

FORMATO PARA PARTICIPAR EN LA CONSULTA PÚBLICA

Instrucciones para su llenado y participación:

- I. Las opiniones, comentarios y propuestas deberán ser remitidas a la siguiente dirección de correo electrónico: consultadisposicionesregulatorias@ift.org.mx, en donde se deberá considerar que la capacidad límite para la recepción de archivos es de 25 Mb.
- II. Vierta sus comentarios conforme a la estructura de la Sección I del presente formato.
- III. De contar con observaciones generales o alguna aportación adicional proporciónelos en la Sección II.
- IV. En caso de que sea de su interés, podrá adjuntar a su correo electrónico la documentación que estime conveniente.
- V. El período de consulta pública será del 23 de mayo al 3 de julio de 2019 (i.e. 30 días hábiles). Una vez concluido dicho periodo, se podrán continuar visualizando los comentarios vertidos, así como los documentos adjuntos en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ift.org.mx/industria/consultas-publicas>
- VI. Para cualquier duda, comentario o inquietud sobre el presente proceso consultivo, el Instituto pone a su disposición los siguientes puntos de contacto: Fernando Navarrete Saavedra, Director de Atención en Procesos de Competencia de la Autoridad Investigadora, correo electrónico fernando.navarrete@ift.org.mx, número telefónico (55) 5015 4613; y Juan Manuel Martínez Cano, Director de Procedimientos de Competencia B de la Unidad de Competencia Económica, a quien encontrará en el correo electrónico: juan.martinez@ift.org.mx y en el número telefónico (55) 5015 4557.

Aviso

La información contenida en los comentarios, opiniones, y aportaciones que reciba el Instituto con relación a la presente Consulta Pública, será publicada íntegramente en su portal de Internet de conformidad con lo previsto en el Octavo de los Lineamientos de Consulta Pública y Análisis de Impacto Regulatorio del Instituto Federal de Telecomunicaciones y, en ese sentido, será considerada invariablemente pública salvo por lo dispuesto en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados y los Lineamientos Generales de Protección de Datos Personales del Sector Público.

De esta manera, para participar en la Consulta Pública no se requerirá presentar información de identificación de los participantes, como es el caso de: nombre completo o razón social, o algún otro dato personal. Por lo que los Formatos para participar en la Consulta Pública no contarán con los apartados en los que se requiere tal información. Asimismo, la Autoridad Investigadora y la Unidad de Competencia Económica invitan a los participantes a que se abstengan de proporcionar cualquier tipo de dato personal.

A este respecto, en caso de que se presente información relativa a datos personales en los escritos que contengan comentarios, opiniones y aportaciones, las unidades administrativas antes mencionadas, realizarán las versiones públicas de dichos documentos a efecto de omitirlos, identificándolos únicamente como "Participante 1", "Participante 2", "Participante 3", y así sucesivamente, conforme al orden cronológico en que se reciban.

I. Comentarios, opiniones y aportaciones específicos del participante sobre el asunto en consulta pública	
Artículo o apartado	Comentario, opiniones o aportaciones
Artículo 5	El "Anteproyecto de Modificaciones a las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el doce de enero de dos mil quince, respecto de los procedimientos que llevan a cabo la Autoridad Investigadora y la Unidad de Competencia Económica" (en adelante ANTEPROYECTO), no contempla una

modificación a su artículo 5, que actualmente dispone lo siguiente:

“Artículo 5. Para la determinación del mercado relevante se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso, identificar los bienes o servicios producidos, distribuidos, adquiridos, comercializados u ofrecidos y aquellos que los sustituyan o puedan sustituirlos oportunamente. Asimismo, se debe delimitar el área geográfica en la que se ofrecen o demandan dichos bienes o servicios, y si en la misma existe la opción de acudir indistintamente a los proveedores o clientes sin incurrir en costos significativos.”

Se sugiere al INSTITUTO la modificación del artículo citado para que precise cómo cada una de las fracciones del artículo 58 podrían ser consideradas para la determinación de la dimensión producto y dimensión geográfica del mercado relevante. Se sugiere que el artículo 5 quede expresado en los siguientes términos:

“Artículo 5. La fracción I del artículo 58 de la Ley conducirá el análisis de sustitución por el lado de la demanda y de la oferta, para así determinar la dimensión producto del mercado relevante. La fracción II conducirá el análisis de sustitución por el lado de la oferta y la fracción III la sustitución por el lado de la demanda, en estos casos para determinar la dimensión geográfica del mercado relevante. Los elementos de la fracción IV se insertarán en el análisis para la delimitación de la dimensión producto o geográfica, según corresponda.”

Asimismo, considerando lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia que establece que el mercado relevante además de su dimensión de producto y geográfica cuenta con una dimensión temporal, se sugiere **insertar un segundo párrafo en el artículo 5** que establezca lo siguiente:

“En los casos de investigaciones por prácticas monopólicas, se analizarán posibles cambios en el tiempo en la dimensión producto o la dimensión geográfica a fin de determinar si el mercado relevante puede ser definido de maneras distintas. En el análisis

	<p><i>de casos de naturaleza ex ante la delimitación de mercado se realizará, además, con carácter prospectivo bajo un horizonte de no más de 5 años, permitiendo identificar cómo contrasta el mercado relevante identificado al tiempo de la investigación con la situación proyectada.”</i></p> <p>Un ejemplo de lo anterior podría ser la existencia de mercados de ámbito municipal que, luego de alguna modificación regulatoria pudieran considerarse estatales o nacionales, o viceversa. Otro ejemplo de la pertinencia de la propuesta es referido por la Comisión de Competencia del Reino Unido, que establece lo siguiente:¹</p> <p><i>“151. Cuando los clientes no son capaces de sustituir productos entre periodos, podría haber una dimensión temporal del mercado, por ejemplo estacionalidad, servicios en hora pico. Un ejemplo típico es el de los usuarios cotidianos de trenes y los vacacionistas. Los usuarios cotidianos restringidos por sus horas de trabajo tienen poca elección para viajar en horas pico, durante las cuales las compañías de trenes realizan cargos mayores que en otras ocasiones. Por otra parte, los vacacionistas podrían estar menos preocupados acerca del tiempo del viaje y más dispuestos a viajar fuera de la hora pico y pagar menos. En tales circunstancias, dependiendo de las circunstancias del caso, la CC podría decidir definir dos o más mercados, o podría decidir definir sólo un mercado y notar el alcance de la discriminación de precios dentro del mercado, por ejemplo identificando un mercado para viajes en tren con diferentes precios cargados a viajeros en hora pico y fuera de hora pico.”</i></p>
--	---

¹ Competition and Markets Authority, Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies, para. 151.
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf

También, en relación con la propuesta de adición, la Comisión Europea señala en su "Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia" lo siguiente:²

"12. Los criterios para definir el mercado de referencia se aplican generalmente en el análisis de ciertos comportamientos en el mercado y de cambios estructurales en la oferta de productos. Sin embargo, esta metodología puede llevar a resultados diferentes en función de la naturaleza de la cuestión de competencia examinada. Por ejemplo, la extensión del mercado geográfico puede ser diferente según se analice una concentración, en cuyo caso el análisis es fundamentalmente prospectivo, o un comportamiento pasado. La diferente perspectiva temporal considerada en cada caso podría llevar al resultado de que se definan distintos mercados geográficos para los mismos productos según que la Comisión examine un cambio en la estructura de la oferta, como, por ejemplo, la creación de una concentración o de una empresa en participación de carácter cooperativo, o cuestiones relativas a determinados comportamientos pasados."

En el mismo sentido la OCDE observa lo siguiente en relación con la determinación de mercado relevante con base en la Prueba del Monopolista Hipotético:³

"En casos de concentraciones, el precio de referencia usual utilizado para iniciar el análisis es el precio observado. Esto es porque en el análisis de concentraciones la cuestión es si la misma creará o incrementará el poder de mercado. El análisis se centra en posibles efectos futuros de la concentración en relación con la situación actual e incrementos de precios por arriba del nivel de precios prevaleciente. El análisis en casos de concentraciones es por lo tanto en general prospectivo. En casos de monopolización o abusos de posición dominante, los efectos

² [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN)

³ <http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>

	<p><i>anticompetitivos potenciales podrían ya haber ocurrido. Como resultado, el análisis podría ser retrospectivo y el precio prevaleciente podría ya ser más alto en comparación con el contrafactual. (...)</i></p> <p>Por otra parte, considerando que algunos problemas de competencia pueden surgir en mercados relacionados verticalmente, se considera pertinente que el INSTITUTO contemple incluir algunos criterios de cómo procederá en la identificación de los mercados <i>upstream</i>. En particular, se sugiere agregar un tercer párrafo al artículo 5 donde se indique lo siguiente.</p> <p><i>Cuando el caso se tramite requiera analizar mercados aguas arriba, el INSTITUTO identificará en primera instancia el mercado aguas abajo y, posteriormente, delimitará el mercado aguas arriba. En ambos casos observará lo establecido en el artículo 58 de la LFCE y los párrafos primero y segundo de este artículo 5."</i></p> <p>Lo anterior encuentra referencia en el procedimiento seguido por la Comisión Europea en las "Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas de la UE",⁴ donde indica que:</p> <p><i>"24. Para evaluar si una empresa tiene PSM, es decir, si <<disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independientemente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores>>, revista una importancia esencial definir el mercado pertinente, puesto que la competencia efectiva solo puede ser evaluada por referencia a esta definición.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>26. En punto de partida de cualquier análisis debe constituirlo una evaluación del mercado o mercados minoristas pertinentes, teniendo en cuenta la</i></p>
--	--

⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0507\(01\)&rid=7](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0507(01)&rid=7)

	<p><i>sustituibilidad de la demanda y de la oferta desde la perspectiva del usuario final (...). Una vez identificado el mercado o mercados minoristas pertinentes (...) las ANR deben identificar el mercado o mercado mayoristas correspondientes (...)</i>"</p> <p>Es importante señalar que aún cuando las directrices referidas emitidas por la Comisión Europea son aplicadas para determinar lo que denominan mercados susceptibles de regulación, se considera que el principio utilizado, consistente en delimitar mercados <i>upstream</i> previa determinación de mercados <i>downstream</i>, resulta apropiado para las investigaciones de carácter <i>ex post</i>.</p> <p>Asimismo, las sugerencias aquí indicadas son consistentes con los criterios para determinar poder sustancial conforme al artículo 59 de la LFCE y la propuesta de modificación que se presentan en relación con el artículo 8 de las DRLFCE vigentes.</p>
<p>Artículo 8</p>	<p>El artículo 8 de las DRLFCE vigentes establece lo siguiente:</p> <p><i>"Artículo 8. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, de conformidad con la fracción VI del artículo 59 de la Ley, se pueden considerar, entre otros, los criterios siguientes:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>I. El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante;</i> <i>II. La falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación, y</i> <i>III. La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores."</i> <p>Estos 'criterios' adicionales para la determinación de poder sustancial de mercado se estiman redundantes en razón de lo siguiente.</p> <p>La Suprema Corte de Justicia, en consistencia con lo señalado por distintas autoridades y organismos especializados en</p>

competencia económica en el mundo, ha señalado lo siguiente respecto al concepto de mercado relevante:⁵

"(...) se advierte que este concepto, que tiene una triple delimitación: objetiva, geográfica y temporal, adquiere importancia si se considera que es en dicho mercado donde existe el riesgo de que los agentes económicos incurran en prácticas anticompetitivas que distorsionan la concurrencia y eficiencia económicas. Así, la definición de 'mercado relevante' se convierte sólo en un medio para determinar la presencia o ausencia de poder en el mercado; no obstante, para evaluar si dicho poder de mercado existe, primero es indispensable identificarlo. (...)"

El artículo 58 de la LFCE establece como criterios para la determinación del mercado relevante, entre otros, los siguientes:

"I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones; (...)"

Como puede observarse, la fracción II del artículo 8 de las DRLFCE es un subconjunto de los aspectos que conforme a la fracción II del artículo 58 de la LFCE deben analizarse para determinar un mercado relevante. Asimismo, la fracción III del artículo 8 de las

5

https://sif.scjn.gob.mx/sifsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=100000000000&Expresion=mercado%2520relevante%2520su%2520concepto&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=168609&Hit=4&IDs=2013653,2011144,2007032,168609,179161&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

DRLFCE es un subconjunto de los aspectos que conforme a la fracción I del artículo 58 de la LFCE deben analizarse para determinar un mercado relevante.

La fracción I del artículo 58 hace referencia al “grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante”. La forma en que comúnmente se mide el posicionamiento es a través de las participaciones de mercado, pero estas ya se encuentran referidas en la fracción I del artículo 59 de la LFCE en el que se establecen algunos de los elementos a considerar para determinar la existencia de poder sustancial de mercado.

En razón de lo anterior se sugiere derogar la redacción actual del artículo 8 de las DRLFCE vigentes. En su lugar, se sugiere al INSTITUTO establezca algunos criterios útiles para distinguir las determinaciones de poder sustancial en casos de prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas de aquellas determinaciones de poder sustancial con fines de regulación, así como los elementos que tomará en consideración para determinar la existencia de poder sustancial.

En particular se sugiere que el artículo 8 quede expresado en los siguientes términos:

“Artículo 8. Se entenderá que uno o más agentes económicos cuentan con poder sustancial de mercado si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

Para determinar su existencia, el INSTITUTO considerará las participaciones de mercado de los agentes económicos, de conformidad con la fracción I del artículo 58 de la Ley, lo dispuesto en las fracciones II a V del mismo artículo, así como lo siguiente.

En las investigaciones de prácticas monopólicas, el INSTITUTO determinará si durante el periodo en que pudo tener lugar la afectación a la competencia el

	<p><i>agente económico investigado tuvo poder sustancial de mercado.</i></p> <p><i>El INSTITUTO, ya sea en asuntos de naturaleza ex ante o ex post, considerará como un indicador significativo de poder sustancial cualquiera de los siguientes:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>• Una participación de mercado estable o en crecimiento. Las disminuciones relativamente pequeñas y breves de las participaciones de mercado no serán indicio suficiente de la ausencia de poder sustancial.</i><i>• Los márgenes de utilidades altos.</i><i>• La continua salida o reducción en el número de participantes en el mercado.</i> <p><i>Otros criterios relevantes para aproximar el poder sustancial son, de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>• Ventaja o superioridad tecnológica y comercial;</i><i>• Ausencia o bajo poder de negociación de los compradores;</i><i>• Facilidad o acceso privilegiado a mercado de capitales o recursos financieros;</i><i>• Diversificación de productos/servicios (por ejemplo, productos o servicios empaquetados);</i><i>• Economías de escala;</i><i>• Economías de alcance;</i><i>• Efectos directos e indirectos de red;</i><i>• Integración vertical;</i><i>• Una red de distribución y ventas altamente desarrollada.</i> <p><i>Las determinaciones de poder sustancial a que se refiere el artículo 96 de la Ley se realizarán bajo la determinación de mercado relevante con carácter prospectivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley y 5 de estas disposiciones. En particular, se determinará si de los elementos a que se refieren las fracciones II a V del artículo 59 de la Ley, se desprende que durante el horizonte de análisis permanecerá:</i></p>
--	---

	<ul style="list-style-type: none">• <i>La presencia de altas y no transitorias barreras a la entrada, ya sea de carácter legal, regulatorio o conductual.</i>• <i>Una dinámica de no competencia debido a la persistencia del poder sustancial.</i> <p><i>El análisis a que se refiere el párrafo anterior identificará aquellos elementos que de ser regulados mejorarían la dinámica competitiva.</i></p> <p>La propuesta se basa en los siguientes elementos.</p> <p>Por lo que respecta a la definición de poder sustancial de mercado y sus implicaciones en relación con lo establecido en el artículo 59 de la LFCE debe considerarse que el artículo referido establece lo siguiente:</p> <p><i>“Artículo 59. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:</i></p> <p><i>I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.</i></p> <p><i>(...)”</i></p> <p>Lo establecido en el artículo 59, sugiere que el análisis de los elementos indicados en las fracciones I a VI permitirán determinar si existe o no poder sustancial. La Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), por ejemplo, ha señalado en algunos de sus dictámenes lo siguiente:⁶</p>
--	--

⁶ Dictamen Preliminar, Expediente No. IEB-002-2017, p. 170. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/11/IEBC_002_2017_DictamenPreliminar.pdf

	<p><i>“A continuación, se determinan las participaciones de mercado y se analiza la capacidad para fijar precios o restringir el abasto con que cuentan los AGENTES ECONÓMICOS que participan en el MERCADO RELEVANTE.”</i></p> <p>En otro dictamen, la COFECE señala lo siguiente:⁷</p> <p><i>“(…) De conformidad con el artículo 59, fracción I, de la LFCE, para resolver sobre condiciones de competencia efectiva en los Mercados Relevantes, se debe considerar la participación de los AGENTES ECONÓMICOS que actúan en los mercados identificados y si pueden fijar precios o restringir el abasto en los mismos, sin que sus competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.</i></p> <p>Por su parte, el IFT ha señalado lo siguiente:⁸</p> <p><i>“De conformidad con el artículo 59, fracción I, de la LFCE, para determinar el poder sustancial en el mercado relevante se debe considerar la capacidad del agente económico para fijar precios unilateralmente en este mercado o restringir el abasto, sin que sus competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.”</i></p> <p>Es decir, para las autoridades de competencia, un requisito para mostrar la existencia de poder sustancial es mostrar que uno o varios agentes económicos tienen la capacidad para fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.</p>
--	--

⁷ Dictamen Preliminar, Expediente DC-003-2018, p. 246. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/03/DC_003_2018_DictamenPreliminarVP.pdf

⁸ Dictamen Preliminar, Expediente AI/DC-001-2004, p. 164. <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/unidad-de-competencia-economica/versionpublicaconsolidada.pdf>

Ahora bien, es importante observar lo que tanto COFECE como el INSTITUTO parecen entender por “poder sustancial”. La COFECE, por ejemplo, sugiere que poder sustancial de mercado es “la capacidad de fijar precios y/o restringir la oferta de bienes y servicios sin que pueda haber una reacción competitiva de alguna otra empresa para contrarrestarlo”,⁹ básicamente lo establecido en la fracción I del artículo 59 de la LFCE. Esta aproximación se considera adecuada y similar a la adoptada por otras autoridades de competencia en el mundo.

Sin embargo, debe notarse que lo que se entiende por “poder sustancial de mercado” es tautológico con el procedimiento adoptado tanto por la COFECE como para el IFT para determinar que dicho poder de mercado existe.

En la conducción de su análisis para determinar que uno o varios agentes tienen poder sustancial (es decir la capacidad de fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder), las autoridades consideran como un elemento para llegar a dicha determinación si los agentes que investiga tienen la “la capacidad de fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder”, es decir poder sustancial. Esto parece tener poco sentido: para concluir que existe poder sustancial un elemento para llegar a tal determinación es la existencia de poder sustancial.

Una posible alternativa para resolver este inconveniente es incluir en el artículo 8 de las DRLFCE vigentes la definición ya señalada:

“Poder sustancial de mercado: la capacidad de fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores

⁹ <https://www.cofece.mx/que-es-poder-sustancial-de-mercado/>

	<p><i>puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.</i></p> <p>Si se considera la experiencia internacional, resulta claro que la determinación de poder sustancial de mercado puede realizarse de dos maneras.¹⁰ La primera de ellas, denominada como método indirecto, conlleva la definición de un mercado relevante y el posterior análisis de las condiciones competitivas. La medición de las participaciones de mercado y el análisis de barreras a la entrada y la expansión son parte importante en el análisis de las condiciones competitivas, y en consecuencia para la determinación de poder sustancial de mercado.</p> <p>Una segunda aproximación para determinar poder sustancial de mercado, denominada método directo, sugiere que evidencia de efectos anticompetitivos (aumento de precios, reducción de la producción, entre otros que reduzcan el bienestar de los consumidores) u otra evidencia concluyente de abuso, principalmente en casos de prácticas monopólicas relativas, es suficiente para concluir sobre la existencia de poder sustancial. La OCDE precisa que el uso de estas herramientas se limita a mercados específicos, y que su uso en otros contextos podría acarrear resultados equivocados.</p> <p>Lo anterior sugiere que los elementos requeridos por el método indirecto para la determinación de poder sustancial ya se encuentran contemplados en la LFCE, y que la autoridad de competencia, como experto en la materia y en ejercicio de su facultad para interpretar la LFCE, puede proponer que la determinación de poder sustancial de mercado se realice conforme a la definición que se propone y además considerando las participaciones de mercado y los demás elementos dispuestos en las fracciones II a V del artículo 59 de la LFCE.</p> <p>Respecto a la determinación de poder sustancial durante el periodo en que pudo realizarse una práctica monopólica y el uso</p>
--	--

¹⁰ <http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>

de las participaciones de mercado como indicador significativo para determinar la existencia de dicho poder sustancial, una decisión reciente de la Oficina de Comunicaciones del Reino Unido (OFCOM), donde sanciona un caso de discriminación de precios en relación con la oferta de servicios de entrega de correo masivo en el Reino Unido, señala lo siguiente:¹¹

“5.1 la Sección 18 de la Ley de Competencia de 1998, conocida como la prohibición del Capítulo II, y el Artículo 102 del TFUE prohíben a las compañías con poder de mercado abusar de esa posición en detrimento de la competencia y en última instancia de los consumidores.

5.2 La prohibición del Capítulo II establece que:

‘... cualquier conducta por parte de una o más empresas que sea equivalente al abuso de posición dominante en un mercado está prohibida si puede afectar el comercio dentro del Reino Unido.’

5.3 Para encontrar una infracción a la prohibición del Capítulo II, es necesario establecer que:

a) durante el tiempo de la infracción, Royal Mail mantuvo una posición dominante. En el (los) mercado(s) relevante(s) dentro del Reino Unido o alguna parte de este;

b) Royal Mail abusó de su posición dominante en ese mercado o un mercado relacionado; y

c) tal abuso podría haber afectado el comercio dentro del Reino Unido o cualquier parte de este.

(...)

5.5 El Artículo 102 es expresado de manera similar, excepto que en relación con la ley Europea prohíbe el abuso de posición dominante donde afecte el comercio entre Estados Miembros de la Unión Europea (...).”

¹¹ No hay versión en español. Traducción propia con base en:

https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0022/124591/01122-infringement-decision.pdf

	<p><i>“6.78 Adicionalmente, las participaciones de mercado de otras empresas operando en el mismo mercado, y cómo han cambiado en el tiempo, son relevantes. <u>Una empresa es más probable que tenga una posición dominante si sus competidores se mantienen posiciones relativamente débiles y la empresa en cuestión ha disfrutado una participación de mercado alta y estable. La existencia de una participación de mercado particularmente alta que es mucho más alta que la de los competidores constituye un “indicador significativamente alto” de dominancia.</u>”</i></p> <p>Esto es consistente con las recomendaciones de la OCDE en relación con las declaratorias de poder sustancial en mercados de televisión restringida realizadas por el INSTITUTO. La OCDE señaló:¹²</p> <p><i>“Con respecto a la determinación del poder sustancial de mercado, se podría agregar varios factores adicionales a la lista formal de cuestiones a considerar para evaluar si existe dicho poder en un mercado relevante. Estos factores incluyen:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>• Cambios en las participaciones de mercado a través del tiempo. Si la participación de mercado de una empresa se ha reducido de manera constante y significativa, esto podría pasar en contra de una conclusión de que la empresa tiene un poder sustancial en el mercado. Por el contrario, una participación estable o en crecimiento sería congruente con la existencia de poder sustancial de mercado. (...)</i><i>• Márgenes de utilidades. Los márgenes persistentemente altos tienden a ser congruentes con un poder sustancial de mercado, mientras que los márgenes persistentemente bajos o las pérdidas no lo son.</i><i>• Historial de entrada y salida en el mercado. Si hay muchas más empresas que salen del mercado que</i>
--	--

12

http://www.ift.org.mx/sites/default/files/estudio_de_la_ocde_sobre_telecomunicaciones_y_radiodifusion_en_mexico_2017.pdf

las que entran, puede señalar la presencia de poder sustancial de mercado. Por otra parte, un historial donde se comprueba la entrada exitosa al mercado de nuevos participantes sugeriría claramente una ausencia de poder sustancial de mercado.”

Por lo que corresponde a los criterios para las determinaciones de poder sustancial de conformidad con el artículo 96 de la LFCE se toma como referencia el procedimiento seguido por la Comisión Europea para determinar “mercados susceptibles de regulación” y los criterios para determinar la existencia de poder sustancial en los mercados de las comunicaciones electrónicas.

La Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europea y del Consejo “relativa a un marco regulador común de las redes y otros servicios de comunicaciones electrónicas”¹³ establece, entre otras cosas, lo siguiente:

“Artículo 15

Procedimiento de definición del mercado

*1. Previa consulta pública y consulta a las autoridades nacionales de reglamentación, la Comisión adoptará una recomendación sobre mercados pertinente de productos y servicios (en lo sucesivo denominada la <<recomendación>>). **En la recomendación se enumerarán, de conformidad con el Anexo I, los mercados de productos y servicios del sector de las comunicaciones electrónicas cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones reglamentarias establecidas en las directivas específicas, sin perjuicio de los mercados que puedan definirse en casos concretos en virtud del Derecho de la competencia.** La Comisión definirá los mercados de conformidad con los principios del Derecho de la competencia.*

La Comisión revisará periódicamente la recomendación.

¹³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0021&from=en>

2. La Comisión publicará, a más tardar en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva, unas directrices de análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado (denominadas en lo sucesivo <<las directrices>>), que serán acordes con los principios del Derecho de la competencia.

(...)

Artículo 16.

Procedimiento de análisis del mercado

1. Lo antes posible tras la adopción de la recomendación o de cualquier actualización de la misma, las autoridades nacionales de reglamentación efectuarán un análisis de los mercados pertinentes, teniendo en cuenta las directrices en la mayor medida posible. Los Estados miembros velarán por que este análisis se lleve a cabo, si procede, en colaboración con las autoridades nacionales responsables en materia de competencia.

(...)

4. Cuando una autoridad nacional de reglamentación determine que uno de los mercados pertinentes no es realmente competitivo, establecerá que empresas tienen un peso significativo en el mercado, con arreglo al artículo 14, y les impondrá las obligaciones reglamentarias específicas adecuadas indicadas en el apartado 2 del presente artículo, o mantendrá o modificará dichas obligaciones si ya existen.

(...)"

Es decir, en Europa existe una disposición normativa que establece la obligación de emitir una "recomendación" de "mercados que podrían ser regulados". Sin embargo, este pronunciamiento no es vinculante. La determinación definitiva resulta de un análisis específico para determinar la existencia de poder sustancial, lo que se traduce en la determinación de la ausencia de competencia efectiva, y la posible determinación de la regulación correspondiente. Esto último es análogo al procedimiento que establece el artículo 96 de la LFCE.

	<p>De la “recomendación” para determinar los “mercados que podrían ser regulados”, se observa que existen tres criterios acumulativos para identificar los mercados de comunicaciones electrónicas susceptibles de regulación ex ante. Estos criterios son:¹⁴</p> <ul style="list-style-type: none">i) La presencia de elevadas y no transitorias barreras a la entrada de carácter estructural, legal o regulatorio.ii) Una estructura de mercado que no tiende hacia la competencia efectiva dentro de un horizonte de tiempo, habiendo considerado el estado de la competencia basada en infraestructura y de otro tipo detrás de las barreras a la entrada.iii) La legislación de competencia no es suficiente para adecuadamente conducir las fallas de mercado identificadas. <p>El inciso i) se corresponde con el análisis de barreras a la entrada que se realiza como parte de la evaluación para determinar la existencia de poder sustancial; el inciso ii) corresponde con un análisis prospectivo de la posición relativa de los participantes del mercado y la dinámica de la competencia. Estos elementos ya son considerados por el artículo 59 de la LFCE, sólo que los párrafos que se propone incluir en las DRLFCE clarifican sobre el alcance del análisis cuando este pueda tener como consecuencia la imposición de la regulación.</p> <p>Con respecto al resto de criterios para aproximar poder sustancial, estos se encuentran indicados en las directrices de análisis de mercado y evaluación del peso significativo en el mercado.¹⁵</p>
--	--

¹⁴ EC (2014). Commission Staff Working Document. Explanatory Note. Accompanying the document. Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/explanatory-note-accompanying-commission-recommendation-relevant-product-and-service-markets>.

¹⁵ European Commission. Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the EU regulatory framework for electronic communications networks and services. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0507\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0507(01)&from=EN)

<p>Artículo 9</p>	<p>El artículo 60 de la LFCE establece lo siguiente:</p> <p><i>“Artículo 60. Para determinar la existencia de insumo esencial, la Comisión deberá considerar:</i></p> <p><i>I. Si el insumo es controlado por uno, o varios Agentes Económicos con poder sustancial o que hayan sido determinados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones;</i></p> <p><i>II. Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico;</i></p> <p><i>III. Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos;</i></p> <p><i>IV. Las circunstancias bajo las cuales el Agente Económico llegó a controlar el insumo, y</i></p> <p><i>V. Los demás criterios que, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias.”</i></p> <p>En relación con este artículo las DRLFCE establecen el artículo 9 que señala lo siguiente:</p> <p><i>“Artículo 9. Para efectos de la fracción V del artículo 60 de la Ley, la Autoridad Investigadora debe evaluar, en el dictamen preliminar, los efectos en las condiciones de competencia y libre concurrencia de ordenar o regular el acceso al insumo.”</i></p> <p>Al respecto, se considera que el artículo 9 de las DRLFCE actuales resulta inapropiado, pues no constituye un criterio para determinar la existencia de un insumo sino más bien establece una obligación para la autoridad de analizar cuáles serían las consecuencias de determinar algún tipo de regulación de acceso al insumo que previamente se haya determinado.</p> <p>Los alcances del artículo 9 de las DRLFCE vigentes se consideran incluidos en el artículo 12 de las DRLFCE, el cual establece lo siguiente:</p> <p><i>“Artículo 12. Cuando el Pleno del Instituto determine aplicar medidas correctivas o aceptar las medidas</i></p>
-------------------	--

	<p><u>propuestas</u> en términos del artículo 94 de la Ley, <u>puede evaluar:</u></p> <p><u>I. Si la medida elimina los problemas de competencia relacionados con la existencia de Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia o las condiciones del acceso al insumo esencial, y</u></p> <p>II. Si la medida es necesaria, garantiza el cumplimiento de los fines, es viable y no impone costos o restricciones innecesarias al Agente Económico que será sujeto a las medidas.</p> <p>La Autoridad Investigadora, al proponer medidas correctivas en el dictamen preliminar conforme al artículo 94, fracción III, de la Ley debe elaborar la justificación de su propuesta en términos de lo establecido en las fracciones anteriores.</p> <p>(...)"</p> <p>En razón de lo anterior se propone suprimir el actual artículo 9 de las DRLFCE.</p>
Artículo 10	<p>Se propone adicionar al artículo 10 lo siguiente:</p> <p>"Las Barreras a la Competencia y Libre concurrencia pueden tener como origen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • altos niveles de concentración, incluyendo la existencia de poder sustancial de mercado; • la existencia de altas barreras a la entrada y la expansión; • la integración vertical; • el poder de negociación del comprador. <p>En consecuencia, en las investigaciones que se tramiten de conformidad con el artículo 94 de la Ley, se analizarán estos aspectos bajo la determinación de mercado relevante con carácter prospectivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley y 5 de estas disposiciones. En particular, se determinará si de estos elementos se desprende que durante el horizonte de análisis permanecerá:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La presencia de altas y no transitorias barreras a la entrada, ya sea de carácter legal, regulatorio o conductual.

	<ul style="list-style-type: none">• <i>Una dinámica de no competencia debido a los distintos orígenes de Barreras a la Competencia y Libre Concurrencia.</i> <p><i>El análisis a que se refiere el párrafo anterior identificará aquellos elementos que de ser regulados mejorarían la dinámica competitiva, o bien aquellas normas, disposiciones, conductas o característica del mercado que de eliminarse mejoraría la dinámica competitiva.</i></p> <p>La propuesta busca dar claridad respecto a los aspectos que deben ser considerados en las investigaciones que se tramiten de conformidad con el artículo 94 de la LFCE. La propuesta se basa en los aspectos considerados por la autoridad de competencia del Reino Unido (CMA) en lo que denominan investigaciones de mercado.¹⁶</p> <p>Para la CMA un Efecto Adverso sobre la Competencia es “cualquier característica, o combinación de características, de cada mercado relevante que impide, restringe o distorsiona la competencia, actual o potencialmente.” Adicionalmente, la CMA considera características de un mercado las siguientes: a) la estructura del mercado de interés o cualquier aspecto de esa estructura; b) cualquier conducta (ya sea en el mercado de interés o no) de una o más de una persona que ofrece o adquiere bienes o servicios en el mercado de interés; o, c) cualquier conducta relacionada al mercado de interés por parte de clientes o cualquier persona que ofrezca o adquiera bienes o servicios.</p> <p>La lectura integral del párrafo anterior es equivalente a la definición de Barreras a la Competencia y Libre Concurrencia contenida en la LFCE.</p> <p>La misma CMA entonces identifica como posibles fuentes de daño competitivo las siguientes: a) poder de mercado unilateral, incluyendo la concentración de mercado; b) barreras a la</p>
--	---

¹⁶ CMA. Guidelines ofr market investigations: their role, procedures, assessment and remedies. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf

	<p>entrada y la expansión; c) conductas coordinadas; d) relaciones verticales; y e) débil respuesta de los consumidores.</p> <p>Con respecto a las consideraciones sobre el análisis prospectivo, estas se incluyen en consistencia con lo expuesto en relación con las propuestas de adición y modificación a los artículos 5 y 8 de las DRLFCE vigentes.</p>
<p>Artículo 13</p>	<p>El artículo 13 de las DRLFCE establece lo siguiente:</p> <p><i>“Artículo 13. El Instituto publicará en el Diario Oficial de la Federación los métodos de cálculo para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante, así como los criterios técnicos para su aplicación.”</i></p> <p>Se sugiere la siguiente modificación:</p> <p><i>“Artículo 13. El Instituto, para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante, hará uso de los métodos de cálculo y los criterios técnicos para su aplicación que haya publicado en el Diario Oficial de la Federación.”</i></p>
<p>Artículo 14</p>	<p>En relación con el artículo 14 de las DRLFCE, el ANTEPROYECTO propone modificar el penúltimo párrafo para quedar como sigue:</p> <p><i>“En el caso de las investigaciones por concentración ilícita, la presentación de la información y la documentación para acreditar ganancias en eficiencia derivadas de la concentración, puede hacerse antes de la emisión del acuerdo de conclusión de la investigación. En caso de que la Autoridad Investigadora emita dictamen de probable responsabilidad, la presentación puede hacerse en la contestación al referido dictamen.”</i></p> <p>Se considera que una disposición similar debería establecerse en relación con la presentación de ganancias en eficiencia relacionadas con posibles prácticas monopólicas relativas.</p> <p>En particular se sugiere indicar el momento en que la autoridad podrá conocer de las ganancias en eficiencia y las consecuencias de esto en su determinación de la existencia de</p>

	<p>prácticas monopólicas. Conforme a lo establecido en el artículo 55 de la LFCE, se considera que una vez acreditado lo establecido en el artículo 54 la autoridad debería concluir que existe una práctica monopólica relativa y que por lo tanto existe un comportamiento ilícito por parte del agente económico que corresponda. Las ganancias en eficiencia sólo serían utilizadas para la valoración de la posible sanción durante el procedimiento seguido en forma de juicio.</p> <p>Se sugiere que el tema de ganancias en eficiencia, tanto para concentraciones ilícitas como para prácticas monopólicas relativas, sea expresado en un artículo único de las DRLFCE.</p>
Artículo 61	<p>Se sugiere no adicionar el segundo párrafo a la fracción IV del artículo 61, según propone el ANTEPROYECTO.</p> <p>Ya la fracción IV del artículo 61 establece que los requerimientos que realice la Autoridad Investigadora durante los procedimientos de investigación a su cargo deberán indicar al requerido el derecho que le asiste para solicitar que cierta información sea clasificada como confidencial en términos del artículo 125 de la LFCE.</p> <p>Una prevención exclusivamente para reiterar este punto sólo representa una carga administrativa adicional para la Autoridad Investigadora que incrementa el uso de recursos públicos (personas y tiempo) para realizar esta actuación que puede ser solventada por la autoridad quien en última instancia debe evaluar si la solicitud de clasificación del requerido es procedente o no.</p>
Artículos 67-A y 128	<p>La pertinencia de las modificaciones a los artículos 67-A y 128 de las DRLFCE conforme al ANTEPROYECTO, requiere considerar lo establecido en el artículo 65 de la LFCE, conforme al cual:</p> <p><i>“Artículo 65. No podrán ser investigadas con fundamento en esta Ley, las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable por parte de la Comisión, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa o bien</i></p>

cuando la resolución haya quedado sujeta a condiciones posteriores y las mismas no se hayan cumplido en el plazo establecido para tal efecto.

Tampoco podrán ser investigadas las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas a la Comisión, una vez transcurrido un año de su realización."

Lo anterior indica que para investigar la posible ilicitud de una concentración previamente autorizada por el INSTITUTO, debe existir primero una determinación de que las condiciones que se establecieron para la concentración no se cumplieron en el plazo determinado en la resolución correspondiente, o bien que dicha concentración se autorizó con base en información falsa.

Conforme al artículo 50 del estatuto orgánico del INSTITUTO, corresponde a la Dirección General de Concentraciones y Concesiones verificar el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se sujete la autorización de una concentración. Por su parte, conforme al artículo 49 del mismo estatuto, corresponde a la Dirección General de Procedimientos de Competencia notificar los acuerdos que ordenen el inicio de incidentes, así como llevar a cabo los actos necesarios para tramitar dichos incidentes hasta su conclusión. Se entiende que estos incidentes incluyen los relacionados con autorización de concentraciones con base en información falsa, ya que el artículo 50 no establece alguna facultad particular sobre este tema para la Dirección General de Concentraciones y Concesiones.

De hecho, asumiendo que las facultades competenciales establecidas en el estatuto orgánico del INSTITUTO no se modifican como consecuencia del ANTEPROYECTO, debe observarse que la Autoridad Investigadora no está facultada para tramitar incidentes relacionados con autorización de concentraciones con base en información falsa. Puede observarse que el artículo 62 del estatuto referido establece:

"XLII. Remitir al Titular de la Unidad de Competencia Económica el expediente de investigación de conductas que posiblemente constituyan

declaraciones falsas o entregas de información falsa realizadas durante la etapa de investigación, para el inicio del trámite del incidente respectivo;

XLIII. Resolver los incidentes que tengan lugar durante la etapa de investigación, con excepción del incidente de declaraciones falsas o entregas de información falsa".

Es decir, la Autoridad Investigadora debe remitir a la Unidad de Competencia los expedientes en los casos en que identifique declaraciones o entregas de información falsa durante la etapa de investigación. Pero esto debe acotarse a todas las investigaciones a su cargo, excepto aquellas por posibles concentraciones autorizadas con base en información falsa y de las que se suponga una posible ilicitud, ya que debe tramitarse, inicialmente, el incidente de falsedad de información que, actualmente, no es atribución de la Autoridad Investigadora.

En consecuencia, el primer párrafo del artículo 67-A propuesto por el ANTEPROYECTO es inadecuado pues asume que la Autoridad Investigadora puede iniciar la investigación de concentraciones que el INSTITUTO haya autorizado con base en información falsa, esto para indagar sobre su posible ilicitud, y al mismo tiempo tramitar el incidente correspondiente con la posible falsedad de la información. El artículo referido establece lo siguiente:

"Artículo 67-A. Cuando de la investigación de concentraciones no notificadas en términos de lo dispuesto en las fracciones I a III del artículo 86 de la Ley o de aquellas autorizadas por el Instituto con base en información falsa, la Autoridad Investigadora advierta que existen elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad de Agentes Económicos por haber incurrido en una concentración ilícita, el dictamen de probable responsabilidad abordará la imputación por la ilicitud de la concentración y por la omisión de notificar la concentración o la entrega de información falsa, según corresponda.

En caso contrario, la omisión de notificar la concentración o la entrega de información falsa, según corresponda, se tramitarán vía incidental de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de estas Disposiciones Regulatorias.”

En razón de lo anterior, **se propone modificar el artículo 67-A para quedar expresado como sigue:**

“Artículo 67-A. Cuando existan indicios de una posible concentración no notificada, o se presente ante la Oficialía de Partes una denuncia por la existencia de una concentración no notificada, la Autoridad Investigadora iniciará el procedimiento de investigación a que se refiere el artículo 71 de la Ley, y en el dictamen correspondiente determinará, de ser el caso, el carácter de concentración no notificada y su posible carácter de concentración ilícita.

Cuando el dictamen de la Autoridad Investigadora concluya que no existe una concentración ilícita pero sí la omisión de notificar una concentración, el Pleno podrá decretar el cierre del expediente y ordenar dar vista a la Unidad de Competencia quien tramitará el incidente correspondiente a la omisión de notificar en un plazo no mayor a 30 días de presentado el dictamen de la Autoridad Investigadora. Si el Pleno considera que existen elementos que hagan probable la existencia de una concentración ilícita, se procederá conforme a los artículos 69 y 70 de estas disposiciones.

Si el dictamen de la Autoridad Investigadora concluye que la concentración en cuestión fue no notificada y además ilícita, el Pleno ordenará al órgano encargado de la instrucción, el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio.

Las investigaciones de posibles concentraciones ilícitas que pudieran resultar de concentraciones autorizadas con base en información falsa, o bien por el incumplimiento de las condiciones que se establecieron para la concentración, se iniciarán luego de que se haya concluido el trámite del incidente correspondiente.”

De manera complementaria, se sugiere modificar el estatuto orgánico para establecer, de la manera más clara posible, qué área será la responsable de dar trámite al incidente a que se refiere el último párrafo del artículo 67-A que aquí se propone.

	<p>Actualmente, se entiende que el trámite de este incidente se encuentra a cargo de direcciones generales adscritas a la Unidad de Competencia Económica.</p> <p>En razón de las modificaciones aquí propuestas, <u>se sugiere también modificar el párrafo segundo y no incluir el párrafo tercero que el ANTEPROYECTO propone adicionar en el artículo 128, para quedar en los siguientes términos:</u></p> <p><i>“Artículo 128. (...) También se desahogará vía incidental el procedimiento para sancionar la omisión de notificar y la entrega de información falsa en el procedimiento de notificación de una concentración autorizada por el Instituto, cuando la concentración de que se trate haya sido investigada por su posible ilicitud y el Pleno decreta el cierre del expediente porque no se desprendan elementos para iniciar el procedimiento en forma de juicio.”</i></p>
<p>Artículo 68-A</p>	<p>Se propone no adicionar el artículo 68-A en razón de lo siguiente. El ANTEPROYECTO propone adicionar el siguiente artículo:</p> <p><i>“Artículo 68-A. En investigaciones de prácticas monopólicas relativas, cuando la Autoridad Investigadora determine que no se acredita el elemento previsto en la fracción I del artículo 54 de la Ley, no procederá al análisis de los elementos previstos en sus fracciones II y III, y propondrá al Pleno el cierre del expediente.”</i></p> <p>El referido artículo 54 de la LFCE establece lo siguiente:</p> <p><i>“Artículo 54. Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:</i></p> <p><i>I. Encadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de esta Ley;</i></p> <p><i>II. Lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica;</i></p>

	<p><i>III. Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.”</i></p> <p>Es decir, el artículo 68-A que se propone en el ANTEPROYECTO indica que en las investigaciones por prácticas monopólicas relativas no realizará la determinación de poder sustancial, ni determinará el objeto o efecto anticompetitivo cuando considere que no se actualiza alguno de los supuestos del artículo 56.</p> <p>En relación con la propuesta del ANTEPROYECTO, en el sitio de Internet del INSTITUTO, en la sección en que la Autoridad Investigadora publica las versiones públicas de dictámenes de cierre de expedientes,¹⁷ se identifica el dictamen correspondiente al expediente AI/DE-003-2016. Aparentemente es este dictamen el que motiva, erróneamente, la propuesta del ANTEPROYECTO para adicionar el artículo 68-A.</p> <p>El dictamen referido pretende analizar la posible existencia de prácticas monopólicas relativas por depredación de precios, discriminación de precios, incremento de costos o reducción de la demanda, y estrechamiento de márgenes en relación con el Servicio de Telefonía Pública (casetas telefónicas).¹⁸</p> <p>En la versión estenográfica de la sesión de Pleno en que se discutió el dictamen AI/DE-003-2016 se indicó lo siguiente:¹⁹</p>
--	---

¹⁷ <http://www.ift.org.mx/industria/versiones-publicas-de-dictámenes-preliminares-de-cierre-de-expediente>

¹⁸ El aviso de inicio de la investigación indica que en este expediente se investigó la posible existencia de las siguientes prácticas monopólicas a que se refiere el artículo 56 de la LFCE: depredación de precios (fracción VII); discriminación de precios (fracción X); incremento de costos o reducción de la demanda (fracción XI); y estrechamiento de márgenes en relación con un insumo esencial (fracción XIII). <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/autoridad-investigadora/avisoai-de-003-2016.pdf>

¹⁹ <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/ordinaria/iii-ordinaria-del-pleno-6-de-febrero-de-2019/verpubestenoiiiord060219.pdf>

	<p><i><u>“Lic. Paulina Martínez Youn: Efectivamente, no se hace un análisis del mercado relevante en este caso porque, conforme al artículo 54 de la Ley, el orden en el que se analizan, o sea las conductas, es, primero, la conducta respecto de cierto bien o servicio, acreditada la conducta se determina el mercado relevante, y por último lugar, el poder sustancial que existe en ese mercado relevante.</u></i></p> <p><i>En el caso concreto llegamos al análisis de las conductas en el mercado investigado, que es el que sí se señala en el dictamen y es con el que se publicó el acuerdo de inicio en el Diario Oficial de la Federación, sin embargo, al no haberse acreditado la conducta, por todas las consideraciones contenidas en el dictamen, no se siguen con el paso del mercado relevante, ni mucho menos con la determinación del poder sustancial, porque no cambiarían el sentido del dictamen.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Comisionado Arturo Robles: Gracias.</i></p> <p><i>Si el área me puede decir exactamente dónde dice la Ley que se debe acreditar la conducta.</i></p> <p><i>Lic. Paulina Martínez Youn: Son los pasos del análisis de las conductas, está en el artículo 54, que señala que, o sea, en la primera fracción, más bien, 54: (...)</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Lic. Paulina Martínez Youn: Efectivamente, el artículo 54 dice ‘encuadrar’, me refiero a los pasos que seguimos en el análisis de las conductas.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Realizado este análisis de la conducta, consideramos que no encuadra en la fracción VII, nada más por la parte de la conducta, por lo tanto, no tendría sentido determinar el mercado relevante ni el poder sustancial, toda vez que no variaría el sentido del dictamen, o sea, de que no ha incurrido en... bueno, de que no hay elementos que acrediten que haya incurrido en prácticas.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Intervención: Gracias.</i></p>
--	--

Un tanto con la idea de tratar de contestar la pregunta es: históricamente en los análisis de competencia económica que se han realizado siempre atendemos en primer lugar a la conducta que denuncia un Agente Económico o por la cual se inicia un procedimiento de oficio, en primer lugar, si ésta no se encuadra dentro de un supuesto durante la investigación, respecto a lo que señala la letra literal de la fracción correspondiente del artículo 56, no se procede al análisis posterior de un mercado relevante y de poder sustancial.

(...)”.

Suspiciousmente, podría pensarse que la adición del artículo 68-A conforme al ANTEPROYECTO pretende legitimar la aproximación de la Autoridad Investigadora para el análisis de prácticas monopólicas relativas adoptado en relación con el expediente AI/DE-003-2016. Conforme a la versión estenográfica, la Autoridad Investigadora parece considerar pertinente realizar primero algún tipo de análisis de la conducta que, de no arrojar elementos suficientes, le permitirían omitir la determinación de mercado relevante y poder sustancial.

Ya debe notarse que el artículo 68-A que el ANTEPROYECTO propone adicionar, permite a la Autoridad Investigadora omitir analizar la existencia de poder sustancial si no se actualiza la fracción I del artículo 54 de la LFCE, pero no queda exenta de determinar el mercado relevante. Es decir, el artículo 68-A que se propone adicionar conforme al ANTEPROYECTO no permite legitimar la aproximación que la Autoridad Investigadora adoptó en relación con el expediente AI/DE-003-2016.

Esta observación no implica que el ANTEPROYECTO deba modificarse para eximir a la Autoridad Investigadora de la determinación de mercado relevante. Por el contrario, como se expone a continuación, para la mayoría de conductas que utilizan el precio como mecanismo de exclusión anticompetitiva, sólo puede concluirse que la fracción I del artículo 54 no se actualiza si ya se ha determinado un mercado relevante,

analizado la existencia de poder sustancial y la fracción III del citado artículo 54 de la LFCE.

La versión estenográfica de la misma sesión de Pleno en que se discutió el expediente AI/DE-003-2016, contiene el posicionamiento siguiente:

"Comisionada María Elena Estavillo Flores: Gracias Comisionado Presidente.

Sí, respecto de estos puntos, bueno, es importante hacer algunas precisiones, primero, la Ley no establece pasos a seguir, eso no es cierto, establece condiciones que se deben cumplir para que entonces se acredite la existencia de una práctica monopólica, pero ese artículo que nos leyeron no dice que 'primero hay que analizar esto, luego hay que analizar lo otro', eso no es cierto, entonces, no hay ninguna razón legal para abordar el análisis de esa manera.

(...)

Pero, saber si se está acreditando una práctica monopólica, sí requiere un análisis a profundidad y sí requiere definir el mercado relevante, y ahí yo difiero entonces de este enfoque que le están dando de que no era necesario definir el mercado relevante, tan lo era que los análisis efectuados para acreditar la conducta no están bien definidos, porque no está bien definido el mercado relevante, es que ese es el problema de fondo.

(...)

Entonces, no es cierto que tenemos que primero ir a la conducta, luego al mercado, estos está intrínsecamente relacionados, y lo que sí, es que si una conducta literalmente no encuadra en los supuestos del artículo 56, bueno, esa sí se puede, de hecho se desecha porque ni siquiera es motivo para iniciar una investigación; aquí ya habíamos pasado esa aduana, esta es una investigación, no estamos en el punto de desear, si no encuadrara con algunos de los supuestos del artículo 56 se hubiera desechado y no estaríamos ahorita discutiendo esto, ya estamos en la etapa de investigación.

	<p><i>Y entonces, este análisis de la literalidad del supuesto del artículo 56 ya no tiene lugar aquí, ya estamos asumiendo que sí encuadra alguno de los supuestos, si no, no se hubiera iniciado la investigación.”</i></p> <p>Las observaciones de la Comisionada Estavillo no sólo son sensatas sino consistentes con las “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” emitidas por la Comisión Europea.²⁰ Las conductas excluyentes abusivas de empresas dominantes en Europa es el equivalente a las prácticas monopólicas relativas en la legislación mexicana. El documento referido indica que:</p> <p><i>“9. La evaluación de si una empresa está en posición dominante y el grado de poder de mercado que posee es un primer paso de la aplicación del artículo 82. (...)”</i></p> <p>En su sitio de Internet, la Comisión Europea también señala lo siguiente en relación con el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que prohíbe los abusos de posición dominante:²¹</p> <p><i>“El primer paso de la Comisión en una investigación conforme al Artículo 102 es evaluar si la empresa de interés es dominante o no.</i></p> <p>En una decisión reciente de la Oficina de Comunicaciones del Reino Unido (OFCOM), donde sanciona un caso de discriminación de precios en relación con la oferta de servicios de entrega de correo masivo en el Reino Unido, señala lo siguiente:²²</p> <p><i>“5.1 la Sección 18 de la Ley de Competencia de 1998, conocida como la prohibición del Capítulo II, y el Artículo 102 del TFUE prohíben a las compañías con poder de mercado abusar de esa posición en</i></p>
--	---

²⁰ Para facilidad de lectura, se comparte el enlace a la versión en español del documento referido: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=GA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=GA)

²¹ Traducción propia con base en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html

²² Traducción propia con base en: https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0022/124591/01122-infringement-decision.pdf

detrimento de la competencia y en última instancia de los consumidores.

5.2 La prohibición del Capítulo II establece que:

'... cualquier conducta por parte de una o más empresas que sea equivalente al abuso de posición dominante en un mercado está prohibida si puede afectar el comercio dentro del Reino Unido.'

5.3 Para encontrar una infracción a la prohibición del Capítulo II, es necesario establecer que:

a) durante el tiempo de la infracción, Royal Mail mantuvo una posición dominante. En el (los) mercado(s) relevante(s) dentro del Reino Unido o alguna parte de este;

b) Royal Mail abusó de su posición dominante en ese mercado o un mercado relacionado; y

c) tal abuso podría haber afectado el comercio dentro del Reino Unido o cualquier parte de este.

(...)

5.5 El Artículo 102 es expresado de manera similar, excepto que en relación con la ley Europea prohíbe el abuso de posición dominante donde afecte el comercio entre Estados Miembros de la Unión Europea (...)'.

Además de lo aquí citado, el resto del documento elaborado por la OFCOM muestra que el análisis de abuso de posición dominante inicia con la determinación mercado relevante y el posterior análisis de poder sustancial. Hecho este análisis, procede al análisis de la conducta en cuestión y su posible efecto anticompetitivo.

Dados los asuntos investigados en el expediente AI/DE-003-2016, es importante tener en cuenta el análisis realizado por el Organismo de Reguladores Europeos para las Comunicaciones

	<p>Electrónicas en relación con el análisis de estrechamiento de márgenes.²³</p> <p><i>“6.2 Diferencias entre el análisis de estrechamiento de márgenes en el contexto de regulación ex post y regulación ex ante.</i></p> <p><i>Las autoridades de competencia y las autoridades regulatorias podrían no tomar la misma aproximación cuando analizan estrechamiento de márgenes. Las autoridades de competencia tienen que asegurar si las empresas dominantes han abusado de su posición y por lo tanto infringido el Artículo 102 del TFUE. Esto implica, primero, que la empresa dominante es una compañía verticalmente integrada en el mercado aguas arriba; segundo, que sus competidores dependen de sus productos mayoristas para competir en un mercado aguas abajo; tercero, que tiene una completa autonomía en su elección de conducta. (...).”</i></p> <p>Aún cuando no es explícito, la cita anterior deja en evidencia la necesidad de identificar un mercado downstream y un mercado upstream, respecto a los cuales se deben definir distintos criterios para implementar la prueba de estrechamiento de márgenes.</p> <p>Un caso que evidencia la necesidad de definir un mercado relevante en el análisis de prácticas monopólicas relativas es en el que se determinó la existencia de un abuso de posición dominante, es decir una práctica monopólica relativa, por parte de Telefónica, en España.²⁴ Si bien el caso es uno de estrechamiento de márgenes, el principio consistente en determinar un mercado, analizar poder sustancial y analizar la existencia y efectos de la conducta, es aplicable para todas las</p>
--	---

²³ BEREC (2014). BEREC Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test (i.e. exante/sector specific margin squeeze test). https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/4782-berec-guidance-on-the-regulatory-accounting-approach-to-the-economic-replicability-test-ie-ex-antesector-specific-margin-squeeze-tests

²⁴ Véase la Decisión de la Comisión de 04.07.2007 reactiva a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE. Asunto COMP/38.784 – Wanadoo España contra Telefónica.

posibles prácticas monopólicas relativas en las que el precio es el principal mecanismo para desplazar de manera anticompetitiva a competidores.

En la resolución del asunto referido, los mercados minoristas identificados fueron los siguientes:

“(161) En conclusión, el mercado minorista de referencia comprende todos los productos de banda ancha estándar, proporcionados a través del ADSL o de cualquier otra tecnología, comercializados en el ‘mercado de masas’ para usuarios tanto residenciales como no residenciales. Telefónica no ha impugnado esta definición.”

Los mercados mayoristas identificados fueron los siguientes:

“(208) A efectos de la presente Decisión, se han identificado dos mercados mayoristas de referencia: el mercado del acceso de banda ancha mayorista cuyo tráfico se entrega a nivel regional y el mercado del acceso de banda ancha mayorista cuyo tráfico se entrega en un punto nacional de entrega. Ambos mercados excluyen los servicios de acceso mayorista por cable-módem (así como otras tecnologías distintas del ADSL).

Posteriormente, la resolución citada establece lo siguiente con respecto a su análisis de estrechamiento de márgenes:

“(284) (...). El estrechamiento de márgenes es un ejemplo de apalancamiento de poder de mercado en un mercado (en el cual se es dominante) a otro (en el cual la compañía que abusa es activa -pero no necesariamente dominante- y en el cual se busca una extensión del poder de mercado en el que se es dominante). Al aplicar el estrechamiento de márgenes, la empresa dominante incrementa los costes de sus competidores en sentido descendente y les impone una presión adicional sobre la eficiencia, a la que ella no tiene que hacer frente a la hora de suministrar sus propios servicios en sentido descendente (...).

(285) A continuación, se acreditará que, desde septiembre de 2001 hasta diciembre del 2006, Telefónica ha abusado de su posición dominante en

	<p><i>los mercados españoles del acceso de banda ancha mediante un estrechamiento de márgenes resultante de la desproporción entre las tarifas aplicadas al acceso de banda ancha mayorista y minorista con el resultado de que la competencia en el mercado minorista estuvo probablemente restringida. Más concretamente, se establecerá que, durante el periodo antes mencionado, <u>Telefónica abusó de su posición de dominio imponiendo un estrechamiento de márgenes entre el precio de la oferta mayorista regional y sus precios minoristas, por un lado, y entre éstos y el precio mayorista nacional, por otro lado.</u></i></p> <p>Como puede observarse, la construcción posterior de la prueba de estrechamiento de márgenes, es decir el análisis de la relación entre precios/ingresos y costos, parte de la delimitación de los mercados tanto upstream como downstream.</p> <p>Si lo anterior no fuera suficiente para considerar no adicionar el artículo 68-A según lo establecido en el ANTEPROYECTO, otro argumento para no analizar en primera instancia la existencia de una conducta de las establecidas en el artículo 56 de la LFCE, es que la información requerida para tal fin es más exhaustiva que la requerida para determinar la existencia de poder sustancial.</p> <p>En todo caso, el artículo 68-A debería indicar que en las investigaciones por prácticas monopólicas relativas se realizará en primera instancia una delimitación del mercado relevante, seguida de la determinación de poder sustancial. Si no existe poder sustancial, entonces es irrelevante continuar con la investigación de una probable práctica monopólica relativa. Sin embargo, si existe poder sustancial, entonces es razonable proceder a solicitar mayor información para tratar de acreditar la conducta de conformidad con el artículo 56 de la LFCE.</p>
Artículo 87-A	<p>El ANTEPROYECTO propone adicionar el siguiente artículo:</p> <p><i>"Artículo 87-A. El emplazado contará con un plazo de cuarenta y cinco días para manifestar por escrito lo que a su derecho convenga y ofrecer los medios de prueba que considere pertinente, debiendo referirse</i></p>

	<p><i>en su escrito a cada uno de los hechos expresados en el dictamen de probable responsabilidad.</i></p> <p><i>Los hechos respecto de los cuales el probable responsable no haga manifestación alguna se tendrán por ciertos, salvo prueba en contrario.”</i></p> <p>Se considera redundante lo dispuesto en el artículo 87-A que el ANTEPROYECTO propone adicionar ya que dichas consideraciones se encuentran en la fracción I del artículo 83 de la LFCE.</p>
Artículo 119	Se sugiere modificar el artículo 109, fracción I, inciso a), en los términos adoptados por la Comisión Federal de Competencia Económica. ²⁵
Artículo 129-B	<p>El ANTEPROYECTO propone adicionar el siguiente artículo:</p> <p><i>“Artículo 129-B. Las unidades administrativas no admitirán incidentes o promociones notoriamente maliciosos o improcedentes. Los desecharán de plano, sin necesidad de mandarlos hacer saber a las otras partes, ni dar traslado.”</i></p> <p>Se sugiere al INSTITUTO dar una lista enunciativa de los incidentes o promociones que considerará notoriamente maliciosos o improcedentes, o bien de las características que le permitirán identificar que un incidente o promoción resulta notoriamente malicioso o improcedente.</p>
Artículo 139	<p>El ANTEPROYECTO propone modificar el artículo 139 conforme a lo siguiente:</p> <p><i>“Artículo 139. ...</i></p> <p><i>La solicitud se presentará por escrito dirigido a la Autoridad Investigadora cuando se refiera a las atribuciones que le corresponden de acuerdo a la Ley y, en los demás casos, por escrito dirigido a la Unidad de Competencia Económica.</i></p>

²⁵ https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/Disposiciones_Regulatorias_14_02_2018.pdf

	<p><i>La Autoridad Investigadora y la Unidad de Competencia Económica se remitirán las solicitudes que llegaren a recibir, cuando su contenido no corresponda a sus atribuciones.</i></p> <p>...</p> <p>...”.</p> <p>Es importante notar que las atribuciones de la Autoridad Investigadora son, principalmente, iniciar y dar trámite a investigaciones por prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas, insumos esenciales, barreras a la competencia, existencia de poder sustancial o las relacionadas con condiciones de competencia.</p> <p>Las solicitudes de orientación por cualquier aspecto relacionado con esos procedimientos pueden minimizarse en número en la medida en que la Autoridad investigadora emita guías que clarifiquen las etapas de cada uno de estos procedimientos, así como los criterios de análisis económico y jurídico que pudieran conducir sus investigaciones.</p> <p>En consecuencia, <u>se considera innecesaria la modificación del artículo 139 en los términos propuestos por el ANTEPROYECTO.</u> En caso de que se considere pertinente la participación de la Autoridad Investigadora en la emisión de la orientación general, se sugiere establecer un mecanismo análogo al del artículo 145 de las DRLFCE vigentes, en el que la Unidad de Competencia recibe la solicitud de orientación general y posteriormente da vista a la Autoridad Investigadora para que manifieste lo que considere pertinente si tramita alguna investigación relacionada con la solicitud de orientación general.</p> <p>El procedimiento propuesto reduce las cargas administrativas y de procedimiento que deberán enfrentar las unidades referidas.</p>
<p>Artículos 144-A y 149</p>	<p>El ANTEPROYECTO propone adicionar el artículo 144-A:</p> <p><i>“Artículo 144-A. La Unidad de Competencia Económica debe emitir un acuerdo en el sentido de</i></p>

que no se atenderá una solicitud de opinión formal en los siguientes casos:

I. El marco jurídico aplicable al caso concreto brinde claridad sobre las cuestiones planteadas, incluidos los precedentes judiciales, o para las que haya directrices guías, lineamientos y criterios técnicos;

II. Se advierta que el Instituto no puede expedir su opinión formal sobre la base de la información proporcionada, por ser necesario que proceda a una investigación adicional de los hechos;

III. Las cuestiones planteadas actualicen los incisos a), b) y c) del tercer párrafo del artículo 104 de la Ley; o

IV. Las cuestiones planteadas tengan una tramitación específica ante la Ley.

La adición del artículo propuesto genera contradicciones con el procedimiento que ya se desprende de los artículos 104 a 106 de la LFCE y 143 a 151 de las DRLFCE vigentes.

Los artículos referidos en el párrafo anterior permiten distinguir cuatro etapas distintas en el procedimiento relacionado con una solicitud y emisión de una opinión formal.

La primera etapa, conforme a los artículos 143 y 144 de las DRLFCE vigentes, busca determinar si la solicitud de opinión formal cumple con los requisitos que establece el artículo 105 de la LFCE. Una vez que se cumplen estos requisitos, en los que se contempla incluso una prevención para complementar la información presentada de manera conjunta con el escrito de solicitud, se concluye esta primera etapa con un acuerdo emitido por la Unidad de Competencia que tiene por presentado el escrito de solicitud o bien que tiene por no presentado dicho escrito.

La segunda etapa, según lo establecido en el artículo 145 de las DRLFCE vigentes, inicia con los oficios mediante los cuales la Unidad de Competencia Económica da vista de la solicitud de opinión formal a las distintas unidades administrativas y la Autoridad Investigadora, quienes deben informar si tramitan algún asunto igual o que coincida sustancialmente con el asunto de la solicitud. Esta segunda etapa, según lo indica el artículo 146 de las

DRLFCE, concluye con la emisión de un acuerdo que tendrá por atendible o no atendible el asunto materia del escrito de solicitud. El carácter de atendible o no atendible se determina si se satisfacen los incisos a), b) y c) de la fracción III del artículo 104 de la LFCE, esto según lo estipula el artículo 146 de las DRLFCE vigentes.

La tercera etapa, según lo establece el artículo 147 de las DRLFCE vigentes, inicia con el envío del expediente por parte de la Unidad de Competencia Económica al Comisionado Presidente quien, según el artículo 148 y 149 de las DRLFCE vigentes y 106, fracción I de la LFCE, someterá a consideración del Pleno la solicitud de opinión para que se determine si emitirá o no una opinión formal.

La cuarta y última etapa se desarrolla conforme a lo establecido en las fracciones II a V del artículo 106 de la LFCE. El proceso concluye con la emisión de la opinión formal correspondiente o la no emisión de la misma por no cumplir con lo establecido en la fracción II del artículo 104, o bien con la fracción III, primer párrafo, del mismo artículo.

Así, el artículo 144-A que se propone adicionar según el ANTEPROYECTO, contradice el proceso antes descrito. En particular, la fracción III del artículo 144-A propuesto por el ANTEPROYECTO propone resolver en la misma etapa la pertinencia de atender una solicitud de opinión formal, sin embargo, conforme al proceso descrito por las DRLFCE vigentes, esto se atiende en la segunda etapa del proceso, según se ha descrito.

El artículo 144-A propone que sea la Unidad de Competencia Económica quien emita un acuerdo en el sentido de si se atenderá o no una solicitud de opinión formal considerando el cumplimiento de las fracciones I y III del artículo 104 de la LFCE. Sin embargo, el artículo 104, fracción III, incisos a) a c), establecen los casos precisos en que el INSTITUTO no atenderá las solicitudes de opinión formal. Esto es atendido de manera consistente por las DRLFCE vigentes en lo que aquí se ha descrito como la segunda

	<p>etapa asociada con las solicitudes y emisión de una opinión formal.</p> <p>Asimismo, el artículo 106, fracción I, de la LFCE deja claro que corresponde al Pleno del INSTITUTO la facultad de resolver si expedirá o no una opinión formal. El INSTITUTO ya ha dado claridad a la interpretación del artículo 104 que, por como se encuentra expresado, parece indicar que para emitir una opinión el INSTITUTO debe hacer una evaluación preliminar pero también hacer una evaluación sustantiva de los hechos objeto de la solicitud de opinión. El INSTITUTO resolvió esta aparente contradicción permitiendo que, para efectos de la fracción I del artículo 106, esto es para determinar si emite o no una opinión formal, se atienda sólo a lo indicado en la fracción II del artículo 104 de la LFCE.²⁶</p> <p>Lo anterior no impide al INSTITUTO valorar lo establecido en las fracciones I y III del artículo 104 de la LFCE cuando, proceda conforme a lo establecido en las fracciones IV y V del artículo 106 de la LFCE.</p> <p>Por lo aquí expuesto se sugiere al INSTITUTO no adicionar el artículo 144-A contenido en el ANTEPROYECTO. También por lo aquí expresado, se considera pertinente la adición del segundo párrafo al artículo 149 en los términos del ANTEPROYECTO, ya que no altera las etapas del procedimiento relacionado con la solicitud y emisión de una opinión formal conforme a las DRLFCE vigentes.</p>
Artículo 171	<p>El ANTEPROYECTO propone modificar el artículo 171 conforme a lo siguiente:</p> <p><i>“Artículo 171. La notificación personal se entenderá con la persona a quien esté dirigida, su representante legal, apoderado legal o las personas autorizadas para ese efecto, o con la persona que se encuentre</i></p>

²⁶ Véase página 8 en: http://apps.ift.org.mx/publicdata/Version_Publica_UCE_P_IFT_030615_148.pdf

en el domicilio, ante la ausencia de aquéllos en los siguientes términos.

...

...

...”.

Con respecto al artículo vigente, el ANTEPROYECTO propone que también se pueda notificar a cualquier persona que se encuentre en el domicilio cuando no esté el representante legal, apoderado legal o las personas autorizadas para oír y recibir notificaciones.

La modificación propuesta por el ANTEPROYECTO al artículo 171 puede resultar contradictorio con lo establecido en párrafos posteriores del mismo artículo. A partir del segundo párrafo, el artículo vigente establece que:

“(...). De no encontrarse a quien deba ser notificado o cualquiera de las personas señaladas en el primer párrafo de este artículo, se dejará citatorio con la persona que se encuentre en el domicilio del destinatario, para que la persona a quien va dirigida la notificación espere al notificador del Instituto a una hora fija al día siguiente.

Si el domicilio se encuentra cerrado o la persona que se encuentre en él se niega a recibirlo, el citatorio se dejará en lugar visible del inmueble al que corresponda el domicilio señalado para la diligencia.

Si la persona a quien haya de notificarse no atendiere el citatorio, la notificación se entenderá con cualquier persona que se encuentre en el domicilio en que se realice la diligencia, y de negarse ésta a recibirla o, en su caso, de encontrarse cerrado el domicilio, se realizará por instructivo cuya cédula de notificación y la copia certificada del documento se fijarán en un lugar visible de aquél o en la puerta del domicilio donde se está llevando la diligencia y se asentará la razón de tal circunstancia.”

Es decir, la modificación propuesta por el ANTEPROYECTO implicaría la eliminación de los citatorios, ya que las líneas que se enfatizan de la cita del segundo párrafo del artículo 171 vigente,

se actualizan únicamente cuando no hay alguna persona que reciba una notificación.

La redacción actual del artículo 171 es clara respecto a cómo proceder en caso de que no se encuentre el representante legal, apoderado legal o los autorizados para oír y recibir notificaciones:

- El artículo vigente indica que se debe dejar citatorio con cualquier persona que se encuentre en el domicilio cuando no estén el representante legal, el apoderado legal o las personas autorizadas para oír y recibir notificaciones.
- Si no se encuentra el representante legal, el apoderado legal o las personas autorizadas para oír y recibir notificaciones, y la persona que sea que se encuentre se niega a recibir la notificación o simplemente no hay quien reciba la notificación, se deja un citatorio.

Por lo anterior, se sugiere no realizar las modificaciones que propone el ANTEPROYECTO al artículo 171. Las modificaciones propuestas contravienen incluso lo dispuesto en el artículo 11 de la LFCE.

Asimismo, se considera que el artículo 171-A que el ANTEPROYECTO propone adicionar a las DRLFCE resulta redundante con lo establecido en el artículo 171 de las DRLFCE vigentes, y con algunas cuestiones ya establecidas en el artículo 173 de la misma disposición. En particular, el artículo 171-A parece buscar establecer un procedimiento de notificación para los casos que no se trate de actos emitidos dentro del procedimiento de investigación, o caso de primera búsqueda tratándose de cualquiera de los demás procedimientos regulados en la Ley.

A fin de incorporar en el artículo 171 de las DRLFCE vigentes las precisiones que el ANTEPROYECTO propone se incluyan en un nuevo artículo, el 171-A, se propone la siguiente redacción:

*"Artículo 171. La notificación personal se entenderá con la persona a quien esté dirigida, su representante legal, apoderado legal o las personas autorizadas para ese efecto en los siguientes términos, **para lo cual el servidor público se cerciorará de la identidad de la persona que recibe la notificación.***

	<p><i>En los casos de notificación personal de actos del Instituto emitidos dentro del procedimiento de investigación, así como en el caso de la primera búsqueda tratándose de o cualquiera de los demás procedimientos regulados en la Ley o en las presentes Disposiciones Regulatorias, el notificador debe cerciorarse de haberse constituido en el domicilio correspondiente, señalando en el acta que se levante para el efecto de esta diligencia a la fecha, hora y descripción del inmueble donde se constituye. De no encontrarse a quien deba ser notificado o cualquiera de las personas señaladas en el primer párrafo de este artículo, se dejará citatorio con la persona que se encuentre en el domicilio del destinatario, para que la persona a quien va dirigida la notificación espere al notificador del Instituto a una hora fija al día siguiente.</i></p> <p><i>Si el domicilio se encuentra cerrado o la persona que se encuentre en él se niega a recibirlo, el citatorio se dejará en lugar visible del inmueble al que corresponda el domicilio señalado para la diligencia.</i></p> <p><i>Si la persona a quien haya de notificarse no atiende el citatorio, la notificación se entenderá con cualquier persona que se encuentre en el domicilio en que se realice la diligencia, y de negarse ésta a recibirla o, en su caso, de encontrarse cerrado el domicilio, se realizará por instructivo cuya cédula de notificación y la copia certificada del documento se fijarán en un lugar visible de aquél o en la puerta del domicilio donde se está llevando la diligencia y se asentará la razón de tal circunstancia. <u>Se publicará en la lista de notificaciones las notificaciones personales que se hayan realizado por instructivo.</u></i></p>
<p>Nota: añadir cuantas filas considere necesarias.</p>	

<p>II. Comentarios, opiniones y aportaciones generales del participante sobre el asunto en consulta pública</p>
<p>Nota: añadir cuantas filas considere necesarias.</p>