

ACTA DE LA SEXTA
SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL
COMITÉ DE TRANSPARENCIA

En la Ciudad de México, siendo las 10:30 horas del 12 de octubre de 2016, se reunieron en la sala de juntas del 8° piso del edificio ubicado en Insurgentes Sur, número 1143, Colonia Nochebuena, Delegación Benito Juárez, C.P. 03720, los CC. Lilliana Anastasia Montes Franco, Presidenta del Comité de Transparencia (Comité) y Coordinadora de Transparencia, Acceso a la Información y Gobierno Abierto del Instituto Federal de Telecomunicaciones (Instituto); David Gorra Flota, Director General de Instrumentación en su calidad de miembro del Comité; Lucio Mario Rendón Ortiz, Director General Adjunto (Asesor de Presidencia) en su calidad de miembro del Comité; y, Mariel Alejandra Mondragón Bustos, Subdirectora de Información y Secretaria Técnica del Comité, para que, con fundamento en los artículos 64 y 65 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP) se discuta el siguiente:

ORDEN DEL DÍA

PRIMERO.- Registro de asistencia.

SEGUNDO.- Lectura y aprobación del Orden del Día.

TERCERO.- Discusión y, en su caso, confirmación de la clasificación de la información solicitada por la Unidad de Competencia Económica, en respuesta a la solicitud de acceso a la información pública con número de folio:

0912100077116

CUARTO.- Asuntos generales.

ACUERDOS

PRIMERO.- La Secretaria Técnica verificó la asistencia de los integrantes del Comité. En tal virtud, se declaró válidamente instaurada la Sesión.

SEGUNDO.- La Presidenta dio lectura al Orden del Día, el cual fue aprobado por unanimidad de los presentes.

TERCERO.- Discusión y, en su caso, confirmación de la clasificación de la información solicitada por la Unidad de Competencia Económica, en respuesta a la solicitud de acceso a la información pública con número de folio:



ACTA DE LA SEXTA
SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL
COMITÉ DE TRANSPARENCIA

- 0912100077116

Con fecha 13 de septiembre de 2016, se solicitó a través de la Plataforma Nacional de Transparencia, lo siguiente:

"Al no encuadrar en los supuestos establecidos en el artículo 113 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, solicito se me proporcionen todos los datos como nombre, razón social o denominación de todos los solicitantes de las solicitudes de de opinión en materia de competencia económica ante el IFT que configuran requisito para poder participar en el Concurso No. 01/2016 para la adjudicación de un proyecto de asociación público privada de la red pública compartida de telecomunicaciones." (sic)

La solicitud fue turnada para su atención a la Unidad de Competencia Económica.

Al respecto, el Director General de Procedimientos de Competencia, mediante oficio IFT/226/UCE/DGPC/107/2016 de fecha 26 de septiembre del año en curso, manifestó lo siguiente:

...
Esta Unidad Administrativa considera que, contrario a lo sostenido por el particular, la información solicitada sí encuadra dentro de las causales de excepción a la publicidad de la información, previstas en el artículo 113, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIIP). Específicamente, actualiza lo dispuesto por las fracciones VIII y XIII de dicho cuerpo normativo y su correlativo, artículo 110, fracciones VIII y XIII, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP), por las razones que a continuación se exponen.

1. Materia de la solicitud

Previo a motivar la clasificación sugerida, se considera necesario hacer del conocimiento del Comité de Transparencia de este Instituto Federal de Telecomunicaciones (Instituto), que de la lectura de la solicitud de interés se advierte que el particular requiere información relacionada con el denominado: "(...) Concurso No. 01/2016 para la adjudicación de un proyecto de asociación público privada de la red pública compartida de telecomunicaciones (...)."

Sin embargo, esta Unidad Administrativa, en atención al principio de máxima publicidad, advierte que el solicitante se refiere en realidad a la: "Convocatoria a toda persona física o moral, nacional o extranjera, a participar en el Concurso Internacional número APP-009000896-E1-2016 para la Adjudicación de Un Proyecto de Asociación Público-Privada"

ACTA DE LA SEXTA SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL COMITÉ DE TRANSPARENCIA

conforme a la Ley de Asociaciones Público Privadas, para la instalación y operación de la Red Pública Compartida de Telecomunicaciones a que se refiere el artículo Décimo Sexto Transitorio del 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, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, contemplando el aprovechamiento de la banda de frecuencias del espectro que incluye los segmentos de 703 a 748 Mhz y de 758 a 803 Mhz, con un total de 90 Mhz bajo la figura de arrendamiento y de un par de hilos de fibra óptica de la red troncal referida en el artículo Décimo Quinto Transitorio del mismo Decreto¹

Por lo anterior, la respuesta de esta Unidad hará referencia al concurso citado.

2. Normatividad aplicable al concurso

Es pertinente aclarar que el concurso de mérito se lleva a cabo en términos de:

- i) Las "Bases del Concurso Internacional número APP-009000896-E1-2016 para la Adjudicación de Un Proyecto de Asociación Público-Privada conforme a la Ley de Asociaciones Público Privadas, para la instalación y operación de la Red Pública Compartida de Telecomunicaciones a que se refiere el artículo Décimo Sexto Transitorio del 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, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, contemplando el aprovechamiento de la banda de frecuencias del espectro que incluye los segmentos de 703 a 748 Mhz y de 758 a 803 Mhz, con un total de 90 Mhz bajo la figura de arrendamiento y de un par de hilos de fibra óptica de la red troncal referida en el artículo Décimo Quinto Transitorio del mismo Decreto", (Bases del Concurso), emitidas por la Dirección General de Política de Telecomunicaciones y de Radiodifusión adscrita a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, comprendiendo sus anexos,² y
- ii) El "Acta de respuestas a las consultas y solicitudes de aclaración sobre las respuestas a las consultas y aclaraciones de los concursantes; de aclaraciones generales; así como de modificación del calendario del concurso." (Acta), celebrada el quince de julio del dos mil dieciséis.

Ahora bien, del contenido del apartado denominado: "4. Elementos e información relacionada con el Proyecto que los Concurantes deben

¹ De conformidad a la convocatoria a toda persona física o moral, nacional o extranjera, a participar en dicho concurso, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de enero de dos mil dieciséis.

² Mismas que se encuentran disponibles accediendo a la siguiente dirección electrónica:
<http://www.sct.gob.mx/red-compartida/bases-internacionales.html>

ACTA DE LA SEXTA SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL COMITÉ DE TRANSPARENCIA

tomar en consideración para la presentación de Propuestas" de las Bases del Concurso, se advierte que es necesario que los participantes de la licitación cuenten con capacidad legal, de gestión, administrativa, económica, financiera y técnica, y que con el objeto de acreditar dicha capacidad deberán presentar como parte de su propuesta, la documentación descrita en los apartados 4.7.1 a 4.7.8. El apartado 4.7.1.9 de las Bases del Concurso establece que para acreditar la capacidad legal de los agentes participantes es necesario que se presente la opinión en materia de competencia económica.

De conformidad con el Acta, en lo conducente a la modificación realizada al Anexo 10 "Calendario del Concurso" de las Bases se prevé que los concursantes deberán presentar la solicitud de opinión en materia de competencia económica ante este Instituto, dentro del periodo comprendido del tres de mayo al doce de septiembre de dos mil dieciséis y que la fecha para la notificación de las resoluciones en materia de competencia económica es el día diecisiete de octubre del mismo año.

En virtud de lo anterior, y toda vez que está corriendo el plazo concedido a este Instituto para notificar las resoluciones de referencia, se indica que esta Unidad de Competencia Económica se encuentra elaborando los proyectos respectivos para que el Pleno emita las opiniones en materia de competencia económica solicitadas.

Por otra parte, el objeto de la solicitud de mérito versa sobre: "las solicitudes de de (sic) opinión en materia de competencia económica ante el IFT". Por lo anterior, es necesario asociar la materia de la solicitud con la acepción dada a dichas solicitudes de opinión en el "Glosario de términos" de las Bases del Concurso. Así, lo que se entiende por opinión de materia de competencia en el contexto del concurso es a la letra lo siguiente:

"46. Opinión en Materia de Competencia Económica: Resolución emitida por el IFT, en términos de los artículos 98 de la Ley Federal de Competencia Económica y las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión." (Énfasis añadido).

De lo antes transcrito claramente se desprende que la opinión en materia de competencia económica de interés del solicitante, constituye un procedimiento que se prevé y debe sustanciar en términos de lo dispuesto en: i) el artículo 98 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), y ii) las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión (DRLFCE).

El artículo 98 de la LFCE establece el procedimiento que debe llevar a cabo este Instituto para emitir las opiniones o resoluciones en el otorgamiento de licencias, concesiones, permisos y análogos. Por otra parte, el artículo 1 de las DRLFCE señala que su objeto consiste en

ACTA DE LA SEXTA SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL COMITÉ DE TRANSPARENCIA

establecer las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las atribuciones del Instituto en la sustanciación de los procedimientos en materia de competencia económica, en términos de la LFCE.

Por lo tanto y, toda vez que las Bases del Concurso hacen una remisión expresa al artículo 98, de la LFCE y a las DRLFCE, es factible concluir que las causales de reserva previstas en los cuerpos normativos ahí referidos serán aplicables a la solicitud de mérito.

Es menester informar al Comité de Transparencia de este Instituto, que la opinión en materia de competencia económica de referencia, constituye un proceso deliberativo en el que no se ha emitido pronunciamiento definitivo. En consecuencia, se destaca que el proceso de mérito concluirá con la notificación de dicha opinión a los agentes económicos solicitantes.

Reserva de la información

Una vez precisado el marco jurídico aplicable a la opinión en materia de competencia económica materia de la solicitud que nos ocupa, se expresan los razonamientos que llevan a esta Unidad a sugerir la clasificación de la información solicitada, en términos del artículo 110, fracciones VIII y XIII de la LFTAIP, y su correlativo, el artículo 113, fracciones VIII y XIII, de la LGTAIP.

2.1. Fracción XIII de los artículos 110 y 113 de la LFTAIP y LGTAIP, respectivamente

El artículo 167, último párrafo, de las DRLFCE es del tenor literal siguiente:

"Artículo 167. (...)

(...) el Instituto no publicará el nombre de los solicitantes, los números de expedientes, ni el sentido de la resolución que emita con motivo de solicitudes de opinión en materia de competencia económica para la evaluación de participantes en procesos de licitación (...)" (Énfasis añadido).

De una interpretación sistemática y armónica de las Bases del Concurso, el Acta y los preceptos 98 de la LFCE y 167 último párrafo de las DRLFCE, se colige que existe un impedimento legal para proporcionar datos como: i) nombres de los solicitantes de opinión en materia de competencia económica; ii) los números de expedientes en los cuales se sustancie la opinión en materia de competencia económica para la evaluación de participantes en procesos de licitación y iii) el sentido de la resolución emitida con motivo de dicha opinión.

ACTA DE LA SEXTA
SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL
COMITÉ DE TRANSPARENCIA

2.2. Fracción VIII de los artículos 110 y 113 de la LFTAIP y LGTAIP, respectivamente

Asimismo, en el particular se actualiza la causal de reserva prevista en la fracción VIII de los artículos 110 y 113, de la LFTAIP y LGTAIP, respectivamente, toda vez que la materia de la solicitud constituye información que forma parte de un proceso deliberativo en el que no se ha adoptado una decisión definitiva.

Lo anterior encuentra sustento, toda vez que, la solicitud versa sobre información relativa a los agentes económicos solicitantes de una opinión en materia de competencia económica con la finalidad de participar en el Concurso; dicha información integra un proceso deliberativo, que culmina con la notificación de la opinión solicitada por los agentes económicos.

En consecuencia, hasta en tanto no se haya emitido dicha opinión y se haya notificado ésta, se actualiza la excepción de publicidad prevista en la fracción VIII de los artículos 110 y 113, de la LFTAIP y LGTAIP, respectivamente.

Por lo tanto, contrario a lo expuesto por el solicitante, esta autoridad se encuentra imposibilitada por mandato legal para revelar la información de interés del particular.

3. Cumplimiento con los artículos 114 de la LGTAIP y 111 de la LFTAIP.

Es preciso manifestar que la competencia económica, proceso protegido por la LFCE: i) torna a los mercados en mecanismos más eficientes de intercambio de bienes y servicios, ii) genera como consecuencia beneficios a la productividad y a los consumidores y iii) incentiva la innovación, tal como se advierte de la propia exposición de motivos de la LFCE, que en la parte relativa dispone lo siguiente:

"Es precisamente el proceso constante y permanente en el que las empresas compiten entre sí lo que trae como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios. En suma, una mayor eficiencia." (Énfasis Añadido).

En esta tesitura, el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución) dispone de manera expresa la prohibición (entre otros) de los monopolios, y las prácticas monopólicas. Por su parte, artículo 52 de la LFCE dispone que están prohibidos los monopolios, las concentraciones ilícitas y las barreras que, en términos de esta Ley, tengan por objeto disminuir, dañar, impedir o condicionar de cualquier forma manera la libre competencia o el proceso de la competencia económica, en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios.



ACTA DE LA SEXTA SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL COMITÉ DE TRANSPARENCIA

Para lograr dicho objetivo, en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, la Constitución, en los párrafos décimo quinto y décimo sexto, del artículo 28 confiere a este Instituto atribuciones en materia de competencia económica de carácter correctivo, preventivo y de promoción, mismas que se encuentran específicamente reguladas y detalladas en la LFCE y las DRLFCE.

En este orden de ideas, la emisión de la opinión en materia de competencia económica constituye uno de los procedimientos previstos en el artículo 98 de la LFCE y 167, último párrafo de las DRLFCE, para promover y proteger la competencia y la libre concurrencia y, por ende lo mandado en dichos artículos debe ser cumplido a cabalidad para la persecución de dicho fin.

Asimismo, divulgar la información de interés del solicitante, permite la identificación de los competidores en el procedimiento de licitación, lo que crea condiciones favorables para la comunicación entre ellos, situación que **facilita la realización de prácticas monopólicas absolutas**. Las prácticas monopólicas absolutas son acuerdos entre dos o más agentes económicos competidores entre sí; que constituyen restricciones directas que **afectan negativamente al proceso de competencia económica y que nunca reportan un beneficio a la sociedad en su conjunto**. Esta consideración también se puede apreciar de las exposiciones de motivos de la LFCE al referirse a la sanción para prácticas monopólicas absolutas.

De aprobarse la iniciativa de ley que someto a su consideración, se tiene proyecto (sic) actuar enérgicamente y sin excepciones contra las prácticas absolutas, pues es poco probable que éstas reporten ventajas en eficiencia y siempre tienen un impacto directo y negativo sobre el consumidor y la economía en general. En cambio, en el caso de las prácticas relativas pueden tener a la vez tanto efectos procompetitivos, como anticompetitivos, por lo que se proponen algunos criterios adicionales para evaluar su carácter monopólico.

Las prácticas monopólicas absolutas representan una conducta que se debe castigar, pues se da entre competidores, sin que exista integración productiva o distributiva que permita inferir que existen ganancias en eficiencia. Es importante que la ley emita un mensaje claro acerca de la ilegalidad de este tipo de prácticas y las castigue severamente. En este sentido, se subraya su carácter eminentemente disuasivo.³

En términos del artículo 53, fracción V de la LFCE, las prácticas monopólicas absolutas existen cuando agentes económicos competidores entre sí celebran contratos, convenios, arreglos o

³ Exposición de motivos de la LFCE de 1992, retomada en la parte de prácticas monopólicas absolutas por la exposición de motivos de la LFCE de 2014

ACTA DE LA SEXTA
SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL
COMITÉ DE TRANSPARENCIA

combinaciones o intercambian información con el objeto o el efecto de establecer precios, determinar la cantidad, asignar porciones o segmentos de mercado o acordar posturas en licitaciones públicas.

En el particular, al estar relacionada la solicitud con un concurso de licitación, la divulgación de los datos solicitados, facilitaría la comisión de la práctica monopólica absoluta consistente en acuerdos, arreglos, combinaciones o intercambios de información en lo referente a posturas para participar o abstenerse de participar en la licitación. Las prácticas referidas reducen o eliminan los incentivos que deben existir entre los agentes económicos que participan en una licitación en: cantidades, calidades, disponibilidad u otros atributos en el mercado.⁴

Las prácticas discutidas desincentivan la competencia entre los agentes económicos, generando que en lugar de ofrecer posturas de forma independiente, y con base en sus capacidades económicas, opten por pactar los términos de su participación, es decir, convengan el monto de sus posturas; o bien, estipulen abstenerse de participar en la licitación a efecto de maximizar sus beneficios en detrimento del interés social.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración que los solicitantes de la opinión en materia de competencia económica son competidores entre sí al concurrir en la misma licitación. Por lo tanto, la divulgación de los datos solicitados daría a conocer a los competidores sus características y capacidades, lo que aumenta innecesariamente el riesgo de la realización de prácticas monopólicas absolutas.

Derivado de lo anterior, se solicita al Comité de Transparencia, tome en consideración que el efecto de las prácticas monopólicas absolutas, como lo es la concertación de posturas en una licitación, es sumamente pernicioso para el mercado, e incluso, sancionado penalmente, en términos del artículo 254 bis, fracción IV, del Código Penal Federal, que a la letra establece:

"Artículo 254 bis. Se sancionará con prisión de cinco a diez años y con mil a diez mil días de multa, a quien celebre ordene, o ejecute contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

(...)

⁴ Robustece lo anterior el contenido de la jurisprudencia de rubro: "PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA EN LICITACIONES, CONCURSOS, SUBASTAS O ALMONEDAS PÚBLICAS. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA" Época: Décima Época. Registro: 2009654. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: 2a./J. 94/2015 (10a.) Página: 807

ACTA DE LA SEXTA
SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL
COMITÉ DE TRANSPARENCIA

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y...

(...)"

Finalmente, no debe perderse de vista que el efecto pernicioso de las conductas que se propiciarían con la divulgación de los datos solicitados no aseguraría al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes de conformidad con lo previsto en el artículo 134, tercer párrafo de la Constitución. El intercambio de información y sus efectos en licitaciones, concursos, subastas u almonedas públicas privan al Estado de las mejores condiciones. Al conocer la identidad y número de sus competidores habría incentivos para que los concursantes realicen una oferta estratégica y no la mejor, de acuerdo con sus capacidades económicas, lo que tendría por efecto inmediato que el Estado no obtenga las mejores condiciones del concurso referido.

4. Conclusión

En consecuencia, se solicita al Comité de Transparencia que confirme la clasificación de la información de interés del solicitante con carácter de reservada por actualizarse las causales de clasificación contenidas en los artículos 113, fracción XIII de la LGTAIP y 110, fracción XIII de la LFTAIP, así como por acreditarse plenamente la prueba de daño en términos de lo dispuesto en el artículo 111 de la LFTAIP con relación al 104 de la LGTAIP señalando como periodo de reserva de tres meses de conformidad con el artículo 99 de la LFTAIP,⁵ tiempo que se estima necesario para que este Instituto emita las opiniones y notifique las mismas a los agentes económicos solicitantes en términos del artículo 98 de la LFCE.

El presente oficio se emite con fundamento en lo dispuesto por los artículos 4, fracción IX, inciso xvii); 20, fracciones V y XXIII; 46, párrafo primero y 47, fracción VII del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

..."

En este sentido, a partir de la solicitud de clasificación requerida por la Unidad de Competencia Económica, este Comité confirma la reserva por el periodo de 3 meses de la información relativa a todos los datos como nombre, razón social o denominación de todos los solicitantes de las solicitudes de opinión en materia de competencia económica ante el IFT, en términos de las causales invocadas por dicha Unidad, que se encuentran contenidas en el artículo 113, fracciones VIII y XIII de la LGTAIP, en relación con el artículo 110, fracciones VIII y XIII de la LFTAIP y los

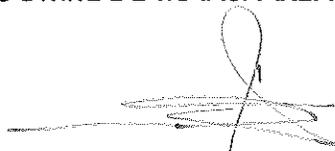
⁵ Lo anterior en el entendido que de conformidad con el Quincuagésimo quinto de los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas, es posible que existan clasificaciones por periodos de meses.

ACTA DE LA SEXTA
SESIÓN EXTRAORDINARIA DEL
COMITÉ DE TRANSPARENCIA

numerales Primero, Cuarto, Quinto, Octavo, Vigésimo séptimo, Trigésimo segundo y Quincuagésimo tercero de los Lineamientos generales de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas.

Lo anterior, con fundamento en el artículo 65, fracción II de la LFTAIP.

EL COMITÉ DE TRANSPARENCIA



LILIANA ANASTASIA MONTES FRANCO
COORDINADORA DE TRANSPARENCIA,
ACCESO A LA INFORMACIÓN Y GOBIERNO ABIERTO
PRESIDENTA



DAVID GORRA FLOTA
DIRECTOR GENERAL DE
INSTRUMENTACIÓN
MIEMBRO DEL COMITÉ



LUCIO MARIO RENDÓN ORTIZ
DIRECTOR GENERAL ADJUNTO
(ASESOR DE PRESIDENCIA)
MIEMBRO DEL COMITÉ

