.

Segundo. Se instruye a la Unidad de Concesiones y Servicios a notificar personalmente al representante legal de **XERL, Sucesores de J. Roberto Levy, S.A. de C.V.**, la negativa para llevar a cabo la suscripción y enajenación de acciones a que se refiere la presente Resolución, de conformidad con el Resolutivo Primero anterior.

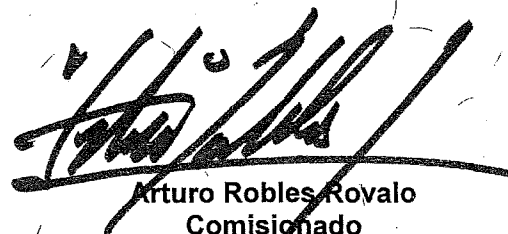


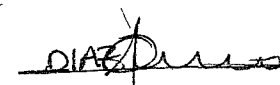
Tercero. La presente Resolución se emite en el ámbito de aplicación del artículo 112 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y no prejuzga sobre las atribuciones que correspondan al Instituto Federal de Telecomunicaciones en materia de competencia económica.


Adolfo Cuevas Teja
Comisionado Presidente*


Mario Germán Fromow Rangel
Comisionado


Javier Juárez Mojica
Comisionado


Arturo Robles Rovalo
Comisionado


Sóstenes Díaz González
Comisionado


Ramiro Camacho Castillo
Comisionado

Resolución P/IFT/040320/82, aprobada por unanimidad en la VI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 4 de marzo de 2020.

Lo anterior, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo quinto, décimo sexto y vigésimo, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 7, 16, 23, fracción I y 45 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y 1, 7, 8 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

* En suplencia por ausencia del Comisionado Presidente del Instituto Federal de Telecomunicaciones, suscribe el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, con fundamento en el artículo 19 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Nombre del documento	Datos que se clasifican	Características del Documento y/o página donde se encuentran clasificadas	Fundamento de clasificación	Motivación de la clasificación
Resolución IFT/IFT/040320/82	(1) Datos personales tales como: nombres y firma de personas autorizadas para oír y recibir notificaciones	Secciones testadas en la Página 1	Artículos 116, primer y segundo párrafos de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP); 113, fracción I y último párrafo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP), en relación con el numeral Trigésimo Octavo, fracción I y último párrafo de los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas (Lineamientos); así como los artículos 2, fracción V, 3, fracción IX, 6, 8, 16, 17 y 31 de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (LGPDPPSO).	Dicho dato es considerado como dato personal, el cual se clasifica como confidencial a fin de protegerlo contra daño, pérdida, alteración, destrucción o su uso, acceso o tratamiento no autorizado. El hecho de divulgar sus nombres y firma podría hacerlos identificables para terceros.
	(2) Datos referentes al patrimonio de una persona física, tales como: Importe en moneda nacional de participación de personas físicas en una persona moral.	Secciones testadas en las Páginas 13, 14 y 15	Artículos 116, primer y segundo párrafos de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP); 113, fracción I y último párrafo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP), en relación con el numeral Trigésimo Octavo, fracción I y último párrafo de los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas (Lineamientos); así como los artículos 2, fracción V, 3, fracción IX, 6, 8, 16, 17 y 31 de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (LGPDPPSO).	Dicho dato es considerado como dato referente al patrimonio de una persona, el cual se clasifica como confidencial a fin de protegerlo contra daño, pérdida, alteración, destrucción o su uso, acceso o tratamiento no autorizado. El hecho de divulgar datos referentes a su patrimonio podría hacerlos identificables para terceros.
	(3) Datos referentes al patrimonio de una persona moral, tales como: Importe en moneda nacional de participación de personas morales en una persona moral.	Secciones testadas en las Página 14	Artículos 116, último párrafo de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP); 113, fracción III de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP), en relación con los numerales Trigésimo Octavo, fracción II y Cuadragésimo, fracción I de los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas (Lineamientos); así como los artículos 2, fracción V, 3, fracción IX, 6, 8, 16, 17 y 31 de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (LGPDPPSO).	Dicho dato es considerado como dato referente al patrimonio de una persona,