

Los textos que aparecen marcados con negro corresponden a Información clasificada como confidencial, de conformidad con los artículos 116, Segundo y Tercero Transitorios de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; 3, fracción IX, 124 y 125 de la Ley Federal de Competencia Económica; así como los lineamientos Trigésimo Segundo, fracciones VII y XVII, Trigésimo Tercero y Trigésimo Sexto, fracción II, de los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal.

México, Distrito Federal, a dos de noviembre de dos mil quince.- Visto el expediente AI/DC-002-2014, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo quinto, décimo sexto y vigésimo, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 2, 4, 5, primer párrafo, 12, fracciones I, XI y XXX, 18, 58, 59, 84, 96 y 120 de la Ley Federal de Competencia Económica;¹ 1, 7, 15, fracciones XVIII y XX, 16, 17, fracción I, 264, primer párrafo, 279, 280 y 284 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión;² Noveno Transitorio del Decreto por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión;³ 1, 8, 55 y 60, fracción IV, de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión,⁴ y 1, 4, fracción I, 6, fracción XXXVII, 7, 8 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones,⁴ el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, en su XLI Sesión Extraordinaria celebrada en esta misma fecha, resuelve de acuerdo a los Antecedentes, Considerandos y Resolutivos que a continuación se expresan.

En la presente resolución se utilizarán las definiciones y términos establecidos en la Ley Federal de Competencia Económica, así como los siguientes acrónimos y términos.

I. GLOSARIO

Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV

Acuerdo de fecha cinco de junio de dos mil quince emitido por el Director General de Procedimientos de Competencia adscrito a la Unidad de Competencia Económica del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante el cual se admitieron las pruebas ofrecidas por Grupo Televisa, S.A.B., por sí misma y en su carácter de fusionante de las empresas que conformaban a la diversa Cablemás, S.A. de C.V.; Empresas Cablevisión, S.A.B. de C.V.; Innova, S. de R.L. de C.V.; Letseb, S.A. de C.V.; Grupo Cable TV, S.A. de C.V. y Televisión Internacional, S.A. de C.V.

AEPST

Agente Económico Preponderante en el Sector de Telecomunicaciones, definido en la *"Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina al grupo de interés económico del que forman parte América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V.,*

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de mayo de dos mil catorce.
² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el catorce de julio de dos mil catorce.
³ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de julio de dos mil catorce.
⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de septiembre de dos mil catorce.

Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., Radiomóvil Dipsa, S.A.B. (sic) de C.V., Grupo Carso, S.A.B. de C.V., y Grupo Financiero Inbursa, S.A.B. de C.V. como agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones y le impone las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia" emitida por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones el seis de marzo de dos mil catorce.

Al o Autoridad Investigadora

Autoridad Investigadora del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

AMX

América Móvil, S.A.B. de C.V.

ARPU

Por sus siglas en inglés "Average Revenue Per Use", Ingreso promedio por usuario.

Artículo Noveno Transitorio

Artículo Noveno Transitorio del "Decreto por el que se expide la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión", publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de julio de dos mil catorce.

Artículo Trigésimo Noveno Transitorio

Artículo Trigésimo Noveno Transitorio del "Decreto por el que se expide la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión", publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de julio de dos mil catorce.

Axtel

Axtel, S.A.B. de C.V.

BMV

Bolsa Mexicana de Valores, S.A.B. de C.V.

Cablecom

Grupo Cable TV, S.A. de C.V., y sus subsidiarias y/o filiales concesionarias.

Cablemás	Subsidiarias de Grupo Televisa, S.A.B. que comercialmente son conocidas como "Cablemás".
Cablevisión	Empresas Cablevisión, S.A.B. de C.V., y sus subsidiarias y/o filiales concesionarias.
Cablevisión Red o Grupo Hevi	Grupo de Interés Económico conformado por Cablevisión Red, S.A. de C.V., y diversas empresas relacionadas. También referido como Grupo Hevi, cuyo servicio es comercializado con la denominación Telecable.
Canitec	Cámara Nacional de la Industria de Telecomunicaciones por Cable.
CFC	Extinta Comisión Federal de Competencia, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía.
CFE	Comisión Federal de Electricidad.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles, ordenamiento supletorio a la Ley Federal de Competencia Económica de conformidad con el artículo 121 de ésta última.
Cinépolis Klic	Servicio de distribución de contenido audiovisual a través de una conexión a Internet ofrecido por Cinépolis Click, S.A. de C.V.
Claro Video	Servicio de distribución de contenido audiovisual a través de una conexión a Internet ofrecido por diversa empresa relacionada con América Móvil, S.A.B. de C.V.
Cofece	Comisión Federal de Competencia Económica.
Cofetel	Extinta Comisión Federal de Telecomunicaciones, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Decreto	<i>"DECRETO por el que se expide la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión", publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de julio de dos mil catorce.</i>
Decreto Constitucional	<i>"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 once de junio de dos mil trece.</i>
DGCC	Dirección General de Concentraciones y Concesiones de la Unidad de Competencia Económica del Instituto Federal de Telecomunicaciones.
DGPC	Dirección General de Procedimientos de Competencia de la Unidad de Competencia Económica del Instituto Federal de Telecomunicaciones.
Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes	Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes, de Radio, Televisión y Cinematografía, y de Estudios Legislativos; con Proyecto de Decreto por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión.
Dish o Cofresa	Comercializadora de Frecuencias Satelitales, S. de R.L. de C.V., y otras empresas relacionadas.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
DP o Dictamen Preliminar	Dictamen Preliminar emitido el veintidós de abril de dos mil quince por el Titular de la Autoridad Investigadora en el

expediente AI/DC-002-2014, cuyo extracto fue publicado en el sitio de internet del Instituto Federal de Telecomunicaciones y sus datos relevantes fueron publicados en el DOF el veintiocho de abril de dos mil quince.

DRLFCE

Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, publicadas en el DOF el veintiocho de julio de dos mil catorce y aplicables al procedimiento tramitado en el expediente AI/DC-002-2014.

DTH

Por sus siglas en inglés "*Direct To Home*"; Televisión Directa al Hogar.

Escrito de Manifestaciones
de GTV

Escrito presentado en la oficialía de partes del Instituto Federal de Telecomunicaciones el veintisiete de mayo de dos mil quince, mediante el cual Grupo Televisa, S.A.B., por sí misma y en su carácter de fusionante de las empresas que conformaban a la diversa Cablemás; Cablevisión; Innova, S. de R.L. de C.V.; Letseb, S.A. de C.V.; Cablecom, y Televisión Internacional, S.A. de C.V., manifestaron lo que a su derecho convino y ofrecieron los medios de convicción que estimaron pertinentes sobre una versión reservada del Dictamen Preliminar que fue notificada a dichos Agentes Económicos el veintiocho de abril de dos mil quince, así como los datos relevantes de dicho dictamen publicados en el DOF en esa misma fecha.

Estatuto Orgánico del
Instituto

Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, publicado en el DOF el cuatro de septiembre de dos mil catorce y modificado mediante acuerdo publicado en el mismo medio de difusión el diecisiete de octubre de dos mil catorce.

EUA

Estados Unidos de América.

Expediente

Las constancias que integran el expediente AI/DC-002-2014.

GIE

Grupo de Interés Económico.

GTV	Grupo Televisa, S.A.B., por sí misma y en su carácter de fusionante de las empresas que conformaban a la diversa Cablemás; Cablevisión; Innova, S. de R.L. de C.V.; Letseb, S.A. de C.V.; Cablecom, y Televisión Internacional, S.A. de C.V.
IDIP	Instituto para la Defensa del Interés Público, A.C.
IHH	Índice Hirschman-Herfindahl.
INEGI	Instituto Nacional de Estadística y Geografía.
Instituto o IFT	Instituto Federal de Telecomunicaciones.
Internet	Conjunto descentralizado de redes de telecomunicaciones en todo el mundo, interconectadas entre sí, que proporciona diversos servicios de comunicación y que utiliza protocolos y direccionamiento coordinados internacionalmente para el enrutamiento y procesamiento de los paquetes de datos de cada uno de los servicios. Estos protocolos y direccionamiento garantizan que las redes físicas que en conjunto componen Internet funcionen como una red lógica única (según se define en el artículo 3, fracción XXXII, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión).
IPTV	Por sus siglas en inglés " <i>Internet Protocol Television</i> ", Televisión por Protocolo de Internet.
Letseb o Bestel	Letseb, S.A. de C.V., y sus subsidiarias y/o filiales concesionarias.
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce y aplicable al procedimiento tramitado en el Expediente.
LFPA	Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
LFTAIPG	Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

LFTR Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, expedida mediante el Decreto.

LGTAIP Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en el DOF el cuatro de mayo de dos mil quince.

Megacable Megacable, S.A. de C.V., sus subsidiarias y/o filiales concesionarias.

Mercados Relevantes Los que define el Dictamen Preliminar como ciento dos (102) mercados relevantes que corresponden a la provisión del Servicio de Televisión y Audio Restringidos a través de cualquier tecnología de transmisión, donde participa Cablecom, con una dimensión geográfica local que, para términos analíticos, fue determinada a nivel municipal.

MMDS Por sus siglas en inglés "*Microwave Multipoint Distribution Service*", Servicio de Distribución Multipunto por Microondas.

MVPD Por sus siglas en inglés "*Multichannel Video Programming Distributor*", Distribuidor de Programación de Video Multicanal.

MVS MVS Multivisión, S.A. de C.V.

OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

OTT Por sus siglas en Inglés "*Over The Top*", el Servicio de Distribución de Contenidos a través de Internet.

OVD Por sus siglas en inglés "*Online Video Distributor*", Distribuidor de Video en Línea.

Pacto de San José Convención Americana sobre Derechos Humanos.

PCTV	Productora y Comercializadora de Televisión, S.A. de C.V.
Pegaso	GIE al que pertenecen Pegaso PCS, S.A. de C.V., y Grupo de Telecomunicaciones Mexicanas, S.A. de C.V.
PJF	Poder Judicial de la Federación.
Pleno	Pleno del IFT, órgano máximo de gobierno y decisión del Instituto, integrado por siete comisionados con voz y voto, incluido el presidente.
PSM	Poder Sustancial de Mercado.
Resolución de Preponderancia	Resolución emitida el seis de marzo de dos mil catorce, mediante la cual el Pleno determina al GIE del que forman parte América Móvil S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., Radiomóvil Dipsa, S.A.B.(sic) de C.V., Grupo Carso, S.A.B. de C.V., y Grupo Financiero Inbursa, S.A.B. de C.V., como agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones y le impone las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia.
Resolución del Aviso de Concentración	<i>"Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite resolución en el expediente UCE/AVC-001-2014, de conformidad con lo establecido en los párrafos primero a cuatro del artículo Noveno Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión"</i> aprobado por el Pleno el diez de diciembre de dos mil catorce, en su XXXVI Sesión Extraordinaria.
RPT	Red Pública de Telecomunicaciones.
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SKY o Innova	Innova, S. de R.L. de C.V. y sus subsidiarias y/o Corporación de Radio y Televisión del Norte de México, S. de R.L. de C.V.
STAR o TV Restringida	Servicio de Televisión y Audio Restringidos.
Telcel	Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.
Telmex	Teléfonos de México, S.A.B. de C.V.
Total Play	Total Play Telecomunicaciones, S.A. de C.V.
TVI	Televisión Internacional, S.A. de C.V., y sus subsidiarias y/o filiales concesionarias.
UAFIDA	Utilidad antes de costos de financiamiento, impuestos, depreciación y amortización.
UCE	Unidad de Competencia Económica, unidad administrativa adscrita al Instituto que tiene las atribuciones del órgano encargado de la instrucción a que se refiere la LFCE y las demás que le confieren el Pleno a través de acuerdos delegatorios, el Estatuto Orgánico del Instituto y las DRLFCE.

Finalmente, se precisa que la presente resolución contiene cuatro documentos que se acompañan como Anexos y son parte integral de la presente resolución, en los cuales se aplican las definiciones, términos y acrónimos referidos en este Glosario.

II. ANTECEDENTES

Primero. El Artículo Noveno Transitorio, párrafos primero a cuarto dispuso el procedimiento de aviso de concentraciones y, en su párrafo quinto, el procedimiento de investigación de dichas concentraciones para determinar la probable existencia de agentes con poder sustancial, y en su caso, la imposición de medidas necesarias para proteger y fomentar la libre competencia y concurrencia del mercado materia de la concentración.

Segundo. Con fecha catorce de agosto de dos mil catorce, los representantes legales de Tenedora Ares, S.A.P.I. de C.V.; Arretis, S.A.P.I. de C.V. (Arretis); Vamole Inversiones 2013, S.L., Sociedad Unipersonal; [REDACTED] Dafel Investments, B.V.; Mexico Media Investments, S.L., Sociedad Unipersonal; Cable Televisión Investments, S.L., Sociedad Unipersonal, y San Ángel Telecom, S.A. de C.V. (San Ángel Telecom), presentaron ante la Oficialía de Partes del Instituto un aviso de concentración de conformidad con lo dispuesto en el párrafo cuarto del Artículo Noveno Transitorio, relacionado con la adquisición del 100%

(cien por ciento) de las acciones representativas del capital social de Cablecom, por las empresas Arretis y San Ángel Telecom. Las partes indicaron que la concentración se llevó a cabo el trece de agosto de dos mil catorce. Dicho aviso de concentración quedó radicado bajo el número de expediente UCE/AVC-001-2014.

Tercero. Mediante la Resolución del Aviso de Concentración, el Pleno determinó que la concentración señalada en el antecedente inmediato anterior cumplía con los requisitos establecidos en los incisos "a" a "d" del primer párrafo del Artículo Noveno Transitorio. Asimismo, se ordenó dar vista a la Autoridad Investigadora, a efecto de iniciar una investigación conforme a lo previsto en el párrafo quinto del citado artículo transitorio.⁵

Cuarto. El diecisiete de diciembre de dos mil catorce, en cumplimiento a la Resolución del Aviso de Concentración, el Titular de la Autoridad Investigadora emitió el acuerdo de inicio de la investigación⁶ para determinar la probable existencia de agentes económicos con poder sustancial en el o los mercados de redes de telecomunicaciones que presten servicios de voz, datos o video, a nivel nacional, estatal, regional y/o local, cuyo extracto fue publicado en el DOF el diecinueve de diciembre de dos mil catorce.⁷ A dicha investigación le fue asignado el número de expediente AI/DC-002-2014.

Quinto. Con fundamento en el párrafo quinto del Artículo Noveno Transitorio en relación con la fracción IV, del artículo 96 de la LFCE, el período de investigación comenzó el diecinueve de diciembre de dos mil catorce y feneció el nueve de marzo de dos mil quince, abarcando así un periodo de investigación de ochenta y un días naturales.

Sexto. El diez de marzo de dos mil quince, el Titular de la Autoridad Investigadora emitió un acuerdo⁸ dentro del Expediente, mediante el cual se tuvo por concluida la investigación. Dicho acuerdo fue notificado por lista ese mismo día.⁹

Séptimo. El veintidós de abril de dos mil quince, el Titular de la Autoridad Investigadora emitió el Dictamen Preliminar, determinando que GTV cuenta con PSM en 99 (noventa y nueve) mercados relevantes.¹⁰

Octavo. El veintidós de abril de dos mil quince, el Pleno emitió un acuerdo mediante el cual instruyó a la UCE a publicar los datos relevantes del Dictamen Preliminar en el DOF, así como

⁵ La versión pública de la resolución puede ser consultada en el sitio de Internet del Instituto: http://apps.ift.org.mx/publicdata/P_IFT_EXT_101214_273_Version_Publica.pdf

⁶ Folios 37 a 40 del Expediente.

⁷ El extracto del acuerdo de inicio puede ser consultado en el sitio de Internet del DOF: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5376704&fecha=19/12/2014

⁸ Folios 13779 y 13780 del Expediente.

⁹ La Lista Diaria de Notificaciones puede ser consultada en el siguiente sitio de Internet del Instituto: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/notificacionesdiarias/autoridad-investigadora/2015/04/lista10-03-2015conrubro.pdf>

¹⁰ Folios 13898 a 13900 del Expediente.

a realizar todos los actos necesarios para el inicio y trámite del procedimiento previsto en las fracciones V a IX del artículo 96 de la LFCE.¹¹

Noveno. El veintiocho de abril de dos mil quince se publicaron en el DOF los datos relevantes del Dictamen Preliminar.¹² Asimismo, se publicó en el sitio de Internet del Instituto un extracto del Dictamen Preliminar y una versión pública del mismo.¹³

Décimo. El veintiocho de abril de dos mil quince, se notificó a GTV una versión reservada del Dictamen Preliminar.

Décimo Primero. Con fecha veintiocho de abril de dos mil quince, Megacable Holdings, S.A.B. de C.V. presentó un escrito en alcance a su escrito de desahogo al requerimiento de información formulado mediante Oficio número IFT/110/AI/DG-CME/004/2015 de fecha quince de enero de dos mil quince, emitido por la Dirección General de Condiciones de Mercado adscrita a la AI, a través del cual informó sobre diversas operaciones realizadas, presentando copia simple de tres contratos por medio de los cuales su

acciones representativas del capital social de las cuales 18,357,174

14

Al respecto, debe destacarse que las operaciones a las que se hizo referencia en el párrafo anterior, en específico

, no son relevantes para el análisis de poder sustancial en los mercados relevantes objeto del Dictamen Preliminar, toda vez que, de acuerdo con la información que obra en el Expediente, es una persona moral dedicada, entre otras cosas, a la comercialización de publicidad, señales y/o contenidos a concesionarios que proveen servicios de datos, voz o video. Es decir, los servicios que proporciona pertenecen a un mercado distinto del examinado en este procedimiento.¹⁵ Ello aunado a que, de la información proporcionada por referente a la estructura de su capital social, misma que obra en el Expediente, se desprende que la misma se encontraba actualizada al veintisiete

¹¹ Folios 13964 y 13965 del Expediente.

¹² Los datos relevantes pueden ser consultados en el siguiente sitio de Internet del DOF: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5390337&fecha=28/04/2015

¹³ El Extracto del Dictamen Preliminar puede ser consultado en el siguiente sitio de Internet del Instituto: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/unidad-de-competencia-economica/extractodc002.pdf>

La Versión Pública del Dictamen Preliminar puede ser consultada en el siguiente sitio de Internet del Instituto: http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/unidad-de-competencia-economica/dc-002-2014cotejadapublicapublicavbb_1.pdf

¹⁴ Folios 13979 a 13992 del Expediente.

¹⁵ Folios 537, 647, 648, 1194 y 1195 del Expediente.

de noviembre de dos mil catorce, razón por la que la AI al momento de emitir el Dictamen Preliminar ya contaba con tal información.¹⁶

Décimo Segundo. Los días veintiséis y veintisiete, ambos del mes de mayo de dos mil quince, seis agentes económicos presentaron escritos en la Oficialía de Partes del Instituto, mediante los cuales señalaron tener interés en el asunto tramitado en el Expediente, ofrecieron pruebas y realizaron manifestaciones con relación al Dictamen Preliminar. Lo anterior con fundamento en el artículo 96, fracción VI, de la LFCE.

Los agentes económicos que demostraron su interés en el procedimiento fueron los siguientes:

GTV. Su interés se tuvo por demostrado dado que conforma el GIE que el Dictamen Preliminar determinó con poder sustancial en los mercados relevantes.¹⁷

IDIP. Su interés se tuvo por demostrado porque tiene el carácter de usuario o consumidor directo del STAR, sobre el cual versa el procedimiento.¹⁸

Axtel. Su interés se tuvo por demostrado debido a que es un agente económico que participa en la provisión del STAR y es titular de una concesión de RPT.¹⁹

Canitec. Su interés se tuvo por demostrado en virtud de que tiene a "(...)su cargo la representación, promoción y defensa de las actividades de la industria (sic) que le es propia en términos de lo previsto por el artículo 4° de la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, cuenta con el interés para comparecer al presente procedimiento".²⁰

Pegaso. Su interés se tuvo por demostrado debido a que es un agente económico que opera redes de telecomunicaciones y presta los servicios de voz, datos o video, a nivel nacional, estatal, regional y/o local.²¹

Cofresa. Su interés se tuvo por demostrado debido a que es un agente económico que participa en los mercados investigados, prestando el STAR bajo la marca comercial Dish.²²

¹⁶ Folio 1199 del Expediente.

¹⁷ Folios 13898 y 13899 del Expediente.

¹⁸ Folio 18840 del Expediente.

¹⁹ Folio 18844 del Expediente.

²⁰ El artículo citado por la Canitec establece: "(...) Las Cámaras y sus Confederaciones representan, promueven y defienden nacional e internacionalmente las actividades de la industria, el comercio, los servicios y el turismo y colaboran con el gobierno para lograr el crecimiento socioeconómico, así como la generación y distribución de la riqueza. Son órganos de consulta y colaboración del Estado. El gobierno deberá consultarlas en todos aquellos asuntos vinculados con las actividades que representan. La actividad de las Cámaras y sus Confederaciones será la propia de su objeto; no tendrán fines de lucro y se abstendrán de realizar actividades religiosas o partidistas (...).

²¹ Folio 18848 del Expediente.

²² Folio 18850 del Expediente.

Décimo Tercero. El veintiocho de mayo de dos mil quince, la Titular de la UCE emitió un acuerdo dentro del Expediente mediante el cual se ordenó dar vista a la AI con las constancias del Expediente, como parte en el procedimiento, con fundamento en los artículos 28, fracción XI, de la LFCE, y 1 y 43 de la DRLFCE.

Décimo Cuarto. El cuatro y cinco de junio de dos mil quince, el DGPC emitió diversos acuerdos en el Expediente, mediante los cuales tuvo por demostrado el interés y por recibidas las manifestaciones de los agentes económicos señalados en el antecedente Décimo Segundo anterior y acordó sobre las pruebas ofrecidas por estos, admitiendo o desechando conforme correspondiera.

Décimo Quinto. Mediante Oficio número IFT/110/AI/100/2015 presentado ante la Oficialía de Partes del Instituto el diez de junio de dos mil quince, el Titular de la AI realizó diversas manifestaciones con relación a las pruebas ofrecidas por la Canitec, el IDIP y GTV.²³

Décimo Sexto. Con fundamento en la fracción VIII y último párrafo, del artículo 96 de la LFCE, el periodo de desahogo de pruebas comenzó el cinco de junio de dos mil quince y concluyó el once de agosto de dos mil quince, abarcando dos periodos de veinte días hábiles de conformidad con lo siguiente:

- i) El primer periodo para el desahogo de pruebas inició el cinco de junio de dos mil quince y concluyó el dos de julio de dos mil quince.
- ii) El dos de julio de dos mil quince, el DGPC emitió un acuerdo en el Expediente mediante el cual se prorrogó el plazo para el desahogo de pruebas.²⁴ Dicho acuerdo se notificó por lista el tres de julio de dos mil quince, y
- iii) El segundo periodo para el desahogo de pruebas inició el tres de julio de dos mil quince y concluyó el once de agosto de dos mil quince.

Décimo Séptimo. El doce de agosto de dos mil quince, el DGPC emitió un acuerdo mediante el cual tuvo por integrado el Expediente al once de agosto de dos mil quince, de conformidad con el artículo 96, fracción IX de la LFCE, toda vez que en esta fecha:

- i) Se tuvieron por desahogadas todas las pruebas ofrecidas y admitidas en el Expediente, y
- ii) El segundo plazo para el desahogo de las pruebas concluyó el once de agosto de dos mil quince.

Décimo Octavo. Mediante acuerdo de fecha veintidós de septiembre de dos mil quince,²⁵ la Titular de la UCE, de conformidad con los artículos 96, fracción X, y 120, último párrafo de la

²³ Folios 18881 a 18910 del Expediente.

²⁴ Folio 19505 del Expediente. La Lista Diaria de Notificaciones puede ser consultada en el siguiente sitio de Internet del Instituto: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/notificacionesdiarias/unidad-de-competencia-economica/2015/07/03-07-2015.pdf>

²⁵ Folios 20456 y 20457 del Expediente.

LFCE, prorrogó el plazo para emitir resolución dentro del Expediente, a fin de encontrarse en posibilidad de abordar la totalidad de las manifestaciones realizadas por los agentes económicos con interés y analizar los medios de convicción que fueron admitidos y desahogados durante el procedimiento.

III. CONSIDERANDOS

Primero. Competencia

De conformidad con los artículos 28, párrafos décimo quinto y décimo sexto de la CPEUM; 5, primer párrafo, de la LFCE; 7 y 15, fracción XVIII, de la LFTR, así como 1 del Estatuto Orgánico del Instituto, el IFT es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones. Asimismo, el Instituto es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que establece el artículo 28 de la CPEUM, la LFCE y las demás disposiciones aplicables.

El Artículo Noveno Transitorio, en sus párrafos primero a cuarto, prevé un supuesto de excepción a las autorizaciones de concentraciones, estableciendo un procedimiento de aviso de concentración; y, en su párrafo quinto, establece el procedimiento de investigación de dichas concentraciones para determinar la probable existencia de agentes con poder sustancial, y en su caso, la imposición de medidas necesarias para proteger y fomentar la libre competencia y concurrencia del mercado materia de la concentración.

Los artículos 5, 12, fracciones XI y XXX, 18, párrafo séptimo, de la LFCE; 15, fracciones XX y LXIII, 16, 17, fracción I, 264, primer párrafo, 279 y 280 de la LFTR; y, 6, fracción XXXVII, del Estatuto Orgánico del Instituto, establecen que al Pleno le corresponden las siguientes atribuciones: i) resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de libre concurrencia o competencia económica a que hacen referencia la LFCE u otras leyes o disposiciones; y ii) determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en los mercados relevantes que correspondan en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión en términos y de conformidad con la LFTR y la LFCE.

Considerando que en términos del artículo 3, fracción LXIV, de la LFTR, el STAR constituye un servicio de telecomunicaciones y, atendiendo a las atribuciones que en materia de competencia económica le corresponden al Instituto, el Pleno es competente para emitir resolución en el procedimiento especial de condiciones de mercado tramitado en el Expediente.

Segundo. Propósito y alcances del procedimiento

El procedimiento para resolver sobre condiciones de mercado es de naturaleza especial. Así lo establece el artículo 96 de la LFCE, el cual se encuentra bajo el "Capítulo II. Del Procedimiento

para Resolver sobre Condiciones de Mercado" y forma parte del "Título IV. De Los Procedimientos Especiales" de la LFCE. Su especialidad radica en su objeto y sus efectos.

El artículo 96 de la LFCE establece un procedimiento que será empleado cuando este Instituto deba resolver u opinar sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos. Este procedimiento tiene por objeto determinar las condiciones de competencia que prevalecen en uno o más mercados relevantes y no está dirigido a investigar ni sancionar la realización de alguna de las conductas prohibidas por la LFCE.

En esa tesitura, los informes, los documentos y las declaraciones obtenidos durante el procedimiento se emplean en el análisis de las condiciones de competencia que prevalecen en uno o más mercados relevantes.

Asimismo, las manifestaciones y los elementos de convicción aportados por los agentes económicos que demostraron tener interés jurídico en el procedimiento tras la publicación de los datos relevantes del dictamen preliminar, en términos de lo dispuesto por la fracción VI del artículo 96 de la LFCE, constituyen elementos que pueden auxiliar a la autoridad en el análisis para determinar el mercado relevante y poder sustancial. De tal forma que estos elementos aportados por los agentes económicos pueden o no modificar la determinación preliminar sobre las condiciones de competencia que prevalecen en los mercados analizados.

En ese sentido, los agentes económicos que presentan manifestaciones y elementos de convicción en un procedimiento con la naturaleza que se comenta, no están sujetos a un procedimiento en el que deban desvirtuar una probable responsabilidad para no ser sancionados, sino que las manifestaciones y las pruebas que ofrezcan servirán para que esta autoridad, en términos del artículo 96 de la LFCE, determine de manera definitiva sobre las condiciones de competencia que prevalecen en el o los mercados relevantes analizados, en particular, para determinar si en ellos existe un agente económico con poder sustancial.

Ahora bien, partiendo de que un procedimiento especial para resolver sobre las condiciones de competencia que prevalecen en un mercado -en particular para determinar si existe un Agente Económico con poder sustancial- no se instaura contra ningún particular. Aún en caso de que esta autoridad declarase la existencia de un agente económico con poder sustancial, el alcance del procedimiento especial sustanciado en el Expediente no incluye la imposición de medidas u obligaciones específicas a este agente económico, tal y como se establece en la segunda oración de la fracción X del artículo 96 de la LFCE.

En virtud de lo anterior, no son atendibles en este procedimiento las manifestaciones realizadas por Cofresa y el IDIP para que el Instituto considere la imposición de obligaciones específicas al GIE identificado como GTV, pues no son parte del objeto del procedimiento especial para resolver condiciones de mercado.

Tercero. Determinación Preliminar de Mercado Relevante y Poder Sustancial

De conformidad con los artículos 28, fracción XI, y 96, fracción V, de la LFCE; 60, fracción II, de las DRLFCE; así como 62, fracciones VIII, XI, XII, XXIV, XXXVII y 65, fracción I, del Estatuto Orgánico del Instituto, a la Autoridad Investigadora le corresponden atribuciones para iniciar, tramitar, conducir y proveer sobre investigaciones de condiciones de mercado, para lo cual podrá requerir informes y documentos necesarios para elaborar, emitir y presentar al Pleno el dictamen preliminar previsto en el artículo 96, fracción V, de la LFCE.

Para ello en el Dictamen Preliminar la Autoridad Investigadora identificó conforme al artículo 58 de la LFCE, los mercados relevantes y determinó que el GIE denominado GTV tiene poder sustancial en 99 (noventa y nueve) de ellos (para mayor referencia, los mercados relevantes determinados en el Dictamen Preliminar, se encuentran referidos en el Anexo II de la presente resolución). Lo anterior atendiendo, en síntesis, a las siguientes consideraciones:

1. Los Mercados Relevantes corresponden a la provisión del STAR a través de cualquier tecnología de transmisión, con una dimensión geográfica local, que para efectos del análisis, se definió como cada uno de los 102 (ciento dos) municipios donde participa Cablecom.
2. El STAR es un servicio de telecomunicaciones que se presta a usuarios finales mediante contrato y el pago periódico de una cantidad preestablecida. El proveedor del servicio capta e integra señales de audio o de audio y video asociado, a partir de múltiples fuentes, las cuales son codificadas para su distribución a través de diversas tecnologías de transmisión (cable, multicast, satélite y microondas), a los usuarios finales, de manera que sólo aquellos usuarios que cuenten con dispositivos decodificadores pueden tener acceso a esta señal.
3. El STAR es un servicio demandado primordialmente con fines de entretenimiento y, dado que los usuarios tienen preferencias heterogéneas, los paquetes ofrecen diversas combinaciones de canales de distintas categorías (películas, deportes, diversión, cultura, noticias, música, infantil y otros). Los usuarios pueden adquirir un paquete básico que incluye un número determinado de canales a un precio fijo, por el plazo que el contrato estipule. Los paquetes básicos de los distintos operadores varían en cuanto a número de canales y precio. A cambio de una contraprestación adicional se pueden contratar más canales de forma individual o en paquete; video bajo demanda; o tener acceso a servicios adicionales (por ejemplo, multi- pantalla).
4. **Mercado Relevante:** Para determinar los Mercados Relevantes, tomando como base el servicio de referencia, la Autoridad Investigadora analizó los criterios que establece el artículo 58 de LFCE.
 - 4.1. Una vez estudiadas las posibilidades de sustitución, la AI concluyó que los servicios de provisión de audio y video a través de televisión radiodifundida, los OTT, exhibición de películas grabadas en diversos formatos (Blu-Ray, DVD, entre otros) y el empaquetamiento

de servicio de voz, datos y video no formaban parte de los Mercados Relevantes. Las principales razones de esta determinación preliminar fueron:

4.1.1. El servicio de televisión radiodifundida no es sustituto del STAR porque un proveedor del primero tendría que realizar ajustes importantes a la distribución del servicio, así como en su modelo de negocio para proveer el segundo. En particular tendría que codificar su señal, instalar equipos en los domicilios de los usuarios para que puedan acceder al servicio, desarrollar nuevos canales de comercialización y entablar una relación contractual con el usuario, lo cual conlleva restricciones físicas y normativas que le impedirían hacerlo en un periodo corto.

4.1.2. Los OTT no son sustitutos del STAR por las siguientes razones:

a) Los servicios OTT se enfocan principalmente, en ofrecer contenidos audiovisuales en catálogo, en los que el usuario puede elegir el momento y la secuencia en que los consume, mientras el STAR generalmente, ofrece canales de televisión en los que el contenido se da en el orden y tiempo establecidos por los programadores.

Los proveedores del servicio OTT que también ofrecen canales de televisión, por lo general, no cubren todas las categorías que ofrecen los proveedores del STAR, y el número de canales de televisión es, en todos los casos, menor al de los paquetes de canales del STAR.

b) A diferencia del STAR, para tener acceso al servicio OTT los usuarios finales deben contratar y pagar un monto periódico por el servicio de Internet y contar con un dispositivo con acceso a Internet.

c) El servicio OTT depende generalmente de la infraestructura de terceros, por lo que el proveedor de éste no controla completamente la calidad del servicio, y la experiencia del usuario puede ser distinta debido a que la calidad de la transmisión depende de la capacidad de la conexión a Internet de banda ancha que tenga el usuario y también podría ser afectada por el tamaño de la pantalla del dispositivo utilizado.

d) En México, el servicio de banda ancha se ofrece a precios altos y con una calidad de las más bajas entre los miembros de la OCDE. Además, se tienen indicios de que los servicios OTT son complementarios al STAR como el reconocimiento expreso de algunos proveedores que incluso han incorporado a su oferta comercial el acceso a contenidos audiovisuales a través de Internet.

e) A diferencia de los proveedores del STAR, los que proveen el servicio OTT no necesitan contar con una concesión de acuerdo a la normatividad del sector.

4.1.3. La venta o renta de películas pregrabadas (Blu-Ray, DVD, entre otros) y la exhibición de películas en salas, no es sustituta del STAR porque existe una diferencial de precios muy amplio y los tiempos de exhibición de películas son diferentes; por ejemplo, la exhibición de películas de estreno en el cine ofrece una forma de entretenimiento fuera de casa y en un formato distinto; y las películas pregrabadas suelen estar disponibles tiempo después de haberse exhibido en las salas. Considerando dichos formatos, tendrían que ajustar su infraestructura para proveer el STAR, en particular desplegar una RPT, lo que representa limitaciones físicas y normativas para realizarlo en el corto plazo.

4.1.4. El empaquetamiento de los servicios de voz, datos y video no son sustitutos del STAR porque satisfacen necesidades distintas para el usuario, es posible adquirirlos de manera individual, y en la práctica sólo una baja proporción de los suscriptores del STAR en México contratan este servicio de manera conjunta con los de telefonía y/o acceso a Internet, por ello se concluye que estos tres servicios de telecomunicaciones no forman parte del mismo servicio relevante y que el STAR configura un servicio relevante en sí mismo.

En el año dos mil catorce, más del 81.4% (ochenta y uno punto cuatro por ciento) de los suscriptores contrató el STAR de manera individual. Asimismo, la provisión de un servicio adicional, bidireccional, requiere que los oferentes realicen adecuaciones específicas en su infraestructura, las cuales pueden resultar muy costosas. Además, cada uno de los servicios que conforman el "triple play" exige diferentes requerimientos técnicos de la RPT, y requieren de insumos que no comparten con el resto de los servicios, por ejemplo, para el caso del STAR son los contenidos audiovisuales a transmitir, no así para la telefonía ni el Internet.

4.2. La definición de la dimensión geográfica de los Mercados Relevantes como local se realizó considerando, en síntesis, que:

4.2.1. Las condiciones de oferta que enfrentan consumidores ubicados en distintos municipios son heterogéneas respecto a las condiciones ofrecidas por los proveedores presentes, número de proveedores, condiciones de contratación del STAR (canales y precio), canales disponibles (canales de televisión radiodifundida local) y, la calidad del servicio STAR. Se encontró evidencia de que el precio de los paquetes y el número de canales ofrecidos por un mismo concesionario varían entre municipios. Además, hay bajas probabilidades de que un usuario acuda a otros mercados para abastecerse de los servicios ofrecidos por otros concesionarios.

4.2.2. La capacidad de un concesionario para entrar a proveer el servicio a un municipio, ante un aumento en el precio en dicho municipio, dependerá de la factibilidad de ajustar su infraestructura para extender su dimensión geográfica, la cual se ve limitada por cuestiones normativas y físicas que conllevan costos importantes en términos de tiempo y dinero. También se identificaron limitaciones físicas para desplegar una RPT que varían dependiendo de la tecnología utilizada; y dentro de las limitaciones normativas

Identifican el requerimiento legal de contar con títulos de concesión para prestar el servicio.

4.2.3. Para adoptar al municipio como unidad geográfica de análisis, se consideró que no es posible definir una dimensión geográfica por localización del punto de acceso y porque la cobertura geográfica que se establece en los títulos de concesión para los operadores de redes cableadas y de microondas es, principalmente, por municipio y/o población.

4.2.4. Los concesionarios que proveen el STAR por cable o microondas tienen limitaciones para acceder a clientes fuera de las zonas que tienen concesionadas. Así, la dimensión geográfica de los mercados relevantes está delimitada, para los proveedores, por las zonas geográficas en donde pueden prestar sus servicios de acuerdo a su título de concesión y las decisiones de inversión de cada uno de ellos respecto al despliegue de su RPT. Por su parte, para los consumidores, los Mercados Relevantes están delimitados geográficamente por los proveedores que presten el servicio en las zonas geográficas en donde está ubicado su domicilio.

5. **Poder Sustancial.** El análisis sobre el poder sustancial se encuentra en el numeral III.5 del Dictamen Preliminar, de las páginas 122 a 217, el cual se realizó con fundamento en el artículo 59 de la LFCE, en correspondencia con lo establecido en los artículos 7 y 8 de las DRLFCE. A continuación se presenta una síntesis del contenido de ese apartado:

De acuerdo con la fracción I del artículo 59 antes citado, se debe considerar la participación de los agentes económicos 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.

5.1 La participación de mercado se identificó en el Anexo XVII denominado "*Participación e índices de concentración. 2014*" del Dictamen Preliminar respecto de los tres principales oferentes del STAR, considerando, para cada uno de los 102 (ciento dos) Mercados Relevantes, el número de participantes, así como los indicadores de concentración IHH, ID, CR2 y CR3.

5.1.1 En el Anexo XIX se presenta información para cada uno de los 102 (ciento dos) Mercados Relevantes sobre la participación por operador y los índices de concentración, estimados en el número de suscriptores del STAR. A partir de esta información, se identificó a GTV como el principal operador en 99 (noventa y nueve) de los mercados relevantes analizados, los cuales reúnen [REDACTED] del total de suscriptores.²⁶ También se identificó que el número de suscriptores que concentra GTV a

²⁶ El número de suscriptores del STAR en los Mercados Relevantes analizados asciende a 2'221,915 (dos millones doscientos veintiún mil novecientos quince), que equivalen a 14.07% del total nacional que corresponde a 15,793,041 suscriptores (quince millones setecientos noventa y tres mil cuarenta y uno), a Agosto 2014. Después de la concentración, GTV se consolida como el operador principal en 99 (noventa y nueve) mercados relevantes, los cuales [REDACTED] del total de suscriptores del STAR.

través de sus dos plataformas (cable y satélite) genera índices de concentración cuyos niveles, constituyen un indicio de riesgo para la competencia en todos los Mercados Relevantes. Adicionalmente, GTV enfrenta pocas presiones competitivas por parte de los demás proveedores del servicio.

5.2. Identificó que GTV tiene la capacidad para fijar precios o restringir el abasto en los Mercados Relevantes, con base en el análisis de la regulación tarifaria aplicable; la oferta de paquetes nacionales y locales (canales y precios); la oferta de paquetes por operador considerando el precio por canal, número de canales y precio por canal incremental; los márgenes de ganancia, y los ingresos promedio por usuario.

5.2.1. Determinó que GTV, al contar con dos plataformas tecnológicas (cable y satélite) posee la oferta más amplia y diversa, en términos de número de canales y de precios. Esto le permite abarcar una mayor proporción de consumidores con distintas capacidades de pago y preferencias en los Mercados Relevantes, por otra parte le permite ampliar su ventaja competitiva respecto de sus rivales, por ejemplo, al incrementar su poder de negociación para la adquisición de contenidos en los multicitados mercados, así como la posibilidad de establecer una estrategia de precios complementaria para limitar a sus rivales. Además, su oferta comercial se caracteriza por incluir canales de altos niveles de audiencia, algunos de los cuales son propiedad de empresas pertenecientes al mismo GIE.

5.2.2. Con la adquisición de Cablecom, GTV concentró a uno de los [REDACTED] en los Mercados Relevantes, en términos de número de suscriptores y márgenes de ganancia ([REDACTED]). Además aumenta el número de Mercados Relevantes en los cuales puede proveer el servicio a través de dos plataformas (de dieciséis a cien) e incrementa su oferta de paquetes, abarcando todos los segmentos de compra en los mercados relevantes.

5.2.3. Se observó que en el periodo dos mil nueve a dos mil catorce, el margen de ganancia de GTV [REDACTED]

[REDACTED] Durante el periodo dos mil diez a dos mil catorce, [REDACTED]

[REDACTED] Aunado a lo anterior, [REDACTED]

[REDACTED] sin embargo, a diferencia del último, [REDACTED]

[REDACTED] Así, GTV adquiere un operador mejor posicionado en términos de participación de mercado y márgenes de ganancia, indicando que [REDACTED]

[REDACTED] sin que sus principales competidores, [REDACTED] puedan contrarrestarlo.

5.3. Existen barreras a la entrada a los Mercados Relevantes. Se identificó que un agente económico que pretenda entrar a algún mercado del STAR y posicionarse de tal manera que tenga la capacidad de limitar a un agente con poder sustancial, debe asumir entre

otras barreras significativas, los altos montos de inversión, costos financieros, incertidumbre de recuperación, y para publicidad.

- 5.3.1. Los costos financieros o de desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes. Se consideró que una empresa que quiere entrar al mercado podría enfrentar mayores dificultades para tener acceso al financiamiento, debido a la incertidumbre sobre el éxito del negocio.
- 5.3.2. Se identificó que es relevante el monto, la indivisibilidad y el plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo. Se determinó que para ingresar al STAR, un agente económico debe realizar una inversión significativa para desplegar la red e instalar la infraestructura, además debe adquirir los derechos para la transmisión de contenidos y formar su oferta programática a los usuarios finales. Los costos asociados a esta actividad dependerán del número de canales a contratar, la calidad de los mismos, el número de suscriptores que se desea atender, la tecnología que adopte, la masa crítica de suscriptores a alcanzar (relacionado con viviendas), y el número de canales que incluya en sus ofertas comerciales. Se concluye que se trata de sumas importantes que ofrecen un referente del monto de inversión necesario para entrar al mercado; además, los nuevos entrantes tienen posibilidades limitadas para que su participación sea rentable y obtenga la capacidad de disciplinar al agente económico dominante.
- 5.3.3. La necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial. Se identificó que un entrante a los Mercados Relevantes, si bien debe cumplir con trámites específicos, no enfrenta barreras significativas en materia de requerimientos de concesiones, permisos o licencias, excepto cuando se trate de la necesidad de espectro radioeléctrico para prestar el servicio, por ejemplo, para transmitir el servicio vía MMDS.
- 5.3.4. Se requieren altos montos de inversión en publicidad para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia que le permita competir con marcas o nombres de proveedores del STAR ya establecidos. Además, las inversiones en publicidad constituyen un costo hundido, por lo que constituye una barrera a la entrada.
- 5.3.5. Existen limitaciones a la competencia en los mercados internacionales que son inherentes a las limitaciones técnicas y comerciales propias del servicio, y a su naturaleza jurídica, por lo que no son relevantes para este análisis.
- 5.3.6. Los contratos que [REDACTED] celebra con otros proveedores del STAR a través de los cuales les licencia el derecho a retransmitir las señales de televisión abierta y restringida que comercializa, incluyen cláusulas que [REDACTED]

- [REDACTED]
- 5.3.7. No se detectaron elementos que supongan la existencia de actos de autoridades públicas federales, estatales o municipales que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a productores, comercializadores, distribuidores o prestadores del STAR.
- 5.4. Después de la concentración entre GTV y Cablecom, los incentivos de entrada de nuevos agentes económicos a los mercados relevantes podrían verse mermados por el posicionamiento alcanzado por GTV, pues pasa de ser líder en 52 (cincuenta y dos) a 99 (noventa y nueve) mercados relevantes, así como por el incremento en los niveles de concentración, toda vez que la viabilidad económica del negocio se reduce.
- 5.5. Se concluyó que los agentes económicos que operan en los mercados del STAR, competidores de GTV, adquieren los derechos para transmitir contenidos audiovisuales con empresas pertenecientes al GTV. GTV se constituye en un agente económico verticalmente integrado que participa en los mercados de insumo y bien final, y que vende dicho insumo a sus competidores en el mercado del bien final. La peculiaridad en el STAR, es que los insumos son un grupo de contenidos audiovisuales que tienen la característica de estar en el gusto de una parte significativa de los consumidores y, por tanto, se consideran relevantes de integrar a la oferta comercial de los proveedores del STAR.
- 5.5.1. Se determinó que GTV tiene acceso a contenidos exclusivos que le dan un mayor valor agregado a sus ofertas comerciales del STAR, en contraste con sus competidores que no pueden acceder a los mismos.
- 5.5.2. Se determinó que la condición de [REDACTED] de proveedor y comprador de contenidos, así como su fuerte presencia en el mercado a través del número de suscriptores, le confieren una ventaja superior (poder de negociación) para acceder a los contenidos que no produce. Esta situación contrasta con la de sus competidores para acceder a los mismos insumos, o en su caso, para adquirir lo que ofrece [REDACTED].
- 5.6. Se indicó que la capacidad de un concesionario que ya participa en el mercado, de acceder a las redes con el fin de incrementar el tamaño y cobertura de su RPT, dependerá de las restricciones normativas y físicas que enfrente. En particular, la provisión del STAR a través de medios cableados puede enfrentar una limitación física de acceso a la infraestructura de la CFE en algunas regiones muy focalizadas.
- 5.7. No se encontraron antecedentes que hayan causado estado respecto al comportamiento reciente de GTV, que permitan señalar que ha realizado conductas anticompetitivas en los mercados relevantes analizados en el DP.

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

6. Sobre los demás criterios previstos en la fracción VI del artículo 59 de la LFCE y el artículo 8 de las DRLFCE, las principales conclusiones son:

6.1. El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en los Mercados Relevantes. [REDACTED] a través de las empresas que la constituyen, se posiciona como un actor importante en la industria de medios de la comunicación en el mundo de habla hispana y de entretenimiento a nivel mundial. Asimismo, [REDACTED] es una empresa verticalmente integrada, es decir, produce contenidos y los distribuye a través de sus empresas relacionadas a los consumidores del STAR; a su vez, licencia estos contenidos a sus competidores en el mercado nacional, conforme al citado reporte de [REDACTED]. Después de la concentración por la que adquiere a Cablecom, en 94% (noventa y cuatro por ciento) de los mercados relevantes donde [REDACTED] de la cuota de mercado.

La concentración ocurre entre los dos principales participantes del mercado y como tal elimina una fuente importante de competencia en los mercados relevantes. Después de la operación, de los 99 (noventa y nueve) mercados relevantes donde GTV es líder, en 73 (setenta y tres) tendrá sólo un competidor [REDACTED] y en 91 (noventa y un) tendrá entre uno y tres competidores. Estos 91 (noventa y un) mercados concentran [REDACTED] de los suscriptores del total afectado por la transacción, el cual equivale a [REDACTED] suscriptores.

6.2. La prestación del STAR requiere que el oferente cuente con infraestructura ubicada en el territorio nacional, además de concesiones otorgadas para ofrecerlo en este ámbito, por lo cual no son posibles las importaciones.

6.3. Los principales operadores del STAR suelen establecer condiciones respecto a la permanencia de sus suscriptores en los contratos de adhesión que limitan la posibilidad de los mismos de cambiarse de proveedor del STAR.

IV. MANIFESTACIONES

En el presente capítulo se abordarán las manifestaciones de aquellos agentes económicos que demostraron tener interés en el asunto de conformidad con el artículo 96, fracción VI, de la LFCE.

1. Manifestaciones del IDIP

Las manifestaciones realizadas por el IDIP respecto del Dictamen Preliminar pretenden demostrar que GTV tiene poder sustancial frente a los anunciantes en la venta de espacios publicitarios como operador del STAR, así como sugerir la ampliación el Dictamen Preliminar a efecto de que el IFT confirme la existencia de poder sustancial de GTV en dicho mercado. A continuación se presentan de manera sucinta las manifestaciones realizadas por el IDIP.

1.1 El DP no incluyó el análisis del mercado de venta de espacios publicitarios para su transmisión en señales del STAR, en donde GTV también tiene PSM.

El Dictamen Preliminar determina sobre la comercialización del STAR, que los concesionarios poseen dos fuentes de ingreso: 1) el pago por suscripción que realizan los usuarios finales, y 2) la venta de espacios publicitarios a los anunciantes. Así, el STAR configura un mercado de dos lados, donde existen dos grupos de clientes, los televidentes y los anunciantes, quienes interactúan a través de la transmisión de las señales de televisión.

No obstante, y de acuerdo con información proporcionada por los concesionarios, los ingresos obtenidos de la venta de espacios publicitarios son poco significativos en comparación de los obtenidos por las suscripciones, en virtud de que: i) el tiempo destinado a la publicidad dentro de los programas transmitidos por los concesionarios del STAR es reducido, y que ii) los niveles de audiencia del STAR son inferiores a los de la TV Abierta. Situación por la cual el Dictamen Preliminar centra su análisis en el mercado relevante constituido por los televidentes.

Con relación al primer inciso, el tiempo destinado a la publicidad dentro de los programas transmitidos por los concesionarios del STAR, ha sido reducido y limitado por la regulación que da mayores espacios a la publicidad en TV Abierta que aquella que se difunde en el STAR, lo cual resulta en una ventaja para aquellos agentes económicos integrados verticalmente como GTV, quién comercializa espacios en TV Abierta que luego son transmitidos en el STAR. Además GTV negocia el derecho de utilizar tiempo en los canales de los competidores para transmisiones de mensajes publicitarios.

Respecto del segundo inciso, los niveles de audiencia en TV Restringida van en aumento y los de TV Abierta disminuyen, lo que implica que GTV, quien es preponderante en el sector de radiodifusión y dominante en el STAR puede manejar estratégicamente la venta de publicidad en ambos medios.

La "carencia" del Dictamen Preliminar se centra fundamentalmente en que el enfoque contenido en el Dictamen Preliminar sobre el "mercado de dos lados" hubiese permitido directamente al IFT analizar y determinar el poder sustancial en el mercado de comercialización de publicidad de GTV.

Se observa que, a efecto de acreditar sus aseveraciones, el IDIP transcribe ciertas partes del voto particular de la Comisionada María Elena Estavillo Flores, emitido respecto del acuerdo P/IFT/EXT/101214/273, con el propósito de acreditar que el mercado de televisión

restringida es un mercado de dos lados y la necesidad de evaluar los efectos que la adquisición de PSM en el STAR implicaría en el mercado publicitario.

En este sentido, la resolución debe realizar el debido estudio sobre las condiciones de competencia en el mercado de comercialización de publicidad considerando a éste como un mercado relacionado, esto es, interdependiente con el mercado relevante en el cual el IFT determinó preliminarmente que GTV ostenta poder sustancial.

La importancia de la publicidad en el STAR.

La publicidad cumple una función social relevante al estimular la competencia entre los agentes económicos, para que reduzcan sus precios y mejoren la calidad de sus bienes, productos y servicios en beneficio de los consumidores. Además tiene estrecha relación con el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información, de acceso a los servicios de telecomunicaciones, así como de los derechos de los consumidores en su modalidad de acceso a la información adecuada como obligación gubernamental.

El efecto positivo de la inversión en la publicidad ha sido analizado en países como los Estados Unidos, Europa (Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido) y Japón, donde los estudios relativamente recientes sobre temas de consumo, competencia y crecimiento económico señalan que un mercado de publicidad que funcione de forma eficiente y sin distorsiones creadas por un agente con poder sustancial permite dar más información a los consumidores, fomentando el consumo y la oferta con repercusiones favorables en la formación de precios de competencia. En la medida en que los ingresos de publicidad sean congruentes con los niveles de audiencia existentes en el STAR, se propiciaría que los precios por suscripción se reduzcan en beneficio de los consumidores.

En virtud de que se analiza el poder sustancial de GTV en el STAR respecto de noventa y nueve mercados relevantes involucrados en la concentración, también se deben advertir sus consecuencias sobre la comercialización de espacios de publicidad en el STAR. Lo anterior, en virtud de la dominancia de GTV en el STAR, adquirida e incrementada en los noventa y nueve mercados geográficos en que incide la concentración, su integración vertical como productor de contenidos para distribuir a través de los STAR y su posición preponderante en TV Abierta, le otorgan la capacidad de realizar prácticas comerciales contrarias a la competencia económica. Lo anterior además de que cuenta con otras plataformas como internet, radio y medios impresos. Esta fuerza no la tiene ningún otro operador del STAR.

Bajo este contexto, para los anunciantes de una cantidad de productos invertir en publicidad con GTV en sus diferentes plataformas resulta un insumo relevante, particularmente para aquellos que buscan alcance y frecuencia. Sin embargo, el poder sustancial de GTV puede derivar en conductas contrarias a la competencia tales como:

- a) Exclusividades.
- b) Imposición de condiciones que un proveedor deba observar al comercializar bienes o servicios.

- c) Exigencias a anunciantes para que adquieran pautas a través del inventario en otros canales que tiene GTV usando su poder de negociación frente a proveedores de canales para el STAR.
- d) Discriminación en posición de canales de competidores en publicidad para colocarlos en paquetes básicos.
- e) Imposición de obligación a sus clientes.
- f) Ofrecer incentivos a determinados clientes.

Las citadas conductas anticompetitivas en el STAR pueden desplazar indebidamente a: i) los proveedores de contenidos, ii) demandantes directos de espacios publicitarios, y iii) otros operadores de STAR competidores de GTV.

La participación de mercado de GTV, que supera con amplitud a cualquiera de sus competidores, aunada a la serie de elevadas barreras de entrada descritas por el IFT, permiten concluir que GTV tiene la capacidad de imponer condiciones de precio o abasto en la venta del STAR a los suscriptores, sin que sus competidores actuales o potenciales puedan contrarrestar dicha capacidad.

Adicionalmente, si GTV comercializa las señales propias que se transmiten por sus operadores del STAR y además por su poder de negociación, que se traduce en imposición, consigue dos minutos por hora de cada canal que se tramite por sus operadores del STAR, resulta que cuenta con el mayor inventario de espacios publicitarios, y como lo señala el Dictamen Preliminar puede utilizar la información de sus competidores y su propio inventario de forma estratégica para el desplazamiento indebido de otros agentes económicos, la obstrucción de su acceso, o el otorgamiento de ventajas discriminatorias en detrimento en última instancia del bienestar de los consumidores. Lo anterior, como se desprende del propio acuerdo P/IFT/EXT/101214/273, mediante el cual el Pleno resolvió el expediente UCE/AVC-001-2014.

Asimismo, se advierte que el IDIP también transcribe ciertas partes del propio acuerdo P/IFT/EXT/101214/273, con el objeto de acreditar que la comercialización de la publicidad dentro del servicio de televisión restringida es una actividad en crecimiento, y a su vez, constituye un medio para obtener ingresos para el desarrollo en la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Asimismo, cuando el Dictamen Preliminar enfoca mayormente su análisis en el mercado desde la perspectiva de los suscriptores, olvida que éstos como consumidores obtienen información de bienes y servicios a través de mensajes publicitarios y también se ven afectados por el poder sustancial de GTV en el STAR.

No obstante las medidas impuestas a GTV como agente económico preponderante en radiodifusión, no son suficientes para evitar daños derivados de su dominancia en el STAR. Su fuerza como agente preponderante en TV Abierta tiene afectaciones en el mercado

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

de publicidad en radiodifusión pero también en el STAR y mercados relacionados con éstos, tales como el de comercialización de espacios publicitarios.

Por lo anterior, se considera necesario que el Pleno complemente el Dictamen Preliminar e incluya en esta resolución una referencia a lo siguiente:

1. La dimensión del mercado de comercialización de publicidad relacionado con el mercado que definió como STAR no tiene un carácter marginal.
2. El Dictamen Preliminar concluye que GTV tiene poder sustancial en el STAR, por lo cual, el mismo análisis realizado es aplicable para el mercado de servicios de transmisión de mensajes publicitarios en TV Restringida, ya que con base en las elevadas participaciones de mercados en el STAR, GTV tiene la capacidad de imponer condiciones de precio o abasto a los demandantes de espacios publicitarios y de desplazar a competidores en la venta de publicidad que se transmite en el STAR.
3. Aun y cuando en el Dictamen Preliminar solamente se ha considerado uno de los dos lados del mercado, el análisis debe tomar en consideración la interdependencia entre el STAR y el mercado relacionado de comercialización de publicidad.
4. Gracias a su poder sustancial, GTV tiene la capacidad de llevar a cabo una diversidad de conductas que afectan la competencia y libre concurrencia en los mercados relevantes y en las condiciones de competencia en el mercado relacionado, afectación que en última instancia repercute negativamente en el bienestar de los consumidores.
5. El poder de negociación de GTV, consigue aproximadamente dos minutos por hora de cada canal que se transmite por sus operadores de STAR, por lo que cuenta con el mayor "inventario" de espacios publicitarios, además puede utilizar la información de sus competidores y su propio inventario de forma estratégica para el desplazamiento indebido a otros agentes económicos, la obstrucción de su acceso, o el otorgamiento de ventajas discriminatorias.
6. Finalmente se sugiere:

GTV no debería incluir en los contratos con proveedores de contenidos/programadores, el derecho a utilizar en beneficio propio tiempo para mensajes publicitarios; GTV no debería dar trato preferencial a sus canales sobre el resto de competidores en los paquetes de programación ofrecidos al público; GTV no debería establecer negociaciones multi-plataforma (cuando menos abstenerse de relacionar TV Restringida con TV Abierta); GTV debería establecer precios transparentes y no-discriminatorios con relación a mediciones imparciales de audiencias; GTV debería utilizar mediciones de audiencia de un tercero independiente; GTV debería sujetarse a las normas del Consejo de Investigación de Medios.

Esta autoridad concluye que la exclusión de la venta de espacios publicitarios en el STAR, no impide resolver sobre la existencia de poder sustancial en el STAR.

Tal y como se explica en el Dictamen Preliminar, en el apartado denominado "III.4.1.3. Comercialización de publicidad", el STAR puede configurar un mercado de dos lados, en el que

existen dos grupos de clientes, los televidentes y los anunciantes. Los anunciantes obtienen valor de los espacios publicitarios, pues así logran transmitir su información publicitaria a un mayor número de posibles compradores de sus productos o servicios, mientras que los televidentes obtienen un valor de la programación transmitida en las señales del STAR.

En diversas ocasiones esta autoridad ha analizado mercados de dos lados,²⁷ en los cuales interactúan dos grupos distintos de clientes a través de una plataforma que provee servicios a ambos grupos. Esta práctica es consistente con la experiencia internacional. A manera de ejemplo se mencionan los siguientes casos:

- La Comisión Europea ha revisado el tema de la publicidad en TV restringida como parte de la evaluación de la concentración entre British Sky Broadcasting Group y News Corporation, notificada en dos mil diez. Al respecto, la Comisión Europea determinó que los elementos clave que determinan las características de la oferta de TV restringida son los incentivos de los programadores para satisfacer los gustos de los grupos objetivo de cada señal e incrementar los niveles de audiencia. El hecho de que los suscriptores estén dispuestos a pagar sumas considerables de dinero por la televisión de paga indica que ese producto es distinguible y tiene utilidad extra específica. Respecto a la publicidad en TV restringida, la Comisión Europea concluyó que esta publicidad es "*probablemente*" parte de un mercado mayor que incluye también la publicidad en televisión abierta. Si bien la autoridad no se pronunció de forma definitiva sobre un mercado relevante de publicidad, en esta concentración analizó los posibles efectos de la concentración en mercados de publicidad, incluyendo la publicidad en diarios donde News Corporation tiene una fuerte presencia.²⁸
- La autoridad de competencia italiana (AGCM por sus siglas en italiano), determinó en dos mil seis, en la evaluación de la concentración entre News Corporation y Telepiù, que el Mercado de venta de espacios publicitarios para su transmisión en señales del STAR incluye publicidad para televisión abierta y restringida.²⁹

No obstante lo anterior, esta autoridad determina que la exclusión del análisis sobre el mercado relacionado de comercialización de espacios publicitarios en el STAR, no es determinante para el análisis que es objeto de este procedimiento.

En este sentido, se reitera que el objeto de este procedimiento es determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en el mercado de STAR. Si bien la venta de espacios publicitarios para su transmisión en señales del STAR podría ser considerado en términos de la LFCE y las DRLFCE como un mercado relacionado al de la provisión del STAR

²⁷ Dichos análisis se han realizado respecto del mercado de TV Abierta Comercial, sin embargo, a pesar de ser un servicio diferente al STAR, el análisis conceptual de "*mercado de dos lados*" se ha realizado en diversas opiniones en materia de competencia económica dentro de los expedientes: UCE/OLC-002-2014, UCE/OLC-003-2014, UCE/OLC-004-2014, UCE/OLC-005-2014, UCE/OLC-006-2014, UCE/OLC-007-2014, UCE/OLC-008-2014, UCE/OLC-009-2014, asimismo, este análisis se llevó a cabo en la Resolución de Preponderancia.

²⁸ Case No COMP/M.5932 – News Corp/ BSkyB.

²⁹ Esta concentración se refiere a la decisión de la AGCM caso A362 Diritti Calcistici del 28 June 2006.

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

para efectos de este procedimiento, la determinación de que en éste último mercado existe un agente con PSM requiere que el mismo sea analizado como un mercado relevante y por lo tanto sujeto a una investigación en términos de los artículos 58, 59 y 96 de la LFCE.

Es decir, la determinación de que en la provisión del STAR existe un agente con PSM no impide que la autoridad en materia de competencia para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión pueda efectuar una investigación que permita determinar si en el mercado de venta de espacios publicitarios para su transmisión en señales del STAR existe un agente con PSM.

Se reitera, el Dictamen Preliminar contiene un apartado denominado "III.4.1.3. Comercialización de publicidad" en el que se analiza que el STAR puede configurar un mercado de dos lados, no obstante, en este mismo se concluye lo siguiente:

"De la información aportada por los distintos concesionarios del STAR, se determinó que los ingresos que obtienen de la venta de espacios publicitarios son poco significativos, siendo su mayor fuente de ingresos los generados por las suscripciones. Al respecto, se considera que la venta de publicidad no representa un elemento primordial del negocio por dos razones principales: i) el tiempo destinado a la publicidad dentro de los programas transmitidos por los concesionarios del STAR es reducido, y ii) los niveles de audiencia del STAR, generalmente, son inferiores a los de la televisión abierta. Derivado de lo anterior, el análisis que se presenta en las secciones siguientes se centra en el lado del mercado correspondiente al de los televidentes que demandan el STAR".³⁰

Al respecto, se menciona que GTV reporta en su Informe Anual dos mil catorce que la publicidad en televisión restringida es sólo el 6% (seis por ciento) de las ventas totales de publicidad del grupo. En particular, la publicidad representa el 3.98% (tres punto noventa y ocho por ciento) de las ventas de GTV correspondientes a los servicio de SKY y Telecomunicaciones prestados por cableras (excluye Telecable adquirida en enero de dos mil quince). Es decir, GTV obtuvo ventas promedio por usuario de SKY o telecomunicaciones equivalentes a [REDACTED]

[REDACTED] corresponden a publicidad en televisión restringida.³¹

Por otra parte, el análisis del servicio STAR, excluyendo la venta de publicidad, no implica que éste sea parcial o incompleto, pues el PSM en la prestación del STAR es un reflejo del poder que GTV tiene, no sólo por el control de la infraestructura de distribución y la producción y adquisición de contenidos, sino también por la comercialización de publicidad a nivel nacional, entre otros.

Como se mencionó anteriormente, en diversas ocasiones esta autoridad ha analizado mercados de dos lados, en los cuales interactúan dos grupos distintos de clientes -por ejemplo, los televidentes y los anunciantes en televisión radiodifundida- a través de una

³⁰ Páginas 55 y 56 del DP. Folio 13808 del Expediente.

³¹ Información que se desprende de las constancias del expediente AI/DC-001-2014, mismo que fue integrado al Expediente.

plataforma que provee servicios a ambos grupos, por la cual los concesionarios poseen dos fuentes de ingresos: el pago por suscripción que realizan los usuarios finales y la venta de espacios publicitarios a los anunciantes.

Si bien la televisión restringida tiene las características de una plataforma de dos lados, es de señalarse que, a diferencia de la televisión radiodifundida, los operadores de televisión restringida tienen un instrumento adicional: el cobro directo a los usuarios, con el que obtienen la mayoría de sus ingresos y recuperan sus costos.

Es de señalarse que, en ocasiones, ser una plataforma de dos lados no es un elemento determinante para el análisis de la existencia de PSM. Al igual que con el poder de mercado la bilateralidad es una cuestión de grado. Algunas veces, la naturaleza de dos lados es crítica para el análisis. Otras veces es un aspecto interesante de la industria que debe ser considerado, pero no es en última instancia determinante. En otros casos, una industria puede tener aspectos de dos lados que son demasiado insignificantes para ser relevantes.³²

En una plataforma de televisión radiodifundida el total de los costos son pagados por los anunciantes y la audiencia "paga" sólo observando la publicidad. Al contrario, en una red de televisión restringida la audiencia paga la mayoría de los costos directamente y el proveedor de STAR tiene menos incentivos a traer a incorporar a los anunciantes a contribuir a los costos.

De esta forma, si bien cualitativamente un proveedor de STAR puede ser calificado como una plataforma de dos lados, el análisis de un solo lado no altera las conclusiones sobre la existencia de PSM de GTV.

Si bien el DP no afirma que el mercado de publicidad sea competitivo, ni afirma que GTV no tenga PSM en dicho mercado, cualquiera que sea su dimensión producto y geográfica, es de señalarse que, al declarar a GTV con PSM en la prestación de STAR, eso implica que el ejercicio de dicho poder podría tener efectos en otros mercados, situación que se deberá tomar en cuenta si llega el momento de establecer medidas correctivas.

En el caso objeto del DP, la AI presentó elementos que justifican la exclusión del mercado de publicidad del análisis para determinar la existencia de un agente económico con PSM en el mercado de la provisión del STAR. Primero ilustró la naturaleza de dos lados del STAR al señalar que las demandas de los dos tipos clientes que participan en el STAR son interdependientes ya que *"el valor que los anunciantes obtienen de los espacios publicitarios, aumenta con el número de televidentes (nivel de audiencia) (...). Por otro lado, los televidentes obtienen un valor de la programación diseñada y transmitida en las señales que oferta un proveedor del STAR"*. Posteriormente, y considerando la relevancia de los ingresos por publicidad de los proveedores del STAR respecto a sus ingresos totales y otros elementos, concluyó que podía

³² Como mera referencia, el destacado economista Evans, S. David se ha pronunciado en este mismo sentido. Cfr. *"Two-sided platforms and analysis of single firm conduct"*, 2006. Disponible en: <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Courses/StratTech09/Lectures/TwoSided/evans-two-sided-platforms.pdf>

centrarse únicamente en el "mercado correspondiente al de los televidentes que demandan el STAR".

Respecto a las manifestaciones realizadas por el IDIP con relación al voto particular emitido por la Comisionada María Elena Estavillo Flores en la Resolución del Aviso de Concentración, es preciso señalar que, en términos de lo establecido por el artículo 18 de la LFCE, los Comisionados integrantes del Pleno tienen la obligación de deliberar y decidir los asuntos que se someten a su consideración por mayoría de votos (salvo las excepciones que existan), lo cual significa que puede haber disparidad en la discusión y votación de los asuntos.

En dicho contexto y sin desdeñar la aportación de la Comisionada María Elena Estavillo, dicha manifestación únicamente tiene como objeto reflejar sus consideraciones personales en relación con el criterio del resto de los Comisionados ante los cuales fue sometido a discusión un asunto en particular.

Además de lo anterior, es pertinente puntualizar que el voto particular de la Comisionada María Elena Estavillo refleja el ejercicio de un derecho para pronunciarse, en lo particular y en sentido contrario en la votación en la que se resolvió un asunto determinado, en el que a su vez expuso los motivos por los que no compartió la decisión de la mayoría.³³

Ahora bien, por lo que hace al análisis realizado en la Resolución del Aviso de Concentración, en el cual se hizo referencia al incremento de ingresos que ha reportado GTV por conceptos de publicidad como una actividad en crecimiento, estaba dirigido a determinar los efectos de la concentración en los mercados de telefonía fija, internet de banda ancha (servicio fijo de datos), interconexión, enlaces dedicados y televisión y audio restringidos, cinco de los siete servicios en el sector de telecomunicaciones en los que se había determinado al AEPST y en los cuales coincidían GTV y Cablecom.

³³ Sirve de sustento a lo anterior por analogía el siguiente criterio jurisprudencial. "**SENTENCIAS DICTADAS POR LAS SALAS REGIONALES DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. EL REQUISITO DE VALIDEZ CONSISTENTE EN QUE LAS FIRMAN TODOS LOS MAGISTRADOS QUE LAS PRONUNCIEN SE COLMA, EN LOS CASOS EN QUE SE EMITAN POR MAYORÍA, CON LA FIRMA QUE CALZA EL VOTO PARTICULAR DEL DISIDENTE.** Conforme al artículo 219 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo -ante la falta de regulación expresa en esta norma especial-, las resoluciones dictadas por las Salas Regionales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa deben firmarlas todos los Magistrados que las pronuncien y autorizarlas el Secretario de Acuerdos correspondiente. Ahora bien, la formalidad mencionada se colma, en los casos en que el fallo se emita por mayoría, si el disidente ejerce su facultad de formular voto particular, pues si bien éste no forma parte de la sentencia relativa ni resultan vinculantes sus consideraciones, lo cierto es que a través de él exterioriza su participación en la solución del asunto en sentido negativo, exponiendo los motivos por los que no comparte la decisión de la mayoría y, en su caso, la propuesta alternativa que él habría adoptado, por lo que es evidente que la firma que calza el aludido voto cumple con la función de autorizar el fallo mayoritario, aunque no lo comparta por los motivos que sustentan su voto." Tesis: 2a./J. 11/2011 (10a.); Registro: 2000033; Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 4; Materia(s): Administrativa; Página: 3133. (Énfasis añadido)

Así, por lo que se refiere a los efectos de la concentración en el mercado de televisión restringida, como un mercado de dos lados, en dicho acuerdo se determinó que, si bien era cierto que la concentración generaba efectos contrarios a la competencia, dichos efectos eran contrarrestados con los efectos positivos que se generarían en la prestación de los servicios analizados; por lo tanto, el señalamiento realizado por este Instituto en el que se puntualizó que los ingresos obtenidos por GTV por la comercialización de espacios publicitarios, tuvo como objeto contrastar los efectos de la concentración en el servicio de televisión restringida como un mercado de dos lados.

Dicha situación no fue soslayada en el Dictamen Preliminar, sino que el análisis efectuado en el expediente UCE/AVC-001-2014, no puede ser aplicado de manera análoga al procedimiento especial que nos ocupa, toda vez que en el primero se busca determinar si una concentración tendrá efectos positivos o negativos en proceso de competencia y libre concurrencia, y en caso de que tenga efectos negativos y que éstos no puedan ser contrarrestados con eficiencias netas a los usuarios finales de los servicios involucrados en dicha concentración, entonces tendrá que ser sancionada. Dicha situación es distinta al análisis que se realiza para determinar que un agente económico tiene o adquiere poder sustancial, en el cual tampoco se toman en consideración las ganancias en eficiencia que se generaron en el procedimiento que le precede al procedimiento que nos ocupa, ni la posible comisión de prácticas anticompetitivas por parte de los agentes económicos sujetos a ser determinados con poder sustancial.

De esta manera, las consideraciones contenidas en el Dictamen Preliminar respecto del poder sustancial de GTV en los 99 (noventa y nueve) mercados relevantes determinados no se ven afectadas, pues simplemente se dijo que en el negocio de venta de espacios publicitarios del STAR no representa un elemento primordial del negocio. Lo anterior no significa que el poder sustancial de GTV no tenga efectos en la venta de espacios publicitarios, ya que como se dijo, ambos lados del mercado del STAR son interdependientes. En este sentido, hay que recordar que el objeto de este procedimiento es determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en el mercado del STAR. Si bien la venta de espacios publicitarios para su transmisión en señales del STAR podría ser considerado en términos de la LFCE y las DRLFCE como un mercado relacionado al de la provisión del STAR para efectos de este procedimiento, la determinación de que en éste último mercado existe un agente con PSM requiere que el mismo sea analizado como un mercado relevante y por lo tanto sujeto a una investigación en términos de los artículos 58, 59 y 96 de la LFCE, aunado a que dicha investigación, tendría que incluir el análisis de la televisión radiodifundida, entre otros servicios.

Es decir, la determinación de que en la provisión del STAR existe un agente con PSM no impide que la autoridad en materia de competencia para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión pueda efectuar una investigación que permita determinar si en el mercado de venta de espacios publicitarios para su transmisión en señales del STAR existe un agente con PSM.

Llama la atención de esta autoridad que el IDIP demostró tener interés en el asunto en su calidad de usuario directo del STAR, señalando en su escrito de manifestaciones lo siguiente: "(...) En efecto, en calidad de usuario, (el IDIP) está interesad(o) en que el servicio que probablemente se sujete a condiciones fácticas y jurídicas específicas se preste en el mercado de condiciones de competencia y libre concurrencia, condición que precisamente se ventila y decidirá en este procedimiento";³⁴ sin embargo, el IDIP se pronuncia con relación a un mercado del cual no es usuario. Es decir, el IDIP en su calidad de usuario del STAR busca que esta autoridad se pronuncie con relación al mercado de publicidad en el cual no es un agente económico usuario o consumidor directo.

Finalmente, las manifestaciones que realiza el IDIP con relación a la regulación y trato para GTV como agente económico con poder sustancial en los Mercados Relevantes del Dictamen Preliminar, se indica que el procedimiento que nos ocupa no tiene como finalidad imponer medidas a ningún agente económico, sino determinar la existencia o no de poder sustancial, por lo que ésta no es la vía en la que se pueden considerar estas manifestaciones. Se remite al IDIP al capítulo, "IV. MANIFESTACIONES", "5. Cofresa", "5.3. GTV tiene la capacidad de perpetuar su poder sustancial en el servicio de televisión restringida a partir de su posición en otros mercados, por lo que el IFT debe mitigar los efectos anticompetitivos en tales mercados", y "iv. Medidas de regulación asimétrica para mitigar los incentivos de GTV de desplazar a sus competidores en los mercados de televisión restringida", de la presente resolución, donde se abordaran las manifestaciones de Cofresa con relación a la imposición de medidas asimétricas a GTV y donde se precisó que el procedimiento que nos ocupa únicamente tiene como por objeto determinar agentes económicos con poder sustancial y no la imposición de regulación asimétrica, que en todo caso, es materia de otro procedimiento.

2. Manifestaciones de Axtel

Las manifestaciones de Axtel están dirigidas a evidenciar que concentración de GTV y Cablecom avizora el posicionamiento de un agente dominante en la industria, específicamente en el mercado de televisión y audio restringidos, poniendo en riesgo el proceso de competencia y libre concurrencia en el sector;³⁵

Derivado de la concentración entre "GTV" y Cablecom, el Instituto procedió de conformidad con la LFTR, a investigar los efectos en materia de competencia económica que generaría la transacción entre agentes involucrados. Para tal efecto, los elementos considerados por el IFT, permiten definir atinadamente, los mercados relevantes por cuanto quedan explícitamente determinadas la dimensión geográfica, de producto y temporal del servicio de televisión y audio restringidos.

En el área geográfica materia de estudio del Dictamen Preliminar, se contemplan ciento dos municipios que conforman noventa y nueve mercados relevantes, en donde se analizó el STAR. De los ciento dos municipios, "GTV" y Cablecom coinciden en cien, de los cuales

³⁴ Folio 14163 del Expediente.

³⁵ Folios 14536 a 14546 del Expediente.

en cincuenta y dos "GTV" es el principal proveedor y Cablecom lo es en cuarenta y tres. "GTV" cuenta con la provisión del servicio mediante varias tecnologías (cableado coaxial, fibra óptica, satélite) que lo posicionan en una ventaja competitiva frente a los demás proveedores existentes en dichos mercados relevantes.

Tal escisión del mercado se adecua al estándar internacional y hace patente el hecho de que en las municipalidades o unidades mínimas geográficas, las empresas se ciñen a una oferta particular de servicios. En el caso que ocupa la investigación por parte del IFT, las empresas que forman parte del GIE evidencian pocas o nulas restricciones competitivas; esto es, que tienen la capacidad discrecional de restringir o saturar la oferta de contenidos audiovisuales, imponer precios por encima del nivel competitivo, sin que los suscriptores puedan acceder a un oferente inmediato distinto.

Por otra parte, los proveedores del STAR obtienen ingresos principalmente por dos fuentes: el pago que reciben por suscriptores o usuarios finales, y la venta de espacios publicitarios a los anunciantes. Esta última fuente de ingresos mencionada posiciona a "GTV" como un operador que goza de ventajas estratégicas frente a otros, debido a que operadores como Axtel no cuentan con la plataforma "Add Insertion" para poder vender espacios publicitarios en sus canales, por lo que, operadores distintos al incumbente, prescinden de ingresos adicionales y "GTV", en su posición dominante, erige barreras contractuales y estructurales a la entrada de otros competidores mediante la inversión en infraestructura, expansión de su red o mejora en la calidad de insumos intermedios, mismos que se obtienen como resultado de desplazar e impedir sustancialmente al resto de operadores y no por una eficiencia productiva y dinámica.

Respecto a las manifestaciones de Axtel con relación a los ingresos que obtiene GTV por venta de espacios publicitarios y la ventaja estratégica que esto le otorga, se señala en el capítulo "III.4.1.3. Comercialización de publicidad" del Dictamen Preliminar,³⁶ que el STAR se configura como un mercado de dos lados, en el que existen dos grupos de clientes, los televidentes y los anunciantes. Los anunciantes obtienen valor de los espacios publicitarios, pues así logran transmitir su información publicitaria a un mayor número de posibles compradores de sus productos o servicios, mientras que los televidentes obtienen un valor de la programación transmitida en las señales del STAR.

No obstante, como también quedó señalado con anterioridad, al dar respuesta a las manifestaciones del IDIP, en el Dictamen Preliminar se argumenta que el análisis debía centrarse en el lado del mercado correspondiente al de los televidentes que demandan el STAR, pues los ingresos que se obtienen de la venta de espacios publicitarios son poco significativos, siendo que la mayor fuente de ingresos de los proveedores del STAR, son los generados por las suscripciones, con lo que la venta de publicidad no representa un elemento primordial del negocio.

En ese sentido, las manifestaciones de Axtel están enfocadas a conocer la relevancia de la comercialización de publicidad para definir los mercados relevantes analizados y en su caso, otros que pudieran encontrarse relacionados. Sin embargo, el análisis efectuado en el Dictamen Preliminar de ninguna forma pretendió dilucidar los efectos que tiene la comercialización de publicidad en los mercados relevantes y si estos efectos derivan en una conducta anticompetitiva por parte de algún agente económico, en contra de los mercados analizados en el Dictamen Preliminar, pues esto no sustenta ni apoya la finalidad del procedimiento que nos ocupa, que es determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en el STAR.

En todo caso, si algún agente económico cumple los supuestos que establecen los artículos 54, 55, 56, 58 y 59 de la LFCE, y se encuentra haciendo uso indebido de su poder sustancial en un determinado mercado relevante con el objeto o efecto de desplazar indebidamente a un competidor, no es materia del procedimiento especial que nos ocupa, dado que tales circunstancias deben ser analizadas de conformidad con el Capítulo Único, Título I, Libro Tercero, de la LFCE.

El marco jurídico del procedimiento especial para resolver condiciones de mercado, mediante el cual el Instituto puede resolver u opinar sobre cuestiones de existencia de poder sustancial, no prevé la obligación por parte de la autoridad de comprobar o investigar conductas anticompetitivas, por esta razón no es posible considerar, como señala Axtel, si es que a través de la venta de publicidad "GTV" desplaza ilegalmente a sus competidores para acreditar la existencia de un agente económico con poder sustancial.

Por otro lado, en cuanto a la conclusión de Axtel, la comercialización de publicidad sí fue analizada en el Dictamen Preliminar como una barrera a la entrada en el capítulo "III.5.3.4. La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos."³⁷

"Un nuevo prestador del STAR requiere invertir en publicidad a fin de alcanzar una masa crítica de suscriptores que le permita lograr viabilidad económica. (...) Por tal razón, la inversión en publicidad es necesaria para que la empresa informe a los consumidores sobre su servicio."³⁸

La inversión en publicidad es un costo hundido, pues al decidir salir del mercado, este costo no es recuperable. (...)"³⁹

Con base en la evidencia del gráfico anterior, una empresa que pretenda ingresar al mercado del STAR Incurrirá en altos niveles de inversión en publicidad al momento de su ingreso (...) Este elemento y la característica de un costo hundido, indican que la inversión en publicidad constituye una barrera a la entrada."⁴⁰

³⁷ Página 177 del Dictamen Preliminar. Folio 13869 del Expediente.
³⁸ Páginas 177 y 178 del Dictamen Preliminar. Folio 13869 del Expediente.
³⁹ Página 178 del Dictamen Preliminar. Folio 13869 del Expediente.
⁴⁰ Página 179 del Dictamen Preliminar. Folio 13869 del Expediente.

Resulta innecesario realizar mayores pronunciamientos en cuanto a dichas manifestaciones dado que lo referido por Axtel con relación a la comercialización de publicidad como barrera a la entrada sí fue analizado en el Dictamen Preliminar y que la existencia de desplazamientos indebidos por uso de poder sustancial no es materia del presente procedimiento. Así, Axtel no aporta mayores elementos de conformidad con el artículo 60, fracción III, de las DRLFCE, para que esta autoridad pueda resolver sobre condiciones de mercado.

Axtel también manifestó lo siguiente:

En los aspectos normativos, "GTV" y Cablecom cuentan con el respectivo título de concesión necesario para la provisión del STAR, la concesión única y la concesión para explotar las bandas de frecuencia para el sistema satelital, por lo que la sustitución por el lado de la demanda llevaría a los usuarios a adquirir el servicio con el mismo proveedor. Esta aseveración se sustenta en el hecho de que los operadores sujetos a la concentración, cuentan con una robusta red y diversas tecnologías de entrega.

"GTV", para deslindarse de ser un agente económico preponderante, aduce que los STAR tienen otros sustitutos, como los OTT, que le permiten acceder al usuario a contenidos audiovisuales por medio de Internet en tres categorías:

- a) Transaccional: a través de un catálogo.
- b) Por suscripción.
- c) Respaldados por publicidad.

Por el lado de la demanda, la diferencia principal entre los OTT y los STAR estriba en que los primeros se transmiten por un diferente medio de acceso, ya que requieren forzosamente de una conexión a Internet de banda ancha y un dispositivo para transmitirlo (teléfono, tableta, computadora, Smart tv). Sin embargo, la calidad del servicio de los OTT están determinados y delimitados por la conexión a Internet, por tanto, los servicios ofrecidos por STAR y los contenidos OTT no son sustitutos.

El mercado relevante, por el lado de la demanda, identificado en el Dictamen Preliminar, atiende al marco estándar en economía relativo a los tipos de servicios sustitutos. En estricto sentido, los servicios de televisión y audio restringidos provistos por los concesionarios, no tienen sustitutos, incluyendo los servicios ofrecidos bajo contenidos OTT; los cuales, requieren tecnología específica y medios complementarios para el consumo final del servicio. En adición a ello, la oferta de este tipo de contenidos obedece a otro tipo de demanda de los suscriptores.

Otro hecho económico, inherente al proceso de concentración, radica en que las empresas objeto de la fusión poseen bajos costos fijos y/o variables, que permiten el despliegue de sus redes, gracias a las ventajas estratégicas. Por ejemplo, una ventaja adicional es que las empresas ostentan una barrera legal a la entrada producto de la concesión *ex ante* que gozan. Además, no requiere de grandes inversiones en publicidad, ya que su posición en el mercado le permite generar publicidad con costos marginales

ínfimos, mediante la transmisión de canales radiodifundidos de lo que "GTV" es concesionario.

Dada la concentración, y analizando que en los noventa y nueve mercados relevantes en los que coinciden "GTV" y Cablecom, no existen tantos operadores competitivos o disruptivos del STAR; esta ausencia prolongada de competidores podría mantener niveles elevados de concentración, ya que es poco probable que algún otro operador pueda llegar a instalar una red y/o ingresar al mercado a ofrecer servicios con las barreras a la entrada que se han indicado anteriormente.

Asimismo, "GTV" puede limitar el acceso a los insumos, como lo son los contenidos que produce, ofreciéndolos a un alto costo, confiriéndole una ventaja ulterior y superior para acceder a dichos insumos, ello en virtud de su posición dominante en el mercado que tendría después de la concentración.

Al respecto se señala que tal y como se desprende del Dictamen Preliminar, la determinación de los mercados relevantes se realizó utilizando los criterios establecidos en el artículo 58 de la LFCE. Dentro de este análisis se estudiaron las posibilidades de sustituir el STAR, considerando alternativas tecnológicas, la medida en que los consumidores cuentan con servicios sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución.

En la sección "III.4.2.1. Sustitución entre los servicios de televisión y audio restringidos provistos a través de distintas tecnologías de transmisión",⁴¹ se analizó la sustitución entre el STAR prestado a través de distintas tecnologías de transmisión. Posteriormente, en la sección "III.4.2.2 Sustitución entre el STAR y otros servicios que permiten el acceso a contenidos audiovisuales",⁴² se discute la posible sustitución entre el STAR y otros servicios finales.

Como conclusión de lo anterior, la Autoridad Investigadora determinó que los concesionarios, sin importar el medio de transmisión que utilicen para la prestación del servicio, se consideran sustitutos desde la perspectiva del usuario final y por tanto pertenecen al mismo mercado relevante. Asimismo, la Autoridad Investigadora determinó que no obstante la existencia de características similares entre los OTT y el STAR, la diferencia de características en conjunto le llevan a concluir que los servicios en cuestión actualmente no son sustitutos.

Por otro lado, en cuanto a que GTV ostenta barreras a la entrada tanto legales, producto de la concesión que goza, como por su posición en el mercado que le permite generar publicidad con costos marginales ínfimos y de limitación al acceso a los contenidos que produce que son insumos para otros operadores, se señala lo siguiente.

Dicha manifestación es general, gratuita y abstracta, ya que se encuentra basada en una afirmación que carece de argumento lógico-jurídico y/o económico para sostener su dicho, ya que Axtel omite formular mayores pronunciamientos y/u ofrecer algún medio de convicción para acreditar su dicho. En este sentido, si bien el artículo 96, fracción VI, de la

⁴¹ Página 58 del Dictamen Preliminar. Folio 13809 del Expediente.

⁴² Página 79 del Dictamen Preliminar. Folio 13820 del Expediente.

LFCE, permite a los agentes económicos con interés en el asunto formular manifestaciones y ofrecer pruebas con relación al Dictamen Preliminar, ello no implica que dichos agentes económicos se limiten a realizar afirmaciones sin fundamento.

No obstante lo anterior, en el capítulo "III.5.3.3 La necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad Intelectual e Industrial",⁴³ se analizó la necesidad que tienen los concesionarios de obtener una concesión por parte del Instituto para entrar al mercado del STAR y se concluyó que este requisito no significa una barrera a la entrada insalvable. Asimismo, en el capítulo "III.5.5.1. Acceso a contenidos",⁴⁴ del Dictamen Preliminar, se analizó la condición de los agentes económicos como proveedores y compradores de contenidos y se concluyó que esta condición confiere una ventaja superior para acceder a los contenidos que produce. Por tanto, las manifestaciones de Axtel en realidad no aportan mayores elementos de conformidad con el artículo 60, fracción IV, de las DRLFCE, para que esta autoridad pueda resolver sobre condiciones de mercado.

Por último, Axtel concluye que:

La concentración de las empresas en comento, avizora el posicionamiento de un agente dominante en el mercado de televisión y audio restringidos. Poniendo en riesgo el proceso de competencia y libre concurrencia del sector, por lo cual, se insta al IFT, actúe desde el ámbito de su competencia con medidas regulatorias que permitan el funcionamiento eficiente del mercado, garanticen la competencia efectiva y eviten se afecte a la competencia y a la libre concurrencia.

Con el objeto de esclarecer el impacto en el mercado relevante de televisión y audio restringidos, Axtel formuló un modelo econométrico consistente con las pruebas estadísticas convencionales. Supuestamente se toma como marco de referencia datos de Pyramid Research, para el periodo comprendido entre dos mil nueve y dos mil dieciocho.

En dicho modelo Axtel refleja una asociación negativa entre la tasa de crecimiento de la penetración en la TV de paga y la cuota de mercado de "GTV". Los resultados arrojaron, con un nivel de significancia estadística del cinco por ciento, que por cada punto porcentual en que se incrementa la participación de "GTV" en el mercado de TV de paga, la tasa de penetración en el mercado disminuye en cero punto cuarenta y cuatro puntos porcentuales. Lo anterior, pone de manifiesto que, independientemente de las prácticas anticompetitivas que hubiese realizado "GTV" *ex-ante*, el simple aumento de la participación de esta empresa actúa en detrimento de la competencia y libre concurrencia, al disminuir la tasa de penetración del mercado de televisión y audio restringido.

⁴³ Página 176 del Dictamen Preliminar. Folio 13868 del Expediente.

⁴⁴ Página 191 del Dictamen Preliminar folio 13876 del Expediente.

Se considera que el análisis del IFT debe nutrirse de los precios observados a nivel competitivo (precio = a costo marginal) y no a los precios actuales (costo marginal + *mark-up*), ya que al utilizar los precios actuales se parte del supuesto de que el mercado opera en equilibrio, cuando puede no ser así. A los precios actuales debe descontarse el *mark-up* típico, de lo contrario, se estarían comparando precios entre servicios que no guardan relación, lo cual resultaría en una definición demasiado amplia del mercado que diluye el poder sustancial efectivo en el mercado relevante de los servicios de televisión de paga y audio restringidos.

Lo anterior, con el propósito de efectuar un diagnóstico adecuado a las condiciones de mercado y eliminar la probabilidad de arribar a deducciones erróneas conocidas en la literatura como: "*Cellophane Fallacy*" / "*Paradoja del Celofán*".

Un punto adicional a considerar es que los índices de Concentración y Dominancia proveen información loable acerca de la dinámica de competencia por cantidades entre los operadores, no así, cuando las empresas compiten en precios. Por ello, Axtel sugiere también se realice un análisis de la estrategia de precios observada por las empresas involucradas en el mercado relevante.

En definitiva, la concentración de las empresas en comento, avizora el posicionamiento de un agente dominante en la industria y, específicamente, en el mercado de televisión y audio restringidos. Dicha concentración pone en riesgo el proceso de competencia y libre concurrencia en el sector, por lo cual, se insta atentamente al IFT, actúe desde el ámbito de su competencia con medidas regulatorias que permitan el funcionamiento eficiente del mercado, garanticen la competencia efectiva y eviten que se afecte la competencia y la libre concurrencia de conformidad con lo dispuesto en la CPEUM y la LFTR.

Cuadro 1. Resultados de regresión por mínimos cuadrados generalizados

Variable dependiente: tasa de penetración en TV de paga

	Coefficients	Standard Error	t Stat	P-value	Lower 95%	Upper 95%
Intercept	0.660	0.124	5.322	0.002	0.356	0.963
GDP	0.00003	0.000	-7.730	0.000	0.000	0.000
Market Share	-0.446	0.216	-2.064	0.005	-0.975	0.083

Fuente: Elaboración propia con base en datos de Pyramid Research.

De los resultados del ejercicio econométrico que presenta Axtel concluye que "por cada punto porcentual en que se incrementa la participación de GTV en el mercado de TV de paga, la tasa de penetración de dicho mercado disminuye en 0.44 puntos porcentuales", lo que significa, según sus manifestaciones, que el aumento de la participación de mercado de GTV reduce la tasa de penetración del mercado de TV y audio restringido, en detrimento de la competencia y libre

conurrencia. Dichas conclusiones carecen de sustento y por tanto no son válidas por las siguientes razones:

- a) Las estimaciones realizadas utilizan datos de la fuente Pyramid Research que no fueron proporcionados a esta Autoridad y por tanto no es posible corroborar o validar dicha información, en cuanto a la frecuencia de las observaciones (mensual o anual) o su cobertura (nacional o a nivel de mercados relevantes municipales);
- b) Típicamente, el análisis empírico sobre la relación entre poder de mercado y estructura de mercado se basa en un modelo de competencia, donde existe un número grande de empresas competidoras, donde los costos de estas empresas son homogéneos y constantes, además de una nula diferenciación de productos; de la estimación presentada no se observa que se incorporen este tipo de variables para que los resultados reflejen de mejor manera las condiciones reales de competencia del STAR.
- c) Existe causalidad en ambos sentidos al menos entre la variable dependiente de tasa de penetración y la variable independiente de participación de mercado, lo que conduce al problema de endogeneidad. Este problema se caracteriza cuando la variable Y afecta a la variable X, y al mismo tiempo, la variable X afecta a Y; en este sentido es claro que la participación de mercado de GTV toma en cuenta el número total de suscriptores, mientras que la tasa de penetración de la TV de paga considera también el número total de suscriptores. Un problema adicional que se observa es que dado que las dos variables analizadas dependen del número total de suscriptores, ambas se determinan de manera simultánea y en términos econométricos esto abona al problema de endogeneidad. Ante esto, existen al menos dos procedimientos necesarios para eliminar problemas de endogeneidad y que no se observa que se hayan desarrollado: variables instrumentales y prueba de Hausman⁴⁵.

Axtel manifiesta que el análisis del Instituto debe nutrirse de los precios observados a nivel competitivo donde el precio es equivalente al costo marginal y no de los precios actuales donde existe un *mark-up* o diferencial entre el precio y el costo marginal que pueden no ser los precios de equilibrio y no se estarían comparando precios entre servicios que no guardan relación entre sí, lo que resultaría una definición amplia del mercado y la dilución del poder

⁴⁵ A) Variables instrumentales: Una metodología útil para probar la exogeneidad de las variables incluidas en el modelo econométrico es probar las condiciones ortogonales mediante el uso de Variables Instrumentales complementarias a las variables independientes incluidas en el modelo. El uso apropiado de las variables instrumentales minimiza el problema de endogeneidad al disminuir la influencia que tiene la variable dependiente sobre las variables independientes, de esta forma, la inclusión de variables instrumentales garantizan que los errores estimados sean aleatorios. B) Prueba de Hausman: Otra forma de corregir la endogeneidad es utilizar la prueba de Hausman en dos etapas, de esta forma en una primera regresión se evalúan las variables independientes, se obtienen los residuos estimados y después se introduce a la ecuación original los residuos de las variables analizadas como una nueva variable, una prueba de significancia de la variable de residuos nos da una prueba de exogeneidad. Ver ARELLANO, Manuel. "Panel Data Econometrics". Oxford University Press, Nueva York, 2003.

sustancial efectivo en el mercado relevante del STAR, eliminando la probabilidad de deducir un diagnóstico erróneo en lo que se conoce como la "Paradoja del Celofán". Dicha manifestación es confusa y no es posible derivar un argumento a valorar específico respecto a alguno de los elementos analizados en el Dictamen Preliminar. Suponiendo que lo que Axtel quiso decir es que para determinar el mercado relevante se debe partir de un análisis de los precios competitivos a fin de no definir un mercado relevante amplio,⁴⁶ se señala que en el capítulo "III.4 Mercado relevante" del Dictamen Preliminar se lleva a cabo un exhaustivo análisis de conformidad con el artículo 58 de la LFCE y se concluye que el mercado relevante es el del STAR y su dimensión geográfica es municipal.

Finalmente respecto a que los índices de concentración y de dominancia proveen información acerca de la dinámica de competencia por cantidades y no por precios, por lo que Axtel sugiere se realice un análisis de la estrategia de precios observada por las empresas involucradas en el mercado relevante, se señala que el capítulo "III.5.2 Capacidad para fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante", y particularmente, en el capítulo "III.5.2.2 Oferta de paquetes en los mercados relevantes (canales y precios)" del Dictamen Preliminar⁴⁷, se analizan de conformidad con el artículo 59 los precios de los paquetes de canales ofrecidos por los principales proveedores del STAR y se concluye que GTV adquiere con la compra de Cablecom mayor capacidad de oferta y diversificación de paquetes en términos del número de canales y precios;⁴⁸ GTV amplía principalmente su oferta de paquetes en el segmento de poder de compra medio, donde Cablecom concentra su oferta de paquetes; y Dish, al igual que otros operadores del STAR no pueden ejercer una presión competitiva sobre GTV porque ésta cuenta con una diversidad de paquetes que no podrían replicar sus competidores.⁴⁹

3. Manifestaciones de Pegaso

Las manifestaciones realizadas por Pegaso respecto del Dictamen Preliminar se encuentran dirigidas a solicitar la inclusión de un análisis respecto de diversos mercados, a efecto de determinar la existencia de poder sustancial en los mismos por parte de algún agente

⁴⁶ En la literatura de competencia económica se le conoce a este razonamiento como la "Falacia del Celofán". El antecedente general de la Falacia del Celofán proviene de Estados Unidos, donde la Suprema Corte de Justicia concluyó que Du Pont no tenía poder de mercado significativo y no violó la sección 2 del Sherman Act, ya que de acuerdo a las pruebas presentadas, existían una gran cantidad de bienes sustitutos para el Celofán. Sin embargo, durante algún tiempo se han realizado estudios para comprobar que, efectivamente, Du Pont tenía, y ejercía, el poder de mercado mediante el aumento de precios sostenido del Celofán, al aumentar el precio, automáticamente se convertía en sustituto de muchos otros productos que existían en el mercado. El error que cometió la Corte fue evaluar la elasticidad de la demanda en el equilibrio de monopolio y no hacerlo en el equilibrio competitivo, ya que en muchos casos, la elasticidad de la demanda en el equilibrio de monopolio es sustancialmente mayor, lo que lleva a una subestimación del poder de mercado debido a una incorrecta definición del mercado relevante, es decir, éste es muy amplio.

⁴⁷ Páginas 140 y 141 del Dictamen Preliminar. Folios 13850 y 13851 del Expediente.

⁴⁸ Página 152 del Dictamen Preliminar. Folio 13856 del Expediente.

⁴⁹ Página 163 del Dictamen Preliminar. Folio 13862 del Expediente.

económico. A continuación se presentan de manera sucinta las manifestaciones realizadas por Pegaso:

Tomando en cuenta que el conjunto de medidas de regulación asimétrica promulgadas por el IFT se refieren fundamentalmente a mercados mayoristas y que la experiencia internacional acredita que la regulación de estos mercados es fundamental para impulsar el desarrollo de la competencia efectiva en los mercados de menudeo, se solicita al Instituto que incluya el Mercado de Redes de Telecomunicaciones y sus mercados contenidos como lo son los mercados mayoristas de servicios de red que ofrecen servicios de infraestructura, acceso, transporte y conectividad dedicada de altas especificaciones a los proveedores de servicios de telecomunicaciones.

En particular, se solicita a ese Instituto que se incluyan y declaren los siguientes mercados:

El Mercado Nacional de Redes de Telecomunicaciones, que se refiere al mercado de redes de telecomunicaciones, medido a nivel nacional, en el que se presten los servicios de voz, datos y video, conforme a lo dispuesto en el penúltimo párrafo del Artículo Noveno Transitorio de la LFTR,

Dicho mercado nacional de redes de telecomunicaciones a su vez es el continente de otros mercados que lo integran.

Entre los mercados contenidos dentro del Mercado Nacional de Redes de Telecomunicaciones que se solicita se definan y se declaren, están los siguientes:

1. Acceso y Uso compartido de Infraestructura Pasiva, que comprende el arrendamiento de ductos, canalizaciones, fibra oscura, espacios de colocación, torres y postería, entre otros, que constituyen insumos necesarios para el despliegue y operación de otras redes de telecomunicaciones en competencia.

2. Acceso Local Fijo Mayorista, que comprende el arrendamiento físico del bucle de abonado (ya sea de cobre o fibra) hasta el domicilio del usuario o el nodo concentrador más cercano, así como nuevos productos de acceso virtual al usuario final que permiten una alta flexibilidad y control sobre la línea de acceso y el servicio de banda ancha que se ofrece a los usuarios finales.

3. Acceso Local Fijo Mayorista en Central para el mercado masivo, que comprende los servicios de acceso de datos de banda ancha a usuarios finales (Bitstream Access) que típicamente se ofrecen a nivel de centrales locales o regionales bajo estándares que permiten un control más limitado de la línea de acceso al usuario final y pueden ser utilizados para la provisión de servicios residenciales y comerciales con base en el mejor esfuerzo.

4. Acceso Fijo Mayorista de Altas Especificaciones, que comprende los enlaces dedicados de alta capacidad locales y de larga distancia para transporte en redes troncales y conectividad de grandes usuarios comerciales, así como nuevos servicios de acceso de datos de banda ancha de altas especificaciones para grandes usuarios.

Los mercados relevantes 1, 2 y 3 deben definirse a nivel nacional pero con la posibilidad de que el Instituto pueda hacer algunas excepciones a nivel local con base en la existencia de redes alternativas que eliminen el riesgo de que el operador más grande determine las condiciones de mercado. En el caso del mercado 4, el mercado debe definirse a nivel nacional, tanto por la naturaleza del servicio que incluye la prestación de servicios interurbanos como por el tipo de usuarios corporativos con presencia nacional que demandan los servicios relevantes.

Con relación a las manifestaciones anteriores, es necesario indicar que el procedimiento materia del Expediente se originó con motivo de la concentración realizada entre GTV y Cablecom, de conformidad con lo establecido en el quinto párrafo del Artículo Noveno Transitorio, iniciándose una investigación con la finalidad de determinar si derivado de la respectiva operación se generó poder sustancial en aquellos mercados relevantes en los que participan ambos agentes económicos, siempre y cuando dichos mercados pertenecieran al mercado de redes de telecomunicaciones que presten servicios de voz, datos o video a nivel nacional, estatal regional y/o local.

En virtud de lo anterior, y como fue debidamente señalado por la AI en el Dictamen Preliminar, el análisis en que éste se concentró correspondió únicamente a los mercados en que GTV y Cablecom coincidían en la prestación de servicios. Lo anterior como se desprende de la página 36 del Dictamen Preliminar, donde se precisa cuáles son los servicios de telecomunicaciones que prestaban ambas partes; información que a su vez es coincidente con lo señalado en la Resolución del Aviso de Concentración.

De la siguiente transcripción del Dictamen Preliminar se advierte cuáles fueron los servicios determinados como coincidentes entre GTV y Cablecom.

"D. Servicios involucrados en la transacción

Del análisis de la descripción de las partes, se concluye que GTV y Cablecom coinciden en la prestación de los siguientes servicios de telecomunicaciones:

- 1. Servicio de televisión y audio restringidos;*
- 2. Servicio de telefonía fija;*
- 3. Servicio de internet de banda ancha fija;*
- 4. Servicios de enlaces dedicados;*
- 5. Servicio de interconexión para terminación fija.⁵⁰*

En este sentido, toda vez que la génesis del procedimiento radicó en lo establecido por el Artículo Noveno Transitorio, la materia de investigación del procedimiento debió limitarse únicamente a los mercados coincidentes entre GTV y Cablecom, y no así a mercados

distintos, dado que la concentración llevada a cabo entre dichos agentes económicos no pudo tener repercusión alguna en mercados diversos a aquellos:

Así las cosas, no era exigible la realización de una investigación sobre mercados distintos a los señalados, pues resulta evidente que en ellos no se generaría poder sustancial por parte de GTV y Cablecom, en virtud de su nula participación en los mismos.

Al respecto, se advierte que las manifestaciones de Pegaso en cuanto a la inclusión de diversos mercados resultan gratuitas y genéricas, pues por una parte no explican de manera atinada cuál es el motivo para considerar que los mercados a que hace referencia en su escrito de manifestaciones debieron incluirse dentro de los mercados investigados, ni mucho menos acreditan de manera alguna la participación de GTV y Cablecom dentro de dichos mercados, y por ende, tampoco acreditan la coincidencia en los mismos.

Como se desprende de las páginas 217 a 233 del DP, la AI realizó un análisis de las posibles consecuencias que traería consigo la concentración respecto de diversos mercados adicionales al STAR, concluyendo que, por lo que hace a los servicios de Internet de banda ancha fija, telefonía fija y enlaces dedicados, resultaba poco probable que GTV poseyera la capacidad de fijar precios o restringir el abasto unilateralmente. Ello en virtud de la existencia de un competidor -AMX- con participaciones de mercado superiores a cincuenta por ciento en la mayoría de los municipios.

Por lo que respecta a la provisión de servicios de interconexión de terminación fija, la AI concluyó que no existe traslape horizontal entre las partes involucradas en la concentración, por lo que la operación no tiene efectos sobre la competencia, señalándose también que, a pesar de que GTV es el único que ofrecería el servicio en su red, la mayor presencia de AMX en términos de suscriptores, volúmenes de tráfico y red física, dificultan que GTV tenga poder de negociación ante dicho agente económico.

Derivado de lo anterior, en los resolutivos Segundo y Tercero del Dictamen Preliminar se determinó lo siguiente:

"SE DETERMINA

(...)

SEGUNDO.- Derivado de la concentración materia de la investigación, el grupo de interés económico señalado en el resolutive PRIMERO adquiere poder sustancial o lo incrementa, en 99 (noventa y nueve) mercados relevantes del servicio de televisión y audio restringidos, mismos que se enlistan a continuación:

(...)

TERCERO.- No existen elementos suficientes para determinar que derivado de la concentración materia de la investigación, el grupo de interés económico señalado en el resolutive PRIMERO adquiere poder sustancial en los mercados de provisión de servicios de telefonía fija, banda ancha, enlaces dedicados e interconexión para terminación fija."

(Énfasis añadido)

Como se observa, una vez que fueron analizados los mercados en que GTV y Cablecom coincidían en la prestación de servicios, se determinó que con motivo de la concentración, GTV adquiere poder sustancial o lo incrementa en noventa y nueve mercados relevantes del servicio de televisión y audio restringidos, y que no existieron elementos suficientes para determinar que derivado de la concentración materia de la investigación, GTV adquiera poder sustancial en los mercados de provisión de servicios de telefonía fija, banda ancha fija, enlaces dedicados e interconexión para terminación fija.

En ese sentido, queda claro que para el presente procedimiento no son materia de análisis los servicios a que se refiere Pegaso, en virtud de que no se observa que dichos servicios sean prestados por las partes involucradas en la concentración, es decir, por GTV o Cablecom. Por ende, no es posible acreditar la coincidencia en la prestación de los mismos, ni por lo que hace a la dimensión producto, ni en cuanto a la dimensión geográfica de los mercados relevantes propuestos.

Por último, y en concordancia con lo anterior, es de señalarse que las manifestaciones aducidas por Pegaso no están dirigidas a sustentar o desvirtuar los hechos previstos en el Dictamen Preliminar.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 60, fracción III, de las DRLFCE, para los efectos de la fracción VI del artículo 96 de la LFCE, los agentes económicos deberán referirse únicamente a los hechos expresados en el Dictamen Preliminar publicado en la página de Internet del Instituto y los datos relevantes publicados en el DOF. Sin embargo, las manifestaciones realizadas por Pegaso no cumplen con lo anterior.

No obstante, se señala que de conformidad con el artículo 96 de la LFCE, en el supuesto de que deba resolverse u opinar sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, respecto de los mercados que propone, existe la posibilidad de dar inicio al procedimiento a petición de parte afectada, siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el precepto señalado.

4. Manifestaciones de la Canitec

La Canitec realizó las siguientes manifestaciones respecto a que el mercado relevante materia del procedimiento fue definido de manera incorrecta debido a que no fueron considerados a los servicios OTT como sustitutos del STAR:

A efectos de poder responder adecuadamente a una situación de tanta importancia para nuestra industria, hemos efectuado consultadas (sic) a expertos cuyas opiniones aquí se acompañan.

Cabe hacer referencia en primer lugar a las opiniones de los expertos españoles Gaspar Ariño Ortiz y Juan Miguel de la Cuétara Martínez.

Específicamente, los expertos refieren que:

I. El IFT tiene la "necesidad" de promover desde la regulación el despliegue de redes fijas por el territorio mexicano, alternativas a la del preponderante, objetivo esencial para el desarrollo futuro del país.

II. Esta prioridad regulatoria no debe verse postergada por el gran desarrollo que han tenido en el país las redes celulares y la televisión por satélite, las cuales no deben inhibir el despliegue por el territorio de redes de cable modernas y multiservicio.

De conformidad con el artículo 60, fracción III, de las DRLFCE, para los efectos del artículo 96 de la LFCE, los agentes económicos que tienen interés en el asunto tramitado en el Expediente deben referirse a los hechos expresados en el Dictamen Preliminar sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en los mercados relevantes u otros términos análogos.

Las manifestaciones de la Canitec se encuentran orientadas a realizar recomendaciones sobre lo que, a su decir, debería ser materia regulatoria para el Instituto. En ese sentido, toda vez que dichas manifestaciones no desvirtúan ni sustentan los hechos previstos por el Dictamen Preliminar no son susceptibles de ser analizadas.

III. En el sector está ya declarado un operador preponderante, en proceso de cumplimiento de las medidas que le han sido impuestas. El análisis que se realice del mercado STAR no debe conducir a disposiciones que inhiban la efectividad de tales medidas.

Al respecto, cabe precisar que la Resolución de Preponderancia emitida por este Instituto, es de naturaleza distinta al procedimiento que nos ocupa, pues el impacto que, en su caso, pudiera o no tener la regulación asimétrica dirigida al agente económico con poder sustancial en los mercados relevantes materia del Dictamen Preliminar, atenderían a características específicas del(os) mercado(s) relevante(s) que se haya(n) determinado y no a las características generales del sector, ni de la participación que detenta el agente con poder sustancial de los mercados relevantes, en el sector.

No obstante lo anterior, se reitera que el procedimiento tramitado en el Expediente tiene como única finalidad determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial, sin que ello implique la imposición de regulación asimétrica al agente económico o GIE a quien se determinó con poder sustancial en el Dictamen Preliminar.

Si bien los artículos 28, párrafos décimo quinto y décimo sexto, de la CPEUM, y 15, fracción XX, de la LFTR facultan al Instituto para determinar agentes económicos con poder sustancial y regular asimétricamente a dichos agentes, lo cierto es que ello de ninguna manera puede implicar que el Instituto determinará agentes económicos con poder sustancial e imponer medidas en el mismo acto administrativo.

De esta forma, las manifestaciones realizadas por la Canitec no son susceptibles de ser analizadas, pues no se encuentran dirigidas a sostener o controvertir lo analizado en el Dictamen Preliminar.

iv. Los mismos expertos concluyeron que la declaración de poder sustancial no solo es un error regulatorio, sino que además no está justificada desde la técnica de competencia:

"Otra conclusión es que a nuestro entender, el nivel de competencia en los mercados audiovisuales, tanto en abierto como en acceso restringido, y tanto para la adquisición de los contenidos por los operadores como para su empaquetamiento en canales y oferta a los usuarios, es en México suficiente. En nuestra opinión, las presiones competitivas que soporta la operadora de satélite de GTV (Sky) no le permiten, ni a ella, ni al grupo, actuar con independencia de sus competidores, por lo que la declaración de poder sustancial no queda justificada. En concreto, la oferta de televisión de acceso restringido dispone en muchos casos de tres o cuatro operadores por área, en cada territorio. Ciertamente en algunos municipios solo hay dos, los dos satelitales, pero aun cuando solo operasen ellos, e incluso sólo uno, no tendría posibilidad de adquirir ninguna ventaja anticompetitiva, ya que el precio del servicio satelital se fija a nivel nacional, y enfrenta entonces igualmente la competencia del otro prestador satelital y de las cableras, no pudiendo modificar estrategias para un municipio en particular."

Los expertos a que se refiere la Canitec no mencionan elementos que permitan sostener su afirmación de que *"el nivel de competencia en los mercados audiovisuales (...) es suficiente"*. De hecho, no indica a qué se refiere con mercados audiovisuales, ni tampoco con *"competencia suficiente"*. En la práctica de la política de competencia, para determinar si existen o no condiciones de competencia se requiere de definir un mercado relevante y no referir, de manera genérica, un mercado, servicio, o cualquier otro término que refiere a una actividad económica en general.

Aparentemente los expertos referidos, consideran que es posible concluir que existe competencia en el *"mercado de televisión restringida"* considerando, casi exclusivamente, que hay dos proveedores de este servicio a través de medios satelitales, los cuales enfrentan también competencia de cableras locales. Sin embargo, este argumento omite que en varios mercados relevantes determinados en el DP, GTV también provee el STAR a través de cableras.

Cabe señalar que la determinación de la existencia de agentes económicos con PSM se efectúa con base en el artículo 59 de la LFCE. Debe observarse que las opiniones citadas por la Canitec no abordan ninguno de los elementos a considerar conforme al artículo referido.

v. También concluyeron que la declaración de poder sustancial carece de sentido desde el punto de vista regulatorio:

"En el marco de tales mercados de referencia, con gran competencia entre operadores y múltiples productos sustitutivos, no tiene mucho fundamento la declaración de poder sustancial de GTV, ni en el momento actual ni, sobre todo, a futuro. Hoy la declaración de poder sustancial, que el dictamen preliminar aplica al Grupo GTV, se sostiene básicamente sobre la actual situación de la televisión de pago por satélite, pero el satélite no es determinante estable de los mercados, como lo son las redes territoriales de cable. Como acredita lo ocurrido en México, donde ya existieron dos proveedores de satélite, la entrada y salida del sector es posible en cortos periodos de tiempo, lo que se opone a la declaración de poder sustancial, que ha de referirse a características sostenibles en el tiempo".

Los expertos a que refiere la Canitec señalan que la determinación de PSM se llevó a cabo considerando únicamente la situación del STAR provisto por medios satelitales. No obstante, omite que, conforme al Resolutivo Segundo del Dictamen Preliminar "(d)erivado de la concentración materia de la investigación, el grupo de interés económico (GTV) adquiere poder sustancial o lo incrementa, en 99 (noventa y nueve) mercados relevantes del servicio de televisión y audio restringidos (...)", y que el mercado relevante consiste, según la conclusión número 4 (cuatro) del mismo DP, en "la provisión del servicio de televisión y audio restringidos, a través de cualquier tecnología de transmisión, con una dimensión geográfica local, que para efectos del análisis, se definió como cada uno de los 102 (ciento dos) municipios donde participa Cablecom."

Los expertos que refiere la Canitec sostienen además que la entrada y salida del sector es posible en cortos periodos de tiempo, lo anterior considerando la entrada y salida de proveedores del STAR por medios satelitales. No obstante, en el análisis en materia de competencia económica las entradas anteriores de competidores, no es considerada determinante en sí misma. Ejemplos previos de entrada no necesariamente prueban que la entrada fue fácil, que fue significativa competitivamente, o que hace probable que vuelva a ocurrir.

Es decir, la sola afirmación de que la entrada de participantes en la provisión del STAR refleja la ausencia de barreras a la entrada en dicho mercado, es incorrecta. Debe notarse adicionalmente que la existencia o ausencia de barreras a la entrada no determina por sí mismo que exista un agente económico con PSM, pues tal determinación debe llevarse a cabo conforme al artículo 59 de la LFCE.

vi. Concluyeron también que el regulador debe advertir el proceso de cambio en el que se encuentra el mercado, incluyendo el valor sustitutivo que tienen los OTTs:

"Hay que mirar hacia el futuro y apreciar el profundo proceso de cambio que está sufriendo el sector de las telecomunicaciones audiovisuales, tanto en México (sic) como en todo el mundo. En primer término, cabe señalar la transición a la TDT y el apagón de las televisiones analógicas, que causará aumentos importantes en la oferta de televisión radiodifundida; en segundo lugar, la plena incorporación de la IPTV a la oferta televisiva, a través de la banda ancha fija y móvil (celular), que tienen un amplio recorrido de crecimiento en México. Y, por último, la presencia de otros servicios como el de OTT, video bajo demanda y otros, todos ellos conjuntamente sustitutos de los servicios convencionales del STAR; puede que aisladamente no lo sean, pero en su conjunto sí lo son y en breve plazo lo serán todavía más, a medida que avance el proceso de disgregación de las audiencias televisivas. El dictamen preliminar del IFT resulta excesivamente restrictivo en esta materia".

vii. Advirtieron que la declaración de poder sustancial no se condice con la dirección hacia donde (sic) va el mercado y el sector:

"Es probable que los operadores de cable hoy existentes acaben integrándose en un mercado de oferta de red fija disponible al público, en el que competirán con el operador hoy preponderante, TELMEX-GAM, y con otros operadores de nicho dotados de red propia -física o virtual-, en ámbitos limitados. Será un amplio mercado construido sobre plataformas "multiservicios" y "multimedia", del que la televisión de pago será sólo un segmento. Pues bien, es

claro que si existiese hoy algún poder sustancial en el mercado STAR -cosa que negamos por las razones ya dichas- se disolvería en el nuevo entorno como un azucarillo en el agua".

viii. Por último, indican qué debería hacer un regulador en estas circunstancias tan especiales:

"El panorama general resultante de la observación del STAR en este momento es el de una clara situación de transición y cambio, en este mercado y en los conexos. Los cambios son de una trascendencia tal que hacen aconsejable una posición prudente de "esperar y ver". En telecomunicaciones habrá que comprobar los resultados de la preponderancia recientemente declarada. A nuestro modo de ver, una declaración de poder sustancial en el mercado STAR en estos momentos resulta precipitada".

La opinión citada es contundente. El IFT debe emitir regulaciones que promuevan y protejan a las redes de cable. ¿Es consistente entonces declarar a GTV con poder sustancial en los mercados relevantes luego de haber realizado una importante inversión en la adquisición de la cablera Cablecom? Por supuesto que no. Si el IFT decide continuar con medidas como la de poder sustancial, ello solo redundará en un retraso de la industria, con el agente económico preponderante América Móvil como único beneficiario.

En ese sentido, el Instituto ha declarado que:

*"Por ende, corresponde a este Instituto promover y proteger las condiciones para que pueda ocurrir la competencia efectiva entre los sectores de telecomunicaciones, a la par de incentivar las inversiones que propicien el desarrollo eficiente de la infraestructura y los servicios en condiciones eficientes para la sociedad."*⁵¹

De conformidad con el artículo 60, fracción III, de las DRLFCE, para los efectos del artículo 96 de la LFCE, los agentes económicos que tienen interés en el asunto tramitado en el Expediente deben referirse a los hechos expresados en el Dictamen Preliminar sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en los mercados relevantes u otros términos análogos.

Las manifestaciones de la Canitec se encuentran orientadas a realizar recomendaciones sobre lo que, a su decir, debería ser materia regulatoria para el Instituto. En ese sentido, las manifestaciones de la Canitec carecen de elementos que sustenten sus dichos y no se refieren a argumentos o conclusiones previstos por el Dictamen Preliminar por lo que no son susceptibles de ser analizadas.

2) El mercado ha cambiado: los concesionarios de telecomunicaciones por cable nos enfrentamos a "Telmex" y a "Netflix".

Advertimos con sorpresa que el extracto del DOF y el Dictamen Preliminar evitan considerar la realidad actual del mercado. Un mal diagnóstico no puede conducir a un buen

⁵¹ Página 71 de la resolución del expediente UCE/AVC-001-2015.

resultado. ¿Cómo habrá de dictar el IFT regulaciones que promuevan el desarrollo de redes de cable de última generación si no sabe contra quién competimos?

Por empezar, el Dictamen omite, para nuestra absoluta sorpresa, cualquier consideración sobre la competencia que los concesionarios de telecomunicaciones por cable enfrentamos contra el grupo de interés económico Telmex/Dish, sobre todo frente a sus productos triple play.

La Canitec no advierte que el Dictamen Preliminar sí consideró a Dish en su análisis. La tabla 20,⁵² por ejemplo, muestra que la AI analizó las participaciones de mercado en términos de suscriptores de distintos concesionarios del STAR, entre ellos Dish.

Por otra parte, la Canitec señala que el DP no considera la evaluación de servicios triple play. Dicha manifestación pasa por alto el hecho de que el DP analiza en el apartado "III.4.2.2.4. *Empaquetamiento de los servicios de voz, datos y video*", como lo es el triple play, como posibles sustitutos del STAR. Al respecto concluye que distintos servicios empaquetados no son sustitutos del STAR.⁵³

Se trata de una lucha "despareja": Telmex cuenta con redes, clientes y fuerza comercial en cada punto del país, y Dish puede llegar a cualquier usuario sin mayor esfuerzo. No ocurre lo mismo con las empresas de cable, que deben invertir permanentemente en sus redes físicas para mantener y expandir el servicio.

El Dictamen Preliminar descarta a los OTT como sustitutos con base en las diferencias en la experiencia del usuario, cuando justamente esas experiencias están siendo apreciadas por los consumidores como superadoras de la televisión tradicional. Son justamente esas ventajas las que hacen de los OTTs un mejor sustituto, es decir, un "sustituto asimétrico" según se ha reconocido ampliamente en los regímenes de competencia avanzados.⁵⁴

Este tipo de sustitución indica que los consumidores de DTH y cable pasarían a OTT, porque los OTT ofrecen un servicio mejor, pero probablemente los usuarios de los OTT no quieran volver al esquema de programación preestablecido del DTH y el cable. Por consiguiente, los OTTs, como servicio superador, sí integran un mercado relevante junto al DTH y el cable, pues los sustituyen, pero no puede decirse lo mismo a la inversa, ya que el DTH y el cable no podrían sustituir a un OTT.

La Canitec omite que la determinación de que los OTTs y el STAR no son sustitutos consideró un conjunto de elementos entre los que se incluye las diferencias en calidad de los servicios en cuestión.

⁵² Página 124 del Dictamen Preliminar. Folio 13842 de Expediente.

⁵³ Páginas 101 a 107 del Dictamen Preliminar. Folios 13831 a 13834 del Expediente.

⁵⁴ Cfr. Alistair Lindsay y Alison Berridge, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet & Maxwell, forth edition, 2012, p. 163.

La conclusión de que los OTTs y STAR no son sustitutos no se basa únicamente en el hecho de que la calidad de los servicios OTT actualmente difiere de la de los STAR, sino que considera otros elementos. El Dictamen Preliminar, llevó cabo el análisis de sustitución entre los STAR y los OTT,⁵⁵ evaluando similitudes y diferencias, incluyendo las características de transmisión, costo, velocidad, disponibilidad calidad de transmisión, formas de comercialización y contratación, tipos de contenidos oferta de contenidos, entre otros. Las anteriores son características del servicio que determinan la sustitución desde el punto de vista de la oferta y demanda.

Cabe señalar que, incluso si se considerara que existe una relación de sustitución asimétrica entre OTTs y STAR, esto sería suficiente para considerar que ambos servicios pertenecen a mercados relevantes distintos.⁵⁶

Continúan las manifestaciones de Canitec en el siguiente sentido:

Sobre este punto, es ilustrativa la opinión del Dr. Cabanellas:

"Cabe analizar si los llamados servicios OTT -"Over the top"- pueden considerarse como participando del mismo mercado de los servicios STAR -Servicios de Televisión y Audio Restringidos, examinados en el apartado 7, supra-, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el apartado 9, supra.

Los servicios OTT permiten al usuario acceder a contenido audiovisual a través de Internet. Desde el punto de vista de la demanda, presentan un alto grado de sustituibilidad con los servicios STAR. El interés de los consumidores por acceder a cierto contenido se ve satisfecho a través de los STAR "tradicionales", como a través de Internet. Ello es particularmente el caso a través de la mejora técnica que han experimentado la calidad y continuidad de las imágenes y sonidos, en los últimos años, respecto de la transmisión de contenidos por vía de Internet. (...)"

Estas manifestaciones sugieren que basta con que exista cierto grado de equivalencia funcional para determinar que dos productos o servicios son sustitutos. El concepto de sustitución para fines de determinar mercado relevante, requiere que los consumidores realicen la sustitución en cantidades suficientes ante un incremento significativo de precios, de forma que dicha sustitución se convierta en una restricción competitiva. Alternativamente, conforme al criterio de intercambiabilidad y equivalencia funcional, además de identificar características de funcionalidad similares, deben analizarse posibles obstáculos y costos que impidan el desplazamiento de la demanda de un servicio a otro.

⁵⁵ Páginas 58 a 122 del Dictamen Preliminar. Folios 13809 a 13841 del Expediente.

⁵⁶ Esta conclusión es consistente con criterios adoptados en otras jurisdicciones, principalmente en Europa. Ver OECD (2014). Defining the relevant market in telecommunications, p. 24. Versión en Inglés disponible en: http://www.oecd.org/daf/competition/Defining_Relevant_Market_in_Telecommunications_web.pdf

En contraste con las citas presentadas por la Canitec, el DP muestra un conjunto de elementos que pueden constituirse como obstáculos o costos para el desplazamiento de la demanda de STAR por OTTs:

"En parte, el ingreso tardío del servicio OTT y las limitantes para su desarrollo actual, están asociados a la penetración y calidad del servicio de Internet en México, las cuales además varían sustancialmente entre las distintas regiones del país."⁵⁷

Por lo anterior, las manifestaciones de la Canitec son insuficientes para desvirtuar la determinación de mercado relevante contenida en el DP.

"(...)"

Desde el punto de vista de la oferta, los servicios OTT presentan un costo suficientemente bajo como para que los proveedores de esos servicios cobren, en forma persistente, precios que sean atractivos para los consumidores, generando así una transferencia de su demanda de servicios STAR a servicios OTT.

"(...)"

Las manifestaciones son poco precisas. Se entiende que para los proveedores del STAR, la provisión de OTTs tiene un costo relativamente bajo. En todo caso, la Canitec no provee elemento de convicción alguno que sustente su dicho, ni tampoco argumenta cómo esto modifica la determinación de mercado relevante contenida en el DP.

"(...)"

Por lo tanto, en principio están dadas las condiciones para concluir que los servicios OTT forman parte del mismo mercado que los servicios STAR. Ciertas objeciones que se han planteado respecto de tal conclusión son insuficientes para alterar el resultado indicado.

En primer lugar, se ha indicado que los servicios OTT utilizan elementos técnicos distintos a los empleados en los servicios STAR, para la prestación de esos servicios. Pero ese argumento es insuficiente, pues lo determinante es si, con la tecnología correspondiente, los servicios OTT son suficientemente económicos para ser prestados a precios que atraigan la demanda de servicios STAR, a lo cual debe darse una respuesta afirmativa.

"(...)"

Como se ha indicado con anterioridad, los elementos de análisis referidos por la Canitec son insuficientes para desvirtuar la determinación de mercado relevante contenida en el DP.

El criterio de la Canitec conforme al cual determina que los OTTs son sustitutos del STAR es únicamente si los precios de los primeros son menores a los de los últimos de manera que atraigan la demanda. No obstante este criterio es incorrecto.

⁵⁷ Página 95 del Dictamen Preliminar. Folio 13828 del Expediente.

El análisis de sustitución, a efectos de determinar si dos bienes o servicios pertenecen a un mismo mercado relevante, no se basa en la observación de un precio menor de un servicio en relación con otro que, aparentemente tiene características similares. El análisis de sustitución no sólo requiere, que la elasticidad de sustitución sea positiva (que ante un aumento del precio de uno de los servicios se incremente la cantidad demandada de otro), sino que lo sea a tal grado que los consumidores en la práctica cambien sus patrones de consumo de forma que la sustitución sea una restricción competitiva. En el caso de los OTTs, los precios no sólo deben incluir los del servicio mismo, sino los de aquellos otros necesarios para poder acceder, en este caso el Internet.

"(...)"

En segundo lugar, se menciona que los servicios OTT se suministran como parte de un sistema de negocios peculiar -el de las prestaciones a través de Internet- y distinto al propio de los servicios STAR. Tampoco este argumento es válido, pues lo determinante es si los costos de aquellos servicios son suficientes para hacerlos atractivos para los consumidores a un precio acorde con un mercado competitivo, y no el modelo de negocios empleado para llegar a la prestación del servicio.

"(...)"

Debe observarse que estas manifestaciones refieren que el análisis de sustitución entre OTTs y STAR debió efectuarse considerando sólo los precios de ambos servicios. No obstante, se pasa por alto que los precios de los OTTs deben incorporar los del Internet, servicio requerido para poder acceder a los primeros. Así la manifestación es imprecisa.

"(...)"

En tercer lugar, se argumenta que sólo una parte de los usuarios de servicio STAR tiene acceso actual a los servicios OTT. Pero para formar parte de un mercado, no hace falta llegar a todos los demandantes que operan en el mismo, siendo suficiente tener acceso a un número suficiente de ellos como para atraer una porción significativa de la demanda. Por otra parte, el hecho de que no se tenga en cierto momento acceso a todo un mercado, no implica que no se pueda tenerlo más adelante, aumentando así la participación en el mercado relevante, conforme la evolución competitiva dentro del mismo.

En cuarto lugar, se señala que los servicios OTT presentan diferencias respecto de los servicios STAR, por ejemplo respecto de los contenidos y canales a que se tiene acceso. Pero estas diferencias no impiden que los servicios participen del mismo mercado, pues lo determinante en este sentido es la sustituibilidad entre servicios, y no la identidad entre ellos.

"(...)"

Conforme al criterio de intercambiabilidad y equivalencia funcional, no basta con identificar algunas características similares entre dos servicios que se presumen como posibles sustitutos, sino que es necesario identificar obstáculos y costos que impidan el desplazamiento de la demanda de un servicio a otro. En el caso que nos ocupa, la baja penetración y calidad de los servicios de Internet, así como los altos precios de dichos servicios, son algunos de varios elementos consideradas por la AI en la determinación de que los OTTs y STAR no son sustitutos.

Debe observarse que estos elementos son consistentes con el criterio de intercambiabilidad y equivalencia funcional antes referido, en el sentido de que representan obstáculos y costos para el desplazamiento de la demanda entre servicios.

Por lo anterior las manifestaciones de Canitec son incorrectas.

"(...)

En quinto lugar, se ha argumentado que los servicios OTT no requieren de una concesión para ser prestados, lo cual los diferenciaría de los servicios STAR, y los colocaría fuera del mercado de éstos. Mas contrariamente a lo que así se argumenta, esa falta de requisitos implica una facilidad para incidir sobre la demanda hoy dirigida a los servicios STAR, y es un motivo adicional para entender que los servicios OTT compiten con los servicios STAR en el mismo mercado.

Cabe aclarar que la tasa de crecimiento de ciertos servicios -en este caso, los servicios OTT- en determinado mercado, tiene un valor meramente indicativo respecto del poder de mercado actual y potencial dentro de aquél, pues se requiere evaluar múltiples otros elementos, especialmente las facilidades de expansión con la que cuentan los prestadores de las distintas modalidades de servicios.

(...)"

Las anteriores manifestaciones sugieren que no existe un agente económico con PSM en el mercado relevante objeto de la investigación, toda vez que ciertos servicios (OTTs) tienen tasas de crecimiento positivas. Dicha afirmación es incorrecta, toda vez que el incremento en suscriptores de los proveedores del STAR no constituye un elemento que se considere suficiente para concluir que no hay un agente con PSM. Como señala el artículo 59, de la LFCE, para determinar la existencia de un agente económico con PSM deben valorarse distintos elementos, y la tasa de crecimiento de los "consumidores" no es uno que sea relevante en tal determinación por sí mismo, excepto si esto conlleva modificaciones importantes en la estructura del mercado.

Más aún, el crecimiento en suscriptores de un servicio que no pertenece al mismo mercado relevante carece de importancia para el análisis de competencia. Es decir, si no se determina que un bien o servicio pertenece al mercado relevante analizado, no tendría sentido hacer señalamientos respecto a estos bienes o servicios en la medida en que éstos no ejercen restricción competitiva al no ser sustitutos.

Si bien actualmente no existen elementos que permitan concluir que los OTTs son sustitutos del STAR, no obstante se debe reconocer el hecho de que existen operadores de plataformas con la capacidad tecnológica y comercial de prestar otros servicios de telecomunicaciones y llevar al mercado una oferta comercial de empaquetamiento que en consecuencia puede tener el efecto de incidir en la dinámica competitiva del mercado del STAR. Sin embargo, como se señala en las conclusiones de la presente Resolución, el DP no analizó dicha dinámica competitiva.

La Canitec considera que para que este Instituto pueda apreciar la magnitud de lo que estamos exponiendo, debe notarse que los servicios OTT representan ya el 50% (cincuenta

por ciento) del uso de nuestras redes de internet, y en paso rápido para llegar a magnitudes como la de Estados Unidos, de un 65% (sesenta y cinco por ciento). Las empresas a las que representa están haciendo enormes esfuerzos de ampliación de las redes, esfuerzos no compartidos por los prestadores OTTs. No sería en absoluto justo que en estas condiciones se pongan medidas como la declaración de poder sustancial, para beneficio de verdaderos competidores que crecen a costa de nuestras inversiones.

Estas manifestaciones no se refieren a argumento o conclusión alguna del DP. Debe notarse que el señalamiento de la Canitec sugiere, en todo caso, que si sus suscriptores del STAR tienen internet y cuentan además con OTTs, entonces no podría considerarse que el STAR y los OTTs son sustitutos, pues la relación que se observaría sería la de bienes complementarios.

Téngase además en cuenta que los OTTs han sido incluidos expresamente en la LFTR, pese a lo cual el Dictamen parece no sentir ningún apego por los términos legales. En efecto, la exigencia de "continuidad" en el servicio fue eliminada en la nueva LFTR para comprender estas nuevas realidades dentro de la definición de servicio de televisión restringida. De lo anterior se deriva que el legislador quiso, específicamente, incluir en el STAR a servicios que no se presten de manera continua, tales como los OTTs.

Aún más, la definición del servicio que da el dictamen menciona la decodificación de la señal como parte integrante de aquel, lo cual es claramente contra-*legem*.

La exclusión de los OTTs, además de ser caprichosa y distorsionar gravemente el análisis, viola abiertamente el principio de neutralidad tecnológica auspiciado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en virtud del cual, en materia de telecomunicaciones, es obligación del Estado tratar por igual a las diferentes tecnologías que ofrecen servicios similares.⁵⁸

A todo lo anterior cabe agregar que, sorprendentemente, no se observan estudios económicos y econométricos que sustenten la definición del mercado relevante de producto, con los defectos antes señalados.

La Canitec expresa que los OTTs han sido incluidos expresamente en la LFTR, siendo esta una manifestación que no hace referencia a lo previsto en el Dictamen Preliminar. Por otra parte, se advierte que tampoco manifiesta las razones o argumentos jurídicos en los que basa su dicho respecto a que el Dictamen Preliminar viola criterios internacionales o bien, la LFTR. Dichas manifestaciones son gratuitas, particularmente porque el Dictamen Preliminar fue emitido dentro del marco legal aplicable, tal y como se desprende del capítulo "II. Consideraciones de Derecho" del Dictamen Preliminar.

Asimismo, la Canitec pierde de vista que la determinación del mercado relevante contenida en el DP se efectuó conforme al artículo 58 de la LFCE. Para este fin, la Autoridad Investigadora determinó inicialmente un servicio a partir del cual evaluó distintas posibilidades de sustitución

⁵⁸ Milena STOYANOVA, "Competition Problems in Liberalized Telecommunications", Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008, p. 29.

que le permitieran delimitar la dimensión producto del mercado relevante. El análisis de sustitución está contenido en el apartado III.4.2. del DP; y uno de los servicios analizados en dicho apartado es el de los OTTs.

Por otra parte, la Canitec no precisa cuáles son los servicios que considera similares ni los elementos que le permiten llegar a tal conclusión para, posteriormente, concluir que existió alguna violación al Principio de Neutralidad Tecnológica que refiere.

Continúan las manifestaciones de Canitec en el siguiente sentido:

En cuanto al mercado geográfico, tampoco encontramos justificación técnica en el Dictamen que justifique su dimensión local. Ello es advertido también por los expertos Ariño Ortiz y De La Cuétara:

"Debemos reconocer que el Dictamen Preliminar del IFT nos ha sorprendido un tanto con la declaración de mercados relevantes de alcance municipal. Por supuesto, sabemos que los títulos jurídicos para las instalaciones del cable se emiten a este nivel administrativo, pero ello no significa que el alcance del negocio se reduzca forzosamente a las fronteras municipales. De hecho el Distrito Federal es considerado un mercado único incluso por el propio IFT.

En cualquier caso, el nivel municipal tiene un anclaje sólido en la fracción IV del art. 58 de la LFCE, que obliga a tener en cuenta las restricciones normativas de carácter local que impiden el acceso de los usuarios a proveedores alternativos, representando este papel las concesiones municipales, a excepción de la televisión por satélite. Pero tal planteamiento se opone a la dinámica propia del sector de las telecomunicaciones en el que se integra el STAR, cuyas redes se van extendiendo a partir de un municipio importante, con adquisición sucesiva de los títulos jurídicos precisos para acceder a los usuarios potenciales de los municipios vecinos. La respuesta a esta contradicción podría ser la siguiente:

El ámbito municipal puede, efectivamente, definir el mercado de "televisión de acceso restringido" (...) en el sentido de que los operadores necesitan un título emitido por las autoridades municipales para prestar este servicio (...). Pero el despliegue de nuevas redes fijas de telecomunicaciones y, con él, los estudios y análisis de la competencia en este mercado, pueden y deben plantearse a nivel agregado, sin necesidad de repetirlos más de 2.000 (dos mil) veces en todo México (sic).

En concreto, el despliegue de nuevas redes, que es una consideración obligada en cualquier actuación sobre telecomunicaciones, suele diseñarse a dos niveles: el de las redes troncales y el de las redes de acceso. Estas últimas, que serían las más adaptables al ámbito municipal, hace tiempo que lo han superado, salvo en municipios grandes y densamente poblados. Las dimensiones de las redes de acceso, salvo las de la red prestadora del servicio universal (no es el caso de la televisión por cable) dependen fundamentalmente de la densidad de población y de la disponibilidad de inversión, lo cual por regla general tiende a darles alcance comarcal. En las grandes ciudades, por supuesto, pueden reunirse 100.000 (cien mil) usuarios en un solo barrio, y las redes de acceso pueden subdividirse y multiplicarse al competir entre ellas; pero ésta no es la regla general en la mayoría del territorio. Pues bien, lo importante es que la definición del mercado relevante STAR a nivel municipal no interfiera con el tendido de redes de nueva generación por los cableros, cuya arquitectura de red debe poder seguir diseñándose en sucesivas fases hasta alcanzar, al menor, el nivel comarcal.

(...)

(...) es fácil entender la necesidad de superar los límites municipales al diseñar las nuevas topologías de las redes de cable. Sencillamente, las empresas necesitan crecer para poder invertir. El crecimiento de las redes disminuye los costes unitario por usuario y las hace más eficientes. Todo lo cual es esencial para desarrollar las comunicaciones exigidas por las sociedades de la información y del conocimiento. Al propio tiempo, debe recordarse que, dentro del campo de la televisión de acceso restringido, la transmisión por satélite prescinde totalmente del ámbito local, lo que ahonda cuando queda dicho.

En suma, la aceptación del mercado relevante de alcance municipal, que se asume, no debe conducir en absoluto a la municipalización de las previsiones y decisiones relativas a estos mercados.⁵⁹

Al final de cuentas, no hemos tenido acceso a estudio económico alguno que sustente la decisión adoptada, lo cual constituye en primer término una violación al derecho de defensa, como se tratará más adelante. Pero es aún más grave que el Dictamen reconoce que en buena medida tales estudios no existen.

En tal sentido, hace especialmente al derecho al debido proceso en estos casos que las decisiones regulatorias y de defensa de la competencia se tomen con sustento econométrico sólido para que sean justas y produzcan el efecto deseado, a partir del cual las partes afectadas puedan comprender cabalmente las decisiones adoptadas. De otro modo, carecen de validez, según ha reconocido la doctrina y precedentes de jurisdicciones con larga tradición en la materia.⁶⁰

⁵⁹ Dictamen de Ariño Ortiz y de la Cuétara, p. 20.

⁶⁰ Cfr. Leonardo ORLANSKI, "Searching for the Basis of Competition Law and Policy", *Global Antitrust Review Journal* (2011), disponible en <http://www.icc.qmul.ac.uk/docs/gar2011/143852.pdf>, 19 (original en inglés, traducido aquí): "Los tribunales europeos revocaron varias decisiones de la Comisión de la UE, debido a la falta de suficiente apoyo económico. Airtours/First Choice fue el primer caso en el que una decisión de la Comisión para bloquear una concentración fue anulada por los tribunales. La Comisión había bloqueado a los dos proveedores del Reino Unido de paquetes de vacaciones de corta distancia combinados al extranjero sobre la base de que la operación propuesta crearía una posición dominante colectiva. El Tribunal de Primera Instancia anuló una decisión de la Comisión, debido a la falta de un análisis económico suficientemente riguroso de los incentivos para, y la capacidad de, coordinar los comportamientos como consecuencia directa de la fusión propuesta. En tal caso, la Corte articuló un nuevo estándar para la identificación de una posición dominante colectiva (7 Caso IV/M.24, Airtours/First Choice, 2000 DO (L 93) 1, S CMLR 494, se volcó en el asunto T-342/99, Airtours v. Comm'n (Airtours Case), 2002 11- 2585.). En el caso Schneider/Legrand, el mismo Tribunal anuló la decisión de la Comisión sobre la base de que la Comisión había cometido errores de procedimiento y no tuvo en cuenta los diferentes grados de competencia en cada uno de los mercados nacionales que identificó y no proporcionó a Schneider suficiente información para que ofreciera una solución adecuada. En la acción Tetra Laval/Sidel, el Tribunal General anuló la decisión de la Comisión sobre la base de que el interés de potenciar el poder de mercado entre dos mercados, de otro modo, separados, que era la razón aducida para la prohibición de la Comisión, podría haber sido bloqueado por las intervenciones expost del artículo 102 del TFUE, la posibilidad que la Comisión no tuvo en cuenta. Esta decisión fue posteriormente confirmada por el Tribunal Europeo de Justicia. Sin dejar de reconocer que la Comisión tiene un margen de discreción con respecto a las cuestiones económicas, el Tribunal de Justicia, sin

Específicamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó que los tribunales de la UE, en los asuntos de defensa de la competencia, no sólo deben *"establecer si las pruebas invocadas son objetivamente exactas, fiables y consistentes, sino también comprobar si tales elementos contienen toda la información que debe tenerse en cuenta para evaluar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deriven"*.⁶¹

Por lo dicho, es no sólo llamativo, sino ilegítimo, que el IFT pretenda hacer caer sobre GTV una pesada carga regulatoria sin haber aportado fundamento económico y econométrico alguno, sobre todo cuando las conclusiones a las que arriba son cuestionadas mediante serias y sólidas observaciones.

Las manifestaciones anteriores omiten que el Distrito Federal es considerado un solo mercado relevante toda vez que los operadores que proveen el STAR en esta delimitación geográfica cuentan con un título de concesión para dicha área.

Respecto a que no hay estudios econométricos para determinar la dimensión producto del mercado relevante, debe tomarse en cuenta que no sólo este tipo de estudios es útil para definir el mercado relevante, en particular la dimensión producto del mercado relevante.

Alternativamente al análisis de elasticidades y del test del monopolista hipotético, las autoridades de competencia recurren al criterio de intercambiabilidad y equivalencia funcional para determinar si dos servicios son o no sustitutos.⁶²

Al seguir el principio de intercambiabilidad y equivalencia funcional deben tenerse en cuenta otros aspectos antes de concluir que dos productos o servicios son sustitutos además de las características intrínsecas de los productos, tales como la utilización que hacen los consumidores, la intercambiabilidad de funciones, la similitud de la forma en que los

embargo, señaló que esto "no quiere decir que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de la Comisión sobre información de naturaleza económica" (...). Por último, en el procedimiento de la Asociación Internacional de Im pala, el Tribunal General por primera vez anuló una decisión de autorización (en relación con la fusión Sony/BMG), lo que sugiere que el mismo estándar de prueba debe ser aplicado por la Comisión tanto para las decisiones de prohibición como para las de aprobación. En la sentencia, el Tribunal aclaró aún más las condiciones para el establecimiento de una posición dominante colectiva, indicando que la Comisión no llevó a cabo un análisis genuinamente profundo, estando excesivamente influenciada por el comportamiento y las condiciones actuales del mercado. La Comisión de la UE atendió posteriormente este problema y creó, a partir del 1 de septiembre de 2003, un nuevo cargo de Economista en Competencia. Una tendencia similar de revisión de las teorías económicas de las agencias y los argumentos jurídicos ha sido seguida por los tribunales estadounidenses, en la que recomendaron, entre otras cosas, el uso del análisis cuantitativo aplicando métodos econométricos modernos, como los modelos de simulación de la fusión".

⁶¹ Ibidem.

⁶² Esto es consistente con criterios referidos por otras autoridades de competencia. Para mayor referencia ver: Chang, H. Evans, D. y Schmalensee, R. (2011a). Documento de referencia sobre definición de mercado relevante, p. 13. Versión en inglés disponible en: <http://189.206.114.203/images/stories/Documentos/guias/doctoreferenciadefmercrelevant.pdf>.

consumidores valoran las diferentes características, obstáculos y costos relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos, restricciones regulatorias, necesidad de inversiones de capitales específicas, reducciones de la producción cuando se utilizan insumos alternativos, localización de los consumidores, entre otros.⁶³

En conclusión, son erróneas las afirmaciones de Canitec según las cuales el DP *"únicamente ofrece una caracterización de cada producto"*, y *"no tiende a demostrar la ausencia del fenómeno de la sustituibilidad en precios."*

En relación con lo anterior, y en cumplimiento de lo establecido por la LFCE para definir el mercado relevante, el DP analiza en el apartado III.4.2.2 las características de los OTTs y evidencia las diferencias respecto al STAR; destaca el hecho de que los contenidos transmitidos por el primero son ofrecidos en modalidad de catálogo, mientras que los contenidos provistos a través del STAR son contenidos transmitidos de manera lineal, y la necesidad de contar con permisos y llevar a cabo inversiones. Asimismo, el hecho de que el usuario del servicio OTT requiera necesariamente contar con acceso a Internet de banda ancha y con dispositivos que cuenten con acceso al mismo, tales como: computadoras, teléfonos inteligentes, consolas de juegos, tabletas o televisores inteligentes, y en caso de no contar con tal servicio requiera de su contratación, puede ser considerado un obstáculo para la sustitución en el sentido señalado por la Comisión Europea.

De esa manera, no es posible concluir, como lo refiere Canitec, que sea incorrecta la determinación del mercado relevante, en particular la determinación de la dimensión producto del mercado relevante, por no existir cierto tipo de estudios, pues como se indicó el análisis presentado por la AI es consistente con el criterio de intercambiabilidad y equivalencia funcional. Cabe destacar que pese a los señalamientos de los expertos referidos por la Canitec, tampoco se presentan las estimaciones que permitirían modificar, conforme a su dicho, la determinación de mercado relevante contenida en el DP.

Finalmente, debe señalarse que el procedimiento por el cual se declara la existencia de un agente económico con PSM no conlleva, por sí mismo, la imposición de medidas regulatorias, pues estas últimas resultan de un acto administrativo distinto y subsecuente.

La competencia eficiente observable en todo el mundo en redes fijas es la que con carácter general se produce entre "cableados" y "telefónicos", acompañada, en los grandes centros de población y actividad, por la de otros operadores "de nicho", de comunicaciones empresariales, o de apoyo a otras redes. Vista desde esta perspectiva, la aportación de los operadores de cable a la productividad y reducciones de costes en el sector cumple muchos de los requisitos especificados en el art. 55 de la LFCE. Así, por ejemplo, aporta servicios nuevos; reduce costes por la aplicación de nuevas técnicas

⁶³ Dichos criterios coinciden con los de otras autoridades a nivel internacional. Ver, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN).

(compresión de las imágenes, multiplexación de las señales etcétera.); hace inversiones que multiplican los atributos de los servicios (las redes se digitalizan, se hacen bidireccionales, incluyen la Internet de banda ancha...); innova en la cadena de distribución (con el triple play), etcétera.

Ante lo que acaba de decirse, siempre cabría aducir que estos beneficios no compensan una regulación asimétrica excesivamente protectora del cable. Ahora bien, en el caso del STAR, ni el comportamiento de los operadores de cable de GTV ha mostrado signos de actuaciones abusivas, ni las características de este mercado lo propician.

La práctica internacional, pero principalmente la LFCE, establece que a fin de analizar la existencia de PSM es necesario determinar un mercado relevante, lo que requiere de definir una dimensión producto y una dimensión geográfica. Las manifestaciones respecto a la competencia entre "cableeros" y "telefónicos" no se refieren a la dimensión producto determinada y en todo caso se refieren a una competencia entre servicios distintos al que corresponde al mercado relevante definido para efectos del presente procedimiento. Asimismo, se observa que los servicios a que hace referencia la Canitec, no están determinadas con base en los criterios de determinación de la dimensión producto del mercado relevante.

Por otra parte, las manifestaciones de la Canitec refieren que los operadores de cable aportan a la productividad y reducción de costos según lo indicado en el artículo 55 de la LFCE. Es importante observar que el artículo referido hace alusión a posibles ganancias en eficiencia que deben considerarse al evaluar la existencia de prácticas monopólicas relativas.

Sin embargo, en la determinación de un agente con PSM no es necesario evaluar ganancias en eficiencia, pues lo único que el DP busca identificar es si existen condiciones de competencia o algún agente económico que tenga la capacidad de actuar en el mercado de manera unilateral.

GTV ha adquirido su cuota en el cable a base de la compra de operadoras ya existentes, compra abierta a todos, con la única excepción de "GAM". Lo ha hecho aplicando una fórmula de simple notificación establecida en la ley precisamente para facilitar e incentivar estas operaciones. Lo cual obliga al Regulador, que debe ser coherente con la política general del legislador, a no deducir ahora, de las concentraciones propiciadas por el propio legislador, efectos negativos como los que conlleva la calificación de poder sustancial.⁶⁴

Sobre todo, considerando que de acuerdo a lo expresado por el IFT, GTV extiende nuevas redes no sólo para la prestación de STAR, sino también para prestar banda y telefonía:

⁶⁴ Dictamen de Ariño Ortiz y de la Cuétara, p. 30.

"Ahora bien, es importante mencionar que el crecimiento o expansión del Grupo Televisa no se ha dado únicamente respecto a las zonas de cobertura, que como ya se ha visto ha sido considerable, sino que más allá de eso también se ha dado a partir de la infraestructura de sus redes bidireccionales."⁶⁵

Debe observarse que el Dictamen Preliminar mediante el cual se determina que GTV es un agente económico con PSM en diversos mercados relevantes, no se pronuncia respecto a efectos negativos que resulten de transacciones llevadas a cabo por el agente económico investigado. Por lo que la manifestación de la Canitec carece de fundamento.

4) Los operadores de cable no son formadores de precio: Dish es un tope nacional

Conociendo la realidad del mercado, a ninguno de nuestros miembros se le ocurriría pensar que puede fijar precios por encima de un nivel competitivo, con independencia de los competidores satelitales, y principalmente de Dish, que es quien tiene precios más bajos.

Así lo han reconocido los expertos consultados.

"En el contexto del Derecho estadounidense, se ha indicado que "el poder de mercado es la capacidad de una firma para incrementar las ganancias mediante la reducción de la producción y la imposición de precios superiores a los competitivos por su producto" (H.HOVENKAMP: Federal antitrust policy, Saint Paul, 2011, p. 88)."

"(...) el IFT expresa que efectivamente GTV ha reaccionado frente a la presión competitiva a nivel nacional de DISH, lo que no resulta compatible con una posición de poder significativo por parte de GTV."⁶⁶

Por su parte, Ariño Ortiz y De La Cuétara se expresan en la misma línea, sin dejar dudas de la falta de capacidad para fijar precios que tienen los concesionarios de telecomunicaciones por cable, y ni siquiera las operadoras DTH:

"En el segmento satelital, GTV es el operador establecido. Pero, desde la irrupción de DISH en el mercado, está claro que no puede ni restringir su oferta ni elevar sus precios sin provocar un trasvase masivo de usuarios a su competidor. Podría, eso sí, tratar de provocar una guerra de precios, pero, según tenemos entendido, esa es precisamente la técnica utilizada por DISH, que ha dirigido con éxito su oferta a clientes de bajo poder adquisitivo. En España hemos tenido el ejemplo de una de estas guerras entre dos operadores de satélite, "Canal Plus", promovido por un importante operador francés y "Vía Digital" promovido por Telefónica, y el resultado ha sido la desaparición de uno de ellos y los malos resultados del otro. Con dos operadores de satélite ninguno de ellos puede comportarse como un monopolista, por grande que sea su cuota de mercado."

En el segmento terrestre, GTV adquirió su cuota mediante adquisición y fusión de empresas. Su situación, en la que, como hemos dicho comparte 1/3 del mercado con otro cableero, no permite abusos, y se produce además en un mercado caracterizado por su gran variedad: variedad

⁶⁵ Página 171 de la versión pública del Acuerdo del Pleno de su III Sesión Extraordinaria celebrada el diecisiete de febrero de dos mil catorce dentro del expediente IFT/DGIM/PMA/0001/2013.

⁶⁶ Dictamen de Cabanellas, ps. 4 y 11.

territorial, y variedad de oferta, con distinto número de canales y precios, que, además, se entrecruza con la oferta satelital. En tales condiciones, una subida de precios unilateral y beneficiosa para la empresa es impensable. Lo habitual es lo contrario: que para ganar suscriptores se reduzcan los precios y se aumenten los canales, dada la competitividad del entorno.⁶⁷

Por lo que respecta a las manifestaciones realizadas por la Canitec anteriormente, esta autoridad se remite a los razonamientos expuestos en el apartado 6.10 de la presente resolución, denominada *"Incorrecto análisis de participaciones de mercado e índices de concentración para la determinación de PSM"*.

5) Barreras de entrada

Las barreras de entrada¹² son más relevantes si no existen competidores suficientes, lo que no ocurre en el mercado de STAR, donde se verifica una competencia intensa.

La Canitec, en evidente contradicción con la teoría económica y la práctica del análisis de competencia, señala que las barreras a la entrada dependen de la existencia de competidores; a menor número de competidores, mayores las barreras a la entrada. De hecho su afirmación no guarda relación alguna con la definición de barreras a la entrada a la que se refiere con el pie de página 12:

"STIGLER define las barreras de entrada como el costo que debe pagar una empresa que quiere ingresar en el mercado, pero que no es pagado por otra empresa que ya está en el mercado (...)"

En el análisis de competencia, el análisis de barreras a la entrada busca responder a la pregunta de si la entrada puede ocurrir suficientemente rápido y de manera sustancial para resolver o neutralizar problemas anticompetitivos. Se identifican barreras a la entrada de tipo estructural y estratégico. Las barreras estructurales pueden existir debido a condiciones como economías de escala y efectos de red; obedecen a condiciones básicas de la industria tales como costos y demanda. Por su parte las barreras estratégicas son resultado de acciones creadas intencionalmente o alentadas por las empresas ya establecidas en el mercado.⁶⁸

De lo anterior, es posible concluir que las manifestaciones de la Canitec carecen de fundamento.

⁶⁷ Dictamen de Ariño Ortiz y De La Cuétara, p. 23 y 24, énfasis agregado.

⁶⁸ Estos criterios son consistentes con la práctica internacional. Para mayor referencia ver: OECD (2007), Competition and entry barriers, Policy Brief, pp. 3. Versión pública en inglés disponible en: <http://www.oecd.org/competition/37921908.pdf>.

Sin perjuicio de esto, en general las barreras de entrada legales⁶⁹ no son un obstáculo relevante para el ingreso al mercado, en primer lugar por el régimen de concesión única recientemente introducido por la LFTR, que ha reducido sustancialmente las complejidades del régimen de ingreso al mercado.

Y en segundo lugar, porque el tipo de competidores potenciales que posee el mercado del STAR (prestadores de DTH y los OTT) posee reducidas barreras de entrada legales. A saber:

(i) Los prestadores de DTH: se han otorgado diversas concesiones para la prestación del servicio DTH, como las de Dish, Quetzat Directo, S. de R.L. de C.V., Axtel, S.A.B. de C.V., Grupo de Telecomunicaciones Mexicanas, S.A. de C.V., Satcorp, S.A. de C.V. Es decir que para éstos operadores, la barrera de entrada legal ya está superada.

(ii) Los OTT, por la naturaleza, no necesitan contar con concesión para prestar el servicio. Por tal motivo, carecen absolutamente de las barreras de entrada legales propias de la industria de las telecomunicaciones.

Con respecto a las barreras de entrada "naturales", son muy relativas en el caso de los servicios DTH, puesto que la industria del DTH no posee tan elevadas barreras de entrada en virtud de que el uso del satélite puede producirse por leasing, y no es necesario el tendido de redes físicas para la última milla.

En el caso de los OTT, al tratarse de un servicio brindado vía internet, sus barreras de entrada naturales son inexistentes.

Por tanto, puede decirse que en general las barreras de entrada, tanto naturales como legales del STAR, para los prestadores de DTH y STAR, no son elevadas.

En estas manifestaciones Canitec califica de competidores potenciales del STAR a los "prestadores de DTH y los OTT". No obstante, no se presentan elementos que permitan sostener esta conclusión. Cabe resaltar que conforme al DP, lo que la Canitec denomina "prestadores DTH" es únicamente un tipo de tecnología mediante la cual se provee el STAR.

La Canitec refiere la existencia de barreras de entrada "naturales" sin precisar a qué se refiere con dicho término. Además sugiere que las barreras de entrada para proveer el STAR por medios satelitales son menores que cuando se provee por redes cableadas, pero tampoco presenta elementos que permitan sostener tal afirmación.

De lo anterior se observa que la Canitec no presenta elementos que puedan modificar o sustentar las afirmaciones contenidas en el Dictamen Preliminar en relación con el monto, la

⁶⁹ "Podría definirse a las barreras de entrada legales como las que provienen de regulaciones estatales de acceso al mercado, sea en forma directa (régimen de licencias) o indirecta (tributos, trámites y permisos administrativos)" Esteban RUSSELL, "Portabilidades numérica y operador móvil con frecuencias arrendadas: mecanismo regulatorios para lograr la plena competencia el telefonía celular" (...)

Indivisibilidad y el plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo.

6) No existen pocos competidores en el mercado

En este servicio, la cantidad de operadores no varía sustancialmente si se realizan comparaciones con otros países, ya que las economías de red son similares. Con la excepción de los OTT, todas las redes de STAR necesitan capital intensivo y extensa amortización, especialmente las de cable módem como las de GTV.

Así lo ha reconocido el IFT:

"Las redes son plataformas para la transmisión de servicios de comunicaciones, las cuales exhiben economías de escala y externalidades de red. Estos atributos específicos a la red involucrada causan que los costos sean decrecientes en el largo plazo, de tal manera que la acumular participaciones significativas de mercado sus costos de operar la red son significativamente menores a sus competidores de menor tamaño. Tales características, asociadas con la tecnología involucrada, permiten prever que las condiciones de competencia viable en la provisión de estos servicios puede ocurrir entre un número reducido de competidores con la capacidad de generar presiones competitivas entre sí."⁷⁰

Si bien entonces, como ya se vio, las barreras de entrada para los DTH y los OTT son reducidas, lo que permite su actual participación en el mercado y su crecimiento prospectivo, sería un error de planeamiento de desarrollo de las TICs confiar solamente en la competencia de mano de los OTT y los DTH, mientras se entorpece la operatoria de GTV en tanto concesionarios de telecomunicaciones por cable con una declaración de poder sustancial. ¿Por qué? Por la naturaleza de las redes. Como ya se vio en el capítulo dedicado a las barreras de entrada, cada red tiene sus particularidades. La red de DTH básicamente consiste en arrendar transpondedores e invertir en los decodificadores y equipamiento para la casa del cliente. La señal se transmite por el espectro radioeléctrico desde el satélite hasta la casa del cliente, no existe una red que se extienda capilarmente.

Los OTT, por su parte, no poseen red propia. Aprovechando el principio de neutralidad de internet, utilizan las redes de prestación de acceso a internet (alámbricas o inalámbricas) de otros operadores. Esto no impide que compitan de igual a igual con los demás operadores del STAR, ya que desde el lado de la demanda (la percepción del usuario) no es relevante si la red es propia, alquilada, o si se usa gratuitamente.

La Canitec pretende ilustrar que no existen pocos competidores en el mercado a partir de reiterar la existencia de reducidas barreras a la entrada. Sobre el particular, se observa que no presenta elementos que sustenten su afirmación en cuanto a que estas barreras son reducidas, por lo tanto sus manifestaciones no pueden ser consideradas, ya que carecen de sustento o soporte alguno.

Adicionalmente, Canitec sostiene que el hecho de que los OTTs se provean por Internet no impide que compitan con el STAR; sin embargo, no identifica qué elementos considera para sostener tal afirmación, lo cual es un requisito para analizar sus manifestaciones. Por ejemplo no se refiere a calidad, contenidos, disponibilidad, precios, formas de comercialización, acceso, entre otras, que determinan la dimensión del mercado relevante.

Diferente es la red de cable -como la de Cablecom objeto del Expediente- que involucra (además del cable) conducciones subterráneas o aéreas, edificios, obra civil, suministros de energía a los equipos repetidores, entre otros elementos. Y toda esta infraestructura es necesaria tanto a nivel urbano como interurbano, siendo de particular importancia en este análisis la urbana, puesto que requiere "pasar" casa por casa, lo que genera una elevada y costosa capilaridad de red.

Todo esto configura en términos económicos un "costo hundido". Y debe tenerse presente que el costo hundido de la red de cable también configura una barrera de salida: *"La preponderancia de los costes irre recuperables asociados a la instalación de infraestructuras para el establecimiento de la red y el largo período de amortización de dichas inversiones dificulta la rápida salida del mercado."*

Así, se observa que el nivel de inversión y de su "hundimiento" es notoriamente superior en el caso de cable, en comparación con las demás tecnologías de STAR.

La Canitec no hace más que confirmar los señalamientos del DP respecto a la existencia de barreras a la entrada relacionadas con el monto, la indivisibilidad y el plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo.

Específicamente, la Canitec refiere que "pasar" casa por casa genera una elevada y costosa capilaridad de red, lo que configura en términos económicos un "costo hundido".

Pero esto debe relacionarse con que el cable es la tecnología que permite el mayor ancho de banda. Si México realmente quiere ser puntero (o al menos, no ser relegado) en la carrera de la sociedad de la información -de la que la banda ancha es centinela- no debe recortar el crecimiento de la red alternativa a la del preponderante con medidas como las que aquí se tratan.

Si así se hiciera, la red cableada del agente preponderante continuaría su inveterado proceso de consolidación en perjuicio de la competencia, del consumidor y del desarrollo de la sociedad de la información.

Los EUA, al advertir la importancia del desarrollo de la red de cable, tomaron medidas para fomentar los "overbuilders", esto es, los operadores de la segunda red de cable. Para esto modificaron la Ley de Comunicaciones mediante la "Cable Television Consumer Protection Act" de 1992, prohibiendo a los municipios la limitación del número de concesionarios de telecomunicaciones por cable a través de sus regulaciones sobre licencias locales. Esta reforma permitió la instalación de los "overbuilders", que hoy son prestadores de triple play.

La Canitec manifiesta lo que, desde su perspectiva, debiera ser el objetivo del Instituto respecto a la política de desarrollo y regulación de las telecomunicaciones; sin embargo, dichas manifestaciones no se refieren a los hechos contenidos en el DP por lo que no son objeto de análisis.

La hipotética existencia de "pocos" operadores no implicaría falta de competencia efectiva. Así lo expresa la opinión experta del Dr. Cabanellas:

"Esta competencia efectiva no está relacionada con un número mínimo o determinado de competidores. Un mercado con pocos competidores puede operar en condiciones de plena competencia efectiva, sea porque las empresas que ya se enc

uentran en el mercado tienen la capacidad de expandir su oferta frente a un aumento de los precios, o porque existen competidores potenciales que ingresarán al mercado en caso de tal aumento de precios ... Como se ha expuesto precedentemente (apartado 3), la estructura de mercado es un factor secundario para determinar la existencia de poder de mercado y de competencia efectiva, dándose mayor importancia al comportamiento efectivo de los participantes en el mercado ... Así, en los Estados Unidos existen múltiples mercados con dos o tres oferentes, que no son objetados bajo cargos de monopolio o de monopolización. En la Unión Europea, la existencia de un número pequeño de competidores no es suficiente para que se configure una posición dominante."

7) Existe una gran intensidad en la competencia del sector, a diferencia de lo que el Dictamen expresa.

En cada mercado relevante hay como mínimo un competidor de GTV (Dish), y en otros mercados relevantes hay dos, tres y hasta cuatro operadores si se suman los de cable.

La competencia en el sector del STAR es intensa: entre los proveedores satelitales, entre éstos y los cableeros, y entre éstos mismos. Así lo expone uno de los dictámenes expertos:

"Es indudable que se ha producido una intensa competencia en precios entre los dos proveedores, DISH y SKY, que ha generado el intenso crecimiento referido. De forma que si consideramos el segmento satelital aisladamente, la situación puede calificarse de muy competitiva (en otros países se ha producido también una competencia "frenética" al instalarse dos operadores)... En el segmento satelital, GTV es el operador establecido. Pero, desde la irrupción de DISH en el mercado, está claro que no puede ni restringir su oferta ni elevar sus precios sin provocar un trasvase masivo de usuarios a su competidor..."

GTV no posee poder sustancial ya que en todo el territorio nacional existe al menos un competidor (Dish) que le impide actuar de manera independiente, pues como ya se ha visto, la demanda del servicio es de gran elasticidad (es decir, un aumento de precio ocasiona pérdida de suscriptores).

El Dr. Cabanellas concluye:

"En el caso del mercado de STAR, la presencia en todo el territorio nacional de dos competidores satelitales, sumada a - en la mayoría del territorio nacional- la presencia de uno o incluso dos cableoperadores, y la variedad de ofertas y precios, manifiestan una apreciable intensidad

competitiva en la que reacciones ante las estrategias de los demás competidores no se condicionen con una situación de poder sustancial."

Por lo que respecta a las manifestaciones realizadas por la Canitec antes transcritas, estas se deben observar los razonamientos expuestos en el apartado 6.10 de la presente resolución, denominada *"Incorrecto análisis de participaciones de mercado e índices de concentración para la determinación de PSM"*, por lo que se remite a dicho apartado.

Continúan las manifestaciones de Canitec en el siguiente sentido:

Por otra parte, el IFT ignora absolutamente la existencia de competidores potenciales.

Esto es de gran relevancia, ya que:

"Para que exista competencia efectiva es suficiente con que existan competidores de una calidad y cantidad tal, tanto actuales como potenciales, que impidan mantener precios en exceso de una rentabilidad normal (...) las decisiones que cualquier firma toma pueden estar influenciadas por competidores potenciales que aún no han entrado al mercado pero que lo harían si una oportunidad rentable se presentara. Por su naturaleza, las cifras de participación de mercado no pueden medir esta competencia potencial, aunque la amenaza que representa puede ser una influencia importante para restringir la independencia de la empresa supuestamente dominante."

De esta manera, el IFT ignora un dato fundamental para el análisis del supuesto poder sustancial de GTV. Los competidores potenciales más probables, como se vio al analizar las barreras de entrada son dos: los operadores satelitales adicionales y los OTT adicionales.

Los operadores satelitales no tienen la necesidad de extender la denominada última milla, lo que reduce tanto en tiempo como en dinero su ingreso al mercado:

"Debe destacarse, además, la facilidad de expansión que caracteriza a los medios satelitales, ante el bajo costo marginal de atracción de clientes y los costos prácticamente inexistentes de inversión en la "última milla", lo que los convierte también en un amenazante competidor potencial en aquellos lugares en donde aún no tengan presencia física pero se encuentren cubiertos por la huella de su satélite."

La doctrina de la competencia potencial es muy importante en el derecho antimonopólico, pues considera a los operadores que aún no están en el mercado pero potencialmente podrían estarlo. Esta doctrina ha sido aplicada especialmente en el campo de las telecomunicaciones, por su dinamismo tecnológico.

La Canitec sostiene que el DP no toma en cuenta a competidores potenciales, entre los que considera a los proveedores del STAR por medios satelitales y los OTTs. Tal afirmación es imprecisa y carece de fundamento.

Como se desprende del análisis del DP, los proveedores de televisión y audio restringido por medios satelitales no son considerados competidores potenciales sino que son considerados únicamente una tecnología utilizada para proveer un mismo servicio, el STAR. Es decir, ya

están son tomados en consideración dentro de la dimensión producto del mercado relevante. En este sentido, las manifestaciones de la Canitec son imprecisas y sin fundamento.

En lo que corresponde a los OTTs, la Canitec omite referirse el análisis que efectuado por la AI para determinar posibles sustitutos del STAR, y a partir del cual concluye que tales servicios no son sustitutos.

Téngase presente además que el Estado Mexicano está desarrollando el Programa MEXSAT, en cuyo marco se lanzó en 2012 el satélite Bicentenario, destinado a *"dar conectividad a comunidades remotas y marginadas donde la infraestructura de telecomunicaciones es inexistente y otro segmento será utilizado por las entidades de seguridad nacional para comunicaciones críticas a sus funciones, entre ellas asistir a la población ante contingencias,"* lo que implica un crecimiento en la disponibilidad de ancho de banda satelital.

Por último, y desde el punto de vista de las barreras de entrada legales, el IFT ha entregado concesiones a las empresas referidas con anterioridad.

La Canitec señala que se incrementará la disponibilidad de banda ancha por medios satelitales, pretendiendo sugerir, con base en sus manifestaciones anteriores, que esto permitirá acceder a Internet sin indicar cómo incide en el análisis de competidores potenciales, ni cómo esto modificaría la determinación a la que llega la AI.

La Canitec no se refiere a los grandes obstáculos o costos que pudieran enfrentar los consumidores al contratar servicios de Internet por medios satelitales. Es de señalar que el Internet provisto por otros medios satelitales es poco utilizado, entre otras cosas, por sus altos costos. En consecuencia no es previsible que en la actualidad existan condiciones de acceso a servicios OTTs, por medios satelitales, tal que sea posible determinar que los OTTs son sustitutos o bien como competidores del STAR.

El ingreso de nuevos OTT al mercado es altamente probable, en virtud de sus reducidas barreras de entrada. Así lo expresan los expertos:

"En este mercado "multiservicios" la oferta de la televisión de pago será una parte del mismo; y en él se multiplicarán los productos sustitutivos (OTT, IPTV, vídeo bajo demanda, canales de pago asequibles individualmente, etcétera)."

En efecto, al tratarse de un "servicio", es decir un operador de servicios sin red propia, y al no requerir de concesión estatal, sus barreras de entrada económicas y legales se reducen dramáticamente, lo que sumado al crecimiento exponencial de ese tipo de negocio, genera que continúen sumándose nuevos operadores.

La Canitec sugiere que la provisión de OTTs enfrenta barreras a la entrada poco significativas, por lo que entrarán más participantes a dicho mercado. No obstante, no se presenta evidencia que sugiera que efectivamente dichas barreras son poco significativas, ni como eso implica que los OTTs sean competidores o bien sustitutos del STAR.

Si bien, en general, es posible considerar que los costos de establecer un OTT pueden llegar a ser menores a los de los STAR, los servicios OTT no son sustitutos.

Aunado a lo anterior, se puede concluir, de manera general, que Canitec ignora y no se refiere a los argumentos del DP.

Por último, la Canitec realizó las siguientes manifestaciones:

8) El debido proceso y el derecho de defensa en el Sistema Interamericano.

La publicación del Dictamen testado constituye una violación al derecho de defensa de los miembros de la Industria y se contrapone a las prácticas de otras jurisdicciones respetuosas de los derechos fundamentales.

Es necesario que exista una notificación previa sobre la existencia del proceso y que se entreguen todos los elementos que obran dentro del expediente a efecto de que la parte investigada pueda ejercer su derecho de defensa.⁷¹

Una defensa adecuada en sede administrativa pasa forzosamente por que la autoridad permita que el sujeto tenga acceso a toda la información que se encuentre dentro del expediente. Por lo tanto, la instrucción de un proceso administrativo en el cual no se entregue toda la información que integra el expediente es una clara violación al derecho a un debido proceso establecido en el artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El derecho a una defensa adecuada establecida en el artículo 14 constitucional implica que toda persona sujeta a un proceso jurisdiccional o administrativo debe poder: 1) imponerse del mismo y realizar cualquier tipo de promoción y 2) acceder a todas las actuaciones, documentos y pruebas que obran en el expediente.⁷²

En este sentido, se entiende que el hecho de que no se entregue toda la evidencia, pruebas, estudios y demás material que integran el expediente de un procedimiento de competencia económica deja a la parte sujeta a investigación en un estado de indefensión.

La práctica a nivel internacional es que si bien es cierto que cierta información que se ventila en los procedimientos de competencia económica se encuentra sujeta a reglas específicas que limitan su divulgación, también lo es que dicha información debe ser entregada en caso de que la misma constituya parte de una investigación en un procedimiento de competencia económica. Por tanto existe una reserva absoluta respecto de la información que forma parte de este tipo de procedimientos. En el peor de los casos, se establece un test de proporcionalidad que se debe efectuar en cada caso a efecto de determinar la conveniencia de abrir la información. Asimismo, se debe considerar que el hecho de que la información se divulgue dentro de un procedimiento

⁷¹ Col OH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (1999)

⁷² SCJN. la Sala. ADR 1928/2012.

administrativo, no releva a las partes de atenderse a las reglas de confidencialidad que resultan aplicables.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 de las DRLFCE aplicables a este procedimiento, el Instituto tiene la obligación de publicar en su sitio de Internet el Dictamen Preliminar, omitiendo la información que haya sido clasificada como reservada o confidencial.

En ese sentido la información cubierta en el Dictamen Preliminar corresponde a la información clasificada como reservada o confidencial por parte de la Autoridad Investigadora con fundamento en la LFCE y la LFTAIPG. Asimismo, se reitera que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 125, segundo párrafo, de la LFCE, el Instituto en ningún caso estará obligado a proporcionar información confidencial.

Por otro lado, en lo que respecta a la siguiente manifestación *"Es necesario que exista una notificación previa sobre la existencia del proceso y que se entreguen todos los elementos que obran dentro del expediente a efecto de que la parte investigada pueda ejercer su derecho de defensa"* se hace de su conocimiento que, el procedimiento para resolver sobre condiciones de mercado tramitado en el Expediente se inició en cumplimiento a la obligación establecida para este Instituto por el artículo Noveno Transitorio de la LFTR y de acuerdo con lo establecido en el Resolutivo Tercero de la Resolución del Aviso de Concentración. En ese sentido, la investigación no se encontró dirigida a un agente económico en específico, sino al mercado o los mercados de redes de telecomunicaciones.

Por otro lado, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 96, fracción III, el diecinueve de diciembre de dos mil catorce, se publicó en el DOF el extracto del acuerdo de inicio de la investigación para determinar la existencia de poder sustancial en los mercados de redes de telecomunicaciones que presten servicios de voz, datos o video, a nivel nacional, estatal, regional y/o local, con la finalidad de que cualquier persona pudiera coadyuvar en dicha investigación; esta situación permitió a todos los agentes económicos interesados tener conocimiento del inicio de la investigación en dichos mercados.

De la misma manera, concluida la investigación correspondiente, el veintiocho de abril de dos mil quince, se publicaron en el DOF los datos relevantes del Dictamen Preliminar radicado en el Expediente y fue publicado en el sitio de Internet del Instituto la versión pública del Dictamen Preliminar, con la finalidad de que los agentes económicos que demostraran tener interés en el asunto, pudieran manifestar lo que a su derecho convenga y se encontraran en la posibilidad de ofrecer los elementos de convicción que estimaran pertinentes. Así, todos los interesados tuvieron la posibilidad de hacerse del conocimiento del inicio del procedimiento y del contenido de la versión pública del Dictamen Preliminar.

Ahora bien, se reitera lo siguiente:

La Canitec no es un agente económico que pueda acceder a los documentos y constancias que obran en el Expediente, toda vez que las constancias que lo integran son de carácter reservado y confidencial, según lo dispuesto por el artículo 3, fracciones IX, XI, y 124 de la LFCE,

razón por la que únicamente los agentes económicos titulares de la información confidencial pueden tener acceso a la misma, lo cual no es el caso.

Sin embargo, para ejercer el derecho de manifestarse previsto en el artículo 96, fracción VI, de la LFCE y 60 fracción III de las DRLFCE, el Dictamen Preliminar fue publicado en el sitio de internet del Instituto, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 12 de las DRLFCE.

Por último, respecto a la supuesta "violación de derecho de defensa", derivado de los siguientes argumentos: (I) la publicación del Dictamen Preliminar testado; y (II) haberle negado el acceso a todas las actuaciones, documentos y pruebas que obran en el Expediente, se indica que debe estarse a lo expuesto por esta autoridad en respuesta a la manifestación "6.1. El Dictamen Preliminar viola el derecho humano de una tutela efectiva de los derechos, reconocido en la CPEUM y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte" formulado en el Escrito de Manifestaciones de GTV.

5. Manifestaciones de Cofresa

Cofresa realizó las siguientes manifestaciones:

5.1. Manifestaciones con relación al GIE identificado como GTV.

Cofresa señala que la aplicación del Artículo Noveno Transitorio en el presente procedimiento, resultó inadecuada, pues generó que dentro del análisis del Dictamen Preliminar no fueran incluidos los efectos de la concentración entre GTV y Cablevisión Red, la cual fue consumada con antelación a la emisión del Dictamen Preliminar, con lo cual el poder sustancial de GTV fue subestimado en diversas localidades.⁷³ Manifiesta que el citado artículo transitorio no señala que alguna circunstancia debía ser excluida en el respectivo análisis. Más aun, que en dicho precepto nunca se indica que los efectos de una concentración sujeta al Artículo Noveno Transitorio deberán ser considerados una vez que el IFT autorice la misma. De hecho, ya que dicho artículo transitorio señala que el aviso de concentración debe ser notificado al Instituto los diez días siguientes a que se efectuó la transacción, es evidente que dicho precepto reconoce los efectos de las transacciones realizadas a su amparo se consumaran previo al análisis del Instituto.

Además que, la concentración adquisición del cien por ciento de las acciones de Cablevisión Red y sus subsidiarias evaluada el diez de diciembre de dos mil catorce, fue anunciada al público inversionista el ocho de enero de dos mil quince,⁷⁴ con lo que el IFT tuvo conocimiento de tales acontecimientos, dado que su investigación en el Expediente terminó el nueve de marzo de dos mil quince, con lo que resulta razonable considerar que

⁷³ Prueba identificada con el inciso a), I, Quinto del acuerdo de admisión de pruebas de Cofresa de fecha cuatro de junio de dos mil quince y como Anexo I del escrito de manifestaciones de Cofresa presentado el veintisiete de mayo de dos mil quince. Folios 14874 a 14917 del Expediente.

⁷⁴ Prueba identificada con el inciso b), I, Quinto del acuerdo de admisión de pruebas de Cofresa de fecha cuatro de junio de dos mil quince y como Anexo II del escrito de manifestaciones de Cofresa presentado el veintisiete de mayo de dos mil quince. Folios 14918 a 14920 del Expediente.

el Instituto debió haber evaluado las circunstancias presentes durante la investigación respectiva.

Asimismo manifiesta que la emisión del Dictamen Preliminar fue extemporáneo, pues como previamente señaló, de conformidad con el Artículo Noveno Transitorio, el Instituto debía pronunciarse sobre el aviso de concentración notificado y en su caso emitir la regulación aplicable, derivado de la existencia de poder sustancial, en un plazo "*no mayor a noventa días naturales*" una vez notificado el respectivo aviso. Lo que implica que durante dicho plazo se debió emitir la autorización/aprobación correspondiente, la declaratoria de poder sustancial respectiva y las medidas aplicables.

No obstante, el Instituto en falta a la disposición señalada interpretó que para cumplir con lo dispuesto por el Artículo Noveno Transitorio tendría que ejecutar diversos procedimientos independientes: i) uno para analizar la autorización de la concentración -sobre el que los agentes económicos no conocen el periodo máximo que puede durar-; ii) otro para analizar la existencia de poder sustancial dentro de los noventa días naturales siguientes a la resolución del IFT; iii) otro para emitir la declaratoria correspondiente, y iv) en su caso, otro para imponer las medidas que resultan aplicables para contrarrestar la existencia de poder sustancial. En este contexto, ya que la interpretación del IFT viola flagrantemente lo dispuesto por el Inconstitucional Artículo Noveno Transitorio de la LFTR, la autorización del IFT que en su caso debió haber sido emitida junto a la declaratoria de existencia de poder sustancia respectiva y con las medidas aplicables, resulta ilegal.

A fin de sustentar lo anterior; es decir, que la concentración entre Grupo Televisa y Cablevisión Red, ocurrió durante el procedimiento de investigación para la emisión del DP; Cofresa ofreció como pruebas el Primer Reporte Trimestral de GTV del año dos mil quince, y el comunicado NO. R1019 presentados ante la BMV, mismas que no son suficientes para demostrar que en el DP se debió analizar los efectos de la concentración entre GTV y Cablevisión Red, en virtud de las siguientes razones:

Primeramente se precisa, que de acuerdo al análisis efectuado en el Dictamen Preliminar, el GIE que conforma GTV quedó definido de la siguiente manera:

Grupo Televisa, S.A.B., conformado por: a) las sociedades subsidiarias concesionarias identificadas comercialmente como Cablemás, y que son: Alvafig, S.A. de C.V., Cable y Comunicación de Campeche, S.A. de C.V., y Cablemás Telecomunicaciones, S.A. de C.V.; b) Cablevisión; c) TVI; d) Cablecom; e) Innova, así como f) Letseb, constituyen un GIE en razón de que: (i) se actualiza el ejercicio de influencia decisiva o control, de una(s) sobre otra(s); (ii) existen intereses comerciales y financieros afines, y (iii) coordinan actividades para lograr un objetivo común o unión para realizar un fin determinado.

El control de *iure* al que se refiere el numeral (i), así como Intereses afines y coordinación de actividades quedaron demostrados mediante la actualización de los siguientes criterios y de una combinación de los mismos:

- a) Cuando una persona, directa o indirectamente, es tenedora o titular de acciones o partes sociales, con derecho pleno a voto, que representen más del 50% (cincuenta por ciento) del capital social de dos o más personas morales.
- b) Cuando una persona es tenedora o titular de acciones o partes sociales con derecho pleno a voto, de dos o más personas morales, cuyo valor representa el mayor porcentaje del capital social de estas personas, respecto a los demás accionistas de las mismas;
- c) Cuando una o varias personas, directa o indirectamente, tenga la facultad de dirigir o administrar a una o más personas morales en virtud de las facultades que le otorga su posición dentro de los órganos de dirección y/o administración de la sociedad o sociedades en cuestión, y
- d) Cuando una o varias personas tengan la facultad de dirigir o administrar a otras personas morales en virtud de uno o varios contratos, incluyendo el acto constitutivo de dichas personas morales.

En el Anexo I de la presente resolución se analizan y exponen los argumentos jurídicos que sustentan la conformación del GIE de GTV.

Con relación a lo anterior, se señala que para efectos de la presente resolución esta autoridad no estima necesario considerar los efectos de la adquisición de Cablevisión Red por parte de GTV para extender la determinación de poder sustancial en los noventa y nueve mercados relevantes que estableció el Dictamen Preliminar. Lo anterior en razón de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es un hecho notorio⁷⁵ para este Instituto que mediante resolución emitida por el Pleno el veinte de abril de dos mil quince, se resolvió que el aviso de concentración tramitado en el expediente UCE/AVC-001-2015; relativo a que la concentración entre GTV y Cablevisión Red, cumple con los requisitos establecidos en los incisos "a" a "d" del primer párrafo del Artículo Noveno Transitorio, por lo que dicha concentración se encuentra en el supuesto de excepción de requerir autorización del Pleno.⁷⁶

⁷⁵ "HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LAS PÁGINAS ELECTRÓNICAS OFICIALES QUE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO UTILIZAN PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO, ENTRE OTROS SERVICIOS, LA DESCRIPCIÓN DE SUS PLAZAS, EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS O EL ESTADO QUE GUARDAN SUS EXPEDIENTES Y, POR ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR". Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Enero de 2009; Pág. 2470. XX.2o. J/24.

⁷⁶

http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/acuerdoliga/versionpublicapifftext20041585_1.pdf

Tal y como se mencionó en el Dictamen Preliminar,⁷⁷ a la fecha de conclusión de la investigación -esto es al nueve de marzo de dos mil quince- se encontraba pendiente la determinación por parte del Instituto respecto del Aviso de Concentración realizado por GTV, en cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo Noveno Transitorio, razón por la cual no se integró a Cablevisión Red como parte del GIE identificado como GTV; sin embargo, es necesario precisar que el Dictamen Preliminar no señaló que GTV no estuviese concentrado de *iure* o de *facto*, tampoco afirmó que la concentración estuviera o no surtiendo efectos al momento en que se emitió el DP y mucho menos que la autorización de la concentración estuviese sujeta a la determinación por parte del Pleno, pues en todo caso, como indica Cofresa, la concentración fue anunciada desde el ocho de enero de dos mil quince, refuerza lo anterior, el hecho de que el mismo GTV reconociera en su Primer Reporte Trimestral, los resultados reflejados por la consolidación de Cablecom y de Cablevisión Red.

Ahora bien, con independencia de que no es razón suficiente la mera afirmación de que el Instituto no se hubiese pronunciado respecto del aviso de concentración UCE/AVC-001-2015 para omitir la integración de Cablevisión Red como parte del GIE denominado GTV, dado que la concentración fue realizada el ocho de enero de dos mil quince y la investigación del Expediente feneció el nueve de marzo de dos mil quince, esta autoridad considera lo siguiente:

El procedimiento para atender los avisos de concentración que se presenten conforme al Artículo Noveno Transitorio implica analizar si efectivamente la concentración realizada cumple con los cuatro incisos previstos en el primer párrafo del citado artículo transitorio, pues en caso de no hacerlo, dichas concentraciones sí requerirían autorización del Instituto conforme a la LFCE, implicando con ello una probable concentración no notificada.

En ese sentido, si bien es cierto que, al momento de emitir el DP la Autoridad Investigadora ya conocía las consecuencias y el alcance de la determinación por parte del Pleno en cuanto al aviso de concentración, al momento de concluir el periodo de investigación dichas consecuencias y alcances aún eran desconocidos por la Autoridad Investigadora, por lo que la misma debía emitir el Dictamen Preliminar con los elementos y medios de convicción que contara en ese momento; por lo que esta autoridad considera que en beneficio de los agentes económicos involucrados en la concentración no debieron analizarse en el Dictamen Preliminar los efectos de la adquisición de Cablevisión Red por parte de GTV.

⁷⁷ Nota al pie número 151, página 48 del Dictamen Preliminar, al respecto señala: "Al día de la fecha de conclusión de la investigación a la que pertenece el presente análisis, se encontraba pendiente la determinación correspondiente por parte del IFT respecto del aviso de concentración realizado en términos del Artículo Noveno Transitorio por GTV, Corporativo Vasco de Quiroga, S.A. de C.V., Promo-Industrias Metropolitanas, S.A. de C.V. y Villacezan, S.A. de C.V., en su carácter de compradores y los accionistas de Cablevisión Red-Grupo HEVI en su carácter de vendedores; razón por la cual aún no se integra a Cablevisión Red como parte del Grupo de Interés Económico de GTV."

Lo anterior, no significa que el Instituto omitiera analizar la probable existencia de poder sustancial como resultado de la concentración efectuada entre Cablevisión Red y GTV, tan es así que el Artículo Noveno Transitorio, establece en su párrafo quinto que el Instituto deberá investigar la concentración y en caso de encontrar que existe poder sustancial podrá imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar la libre competencia y concurrencia. Al respecto, con fecha nueve de septiembre de dos mil quince, en el DOF se publicaron los datos relevantes del dictamen preliminar, resultado de la investigación realizada por la AI respecto de dicha concentración.⁷⁸

Con relación a la manifestación relativa a que la emisión Dictamen Preliminar fue extemporánea, esta autoridad estima que dicha afirmación es incorrecta, por las consideraciones que serán abordadas en la parte conducente a la contestación del Escrito de Manifestaciones de GTV, en particular en el punto 6.2 de la presente resolución.

5.2. El IFT debe considerar que derivado del comportamiento reciente de GTV existen indicios de que está dispuesto a utilizar su poder sustancial en perjuicio de otros oferentes del servicio de televisión restringida.

Cofresa señala que si bien es cierto que no existe resolución que haya causado estado, también deben considerarse como un indicio de que GTV sí ha sido objeto de investigaciones e incluso ha sido sancionado por la CFC y el Instituto.

Para efectos de que el Instituto tenga un panorama completo respecto del ejercicio del poder sustancial que ha realizado GTV y pueda tomar las medidas conducentes, resulta relevante que tenga a la vista los procedimientos en los que GTV ha sido investigado, sancionado o está siendo investigado por prácticas monopólicas relativas.⁷⁹

No es relevante que las resoluciones de los expedientes donde GTV ha sido investigado o sancionado hayan causado estado, dado que el procedimiento de mérito no busca determinar que GTV haya cometido prácticas monopólicas relativas y sancionarlo conforme a la LFCE por tales motivos. El presente procedimiento busca determinar la existencia de poder sustancial.

El análisis de los expedientes donde GTV ha sido investigado o sancionado se encuentra directamente relacionado con el Expediente porque permiten acreditar que:

⁷⁸ http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5407938&fecha=09/09/2015

⁷⁹ Al respecto Cofresa, enlista los procedimientos en los que GTV ha sido investigado, sancionado o está siendo investigado por prácticas monopólicas relativas, mencionados en el folio 14853 anverso y reverso del Expediente:

1. DE-001-2006-I y acumulados (índice de la CFC)
2. DE-022-2007 (índice de la CFC)
3. E-IFT/UC/DGIPM/PMA/0001/2013 (índice del Instituto)
4. E-IFT/UC/DGIPM/PMR/0005/2013 (índice del Instituto)
5. E-IFT/UC/DGIPM/PMR/0001/2013 (índice del Instituto)

- (a) GTV cuenta con poder sustancial en el mercado de televisión restringida;
- (b) GTV tiene incentivos suficientes para utilizar de forma indebida su poder sustancial; y
- (c) Dados los incentivos de GTV, el IFT debe emitir la regulación asimétrica necesaria para minimizar con los que cuenta para desplazar a sus competidores.

Con relación a lo anterior, se señala que el apartado "III.5.6. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado" del DP,⁸⁰ se analizó la fracción V, del artículo 59, de la LFCE, que establece que la autoridad debe analizar la comisión de prácticas anticompetitivas por agentes económicos que participen en los mercados relevantes, en dicho apartado se concluyó que no se encontraron antecedentes que hayan causado estado respecto del comportamiento reciente de GTV que permitieran identificar que GTV ha realizado conductas contrarias a la competencia en los Mercados Relevantes que fueron analizados en el Dictamen Preliminar.⁸¹

De esta forma, aún y cuando existan procedimientos que involucren a GTV o lo relacionen con la comisión de alguna práctica contraria a la competencia, no es posible analizar este hecho como indicio de la existencia de poder sustancial en los Mercados Relevantes analizados, ni tampoco es suficiente para determinar que GTV tiene incentivos para ejercer su poder sustancial en perjuicio de la competencia. Lo anterior, toda vez que de tomar en consideración dichos procedimientos sin que hayan causado estado, sería tanto como partir de una premisa falsa; es decir, al no existir una decisión precisa y no reflejarse la eficacia de los procedimientos, no pueden ser considerados o tomados en cuenta como premisa para demostrar la existencia de poder sustancial en uno nuevo.

No obstante lo anterior, el artículo 59, de la LFCE, por lo que se refiere a la determinación de poder sustancial, no establece la obligación por parte de la autoridad de acreditar que existen indicios de que el agente económico con poder sustancial comete o ha cometido prácticas contrarias a la competencia, sino sólo establece los criterios que la autoridad debe de tomar en cuenta para realizar dicho análisis.

En ese sentido, aún y cuando las manifestaciones de Cofresa se encuentran relacionadas con los hechos materia del Dictamen Preliminar, no los sustentan, por lo que no son susceptibles de ser analizados en particular, pues además las cuestiones planteadas son abordadas en el apartado "III.5.6. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado" de dicho documento.

Por otra parte, Cofresa ofreció como pruebas diversas resoluciones de procedimientos tramitados ante la CFC y el Instituto, a fin de probar el "ejercicio de poder sustancial de GTV", mismas que no son suficientes para demostrar tal hecho, toda vez que las resoluciones de los expedientes donde GTV ha sido investigado o sancionado por prácticas monopólicas, no son relevantes en el presente Expediente dado que el procedimiento de mérito no busca

⁸⁰ Página 211 del Dictamen Preliminar. Folio 13886 del Expediente.

⁸¹ Página 212 del Dictamen Preliminar folio 13886 del Expediente.

determinar que GTV haya cometido prácticas monopólicas relativas y sancionarlo conforme a la LFCE por tales motivos. El presente procedimiento busca determinar la existencia de poder sustancial. Asimismo, dichas probanzas, son insuficientes para modificar las consideraciones realizadas en el apartado 6.10 de la presente resolución, toda vez que no se acredita que GTV haya contado con poder sustancial en el mismo mercado relevante y en la misma temporalidad que se analiza en el presente procedimiento.

5.3. GTV tiene la capacidad de perpetuar su poder sustancial en el servicio de televisión restringida a partir de su posición en otros mercados relacionados, por lo que el IFT debe mitigar los efectos anticompetitivos en tales mercados.

Cofresa señala que la integración vertical de GTV y su condición de agente con poder sustancial en los mercados de televisión y de agente económico preponderante en el sector de radiodifusión restringida presenta incentivos para desplazar a sus competidores o a aquellas empresas integrantes del GIE a los que éstos pertenecen. En aras de reestablecer las condiciones de competencia en el mercado de televisión restringida, es necesario mitigar los efectos que la presencia de GTV en distintas etapas del proceso productivo, puede tener el efecto de desplazar a sus competidores a los GIE de los cuales forman parte.

Independientemente de que los mercados de televisión restringida se definan geográficamente como locales, se debe atender que los insumos para ofrecer dicho servicio son los mismos para todo el territorio nacional. En este sentido, la dimensión geográfica de los mercados de compra, venta y producción de contenidos utilizados todos para la televisión restringida, así como la venta de espacios publicitarios en territorios donde se presta el servicio de televisión restringida es nacional, por lo que la regulación en los mercados relacionados también debe ser nacional.

De lo contrario los problemas identificados en el Dictamen Preliminar no podrán ser mitigados por la regulación asimétrica, de tal forma que GTV podría desplazar a sus competidores en aquellos mercados donde no fue declarado con poder sustancial. Tomando en cuenta lo anterior, se realizan manifestaciones sobre los mercados relacionados al de televisión restringida: compra y venta de contenidos, venta de espacios publicitarios y acceso a redes de infraestructura.

A. Manifestaciones sobre la compra y venta de contenidos.

Los principales incentivos de GTV para ejercer su poder sustancial pueden ser identificados como sigue: (i) venta de contenidos producidos por GTV; (ii) compra de contenidos de terceros en exclusiva por GTV; y (iii) compra o retransmisión por parte de GTV de contenidos de producción independiente.

a. Venta de contenidos producidos por GTV

La característica de Integración vertical de GTV crea las condiciones idóneas para que discrimine el acceso a los contenidos que produce, con lo cual, se ve mermada la

capacidad de sus competidores en el servicio de televisión restringida pues dentro de su oferta de canales no incluyen contenidos de alto valor para las audiencias.

Por lo anterior Cofresa propone que GTV tenga la obligación de ponerlos a disposición de terceros todos los contenidos que no sean incluidos en el *must carry* y *must offer*, en condiciones no discriminatorias a partir de una oferta pública regulada por el IFT en tarifas, términos y condiciones. De igual forma, el Instituto debería tomar como precios, términos y condiciones base, aquéllos que GTV haya informado a la Autoridad Investigadora respecto de las transacciones que realizan las empresas que forman parte de su GIE para evitar que GTV aumente sus precios de forma desmedida con el objeto de que sus competidores no puedan tener acceso a sus contenidos. Lo anterior, siempre y cuando se respete la proporción del valor de sus canales de televisión abierta respecto de los de televisión restringida. Finalmente, los contenidos y canales deberán poderse adquirir de forma individual, sin perjuicio de que GTV los pueda ofertar empaquetados.

b. Compra de contenidos producidos por terceros y adquiridos en exclusiva por GTV.

Considerando que los canales de GTV, tanto en televisión radiodifundida como en restringida tienen niveles de audiencia importantes, dicho agente cuenta con poder de negociación como comprador de canales de televisión, ya que en términos de suscriptores cuenta con la mayor participación en la mayoría de los mercados de STAR.

El poder de compra de GTV permite que dicho agente económico presente mejores ofertas con los licenciante de los contenidos que adquiere en exclusiva, obteniendo mejores condiciones y desplazando a sus competidores en televisión restringida en la compra de insumos producidos por terceros.

Tomando en cuenta lo anterior, mientras GTV continúe siendo dominante en diversos mercados de televisión restringida, deberá encontrarse impedida de contratar cualquier contenido en exclusiva. Asimismo, respecto de los contenidos y canales que ya mantiene en exclusiva, permita que sus competidores en el servicio de televisión restringida puedan tener acceso a los mismos mediante una oferta pública, no empaquetada y bajo tarifas de mercado reguladas y aprobadas por el IFT, de tal forma que el precio de adquirir los contenidos no resulte inaccesible para sus competidores.

Ahora bien, para el caso de que el Instituto considere que la prohibición total a la adquisición de contenidos en exclusiva por parte de GTV resulta excesiva para efectos de contener su poder sustancial en los mercados de televisión restringida, el Instituto debería limitar la adquisición por parte de GTV de contenidos en exclusiva que tuviesen la característica de ser no replicables. Por otro lado, el Instituto también debería restringir la adquisición de contenidos en exclusiva por GTV para sus plataformas OTT. Si bien el servicio OTT no pertenece a los mercados de televisión restringida, se debe decir que existe una identidad entre los proveedores de contenidos para televisión restringida y para los contenidos de OTT. De esta forma, dado el poder de compra con el que cuenta GTV en televisión restringida, así como su integración vertical, dicho GIE puede trasladar su poder

a la compra de contenidos para OTT, imponiendo exclusividades o presionando a los proveedores para que nieguen la venta de sus canales a Cofresa para su servicio OTT.

Por lo anterior, en aras de suprimir dicha ventana con la que cuenta GTV para ejercer presión y desplazar a sus competidores en los mercados de televisión restringida, el Instituto debería considerar proponer una regulación específica al agente dominante consistente en la prohibición, no sólo de adquirir contenidos en exclusiva para televisión restringida, sino también para los servicios OTT. De lo contrario, inclusive GTV podría estratégicamente pasar sus contenidos en exclusiva a sus plataformas OTT, burlando así las obligaciones en materia de exclusividades que en su momento emita el Instituto.

c. Compra de contenidos de producción independiente a GTV.

Sobre la adquisición de contenidos nacionales de producción independiente, como ya fue referido, los canales de Televisa de televisión radiodifundida tienen un alcance mayor al noventa y ocho por ciento de los hogares, mientras que su participación en televisión restringida a partir de las plataformas satelital y por cable, le permite llegar a más del sesenta y cinco por ciento de los usuarios de televisión restringida. En este tenor, GTV es propietario de la red de difusión de contenidos más amplia en todo nuestro país, por lo que tener acceso a sus paquetes básicos, así como a sus canales de televisión restringida podrían inclusive considerarse como insumos esenciales para los mercados de venta de contenidos.

La integración vertical de GTV presenta incentivos fuertes de desplazar a sus competidores en la compra de insumos relevantes para el servicio de televisión restringida; sin embargo, la integración vertical también presenta fuertes incentivos para afectar a sus competidores a partir de medios de presión a empresas que son parte del GIE de sus competidores en televisión restringida. GTV ha negado la adquisición de contenidos pertenecientes al GIE de Cofresa como parte de una estrategia de desplazar al GIE Dish y sus empresas afiliadas.

GTV ha obstaculizado el proceso productivo del GIE al que pertenece Cofresa al discriminar el acceso de los programas que produce MVS a los sistemas de televisión restringida. Ello, debido al control que GTV ejerce sobre los sistemas de televisión abierta y restringida. En efecto, como ha sido delineado, GTV detenta un monopsonio en la compra de contenidos audiovisuales y es el principal productor de los mismos, situación que ha utilizado para intentar desplazar al GIE al que pertenece Cofresa.

A principios de dos mil ocho, los competidores de Dish (Sky, Cablevisión Distrito Federal, Cablevisión Monterrey, Cablemás y Cablecom), todos ellos relacionados por lo menos comercialmente con GTV, suprimieron de su programación los canales que produce MVS (ZAZ, 52MX, Cinelatino, Multicinema, Multipremier y Exa TV), luego de conocerse las negociaciones entre MVS Comunicaciones y Echostar para lanzar la oferta Dish.

Debe tomarse en cuenta que la negativa de GTV de adquirir contenidos independientes perjudica en última instancia a las audiencias, pues no existe una pluralidad real de contenidos, por lo que Cofresa solicita que el IFT obligue a GTV a incorporar a sus ofertas,

tanto de televisión restringida como de televisión abierta, por lo menos los contenidos que sean producidos por sus competidores en televisión restringida.

B. Mercado de venta de espacios publicitarios.

La participación de nuevos competidores del mercado de televisión restringida en la obtención de espacios publicitarios es un aspecto de vital importancia para los agentes económicos entrantes a dicho mercado, existe una gran inversión de capital en espacios publicitarios pues sólo así pueden darse a conocer a las audiencias y de esta forma allegarse de suscriptores; situación que toma más relevancia ante la presencia de un agente con más del sesenta y cinco por ciento de participación en el mercado como lo es GTV. La presencia de GTV en su carácter de agente con poder sustancial y su condición como agente verticalmente integrado, tiene impactos en el mercado de venta de publicidad, pues al controlar los canales publicitarios puede negar el acceso a la venta de publicidad y por tanto, puede tornar imposible la entrada y consolidación de sus competidores en el mercado de televisión restringida. Por esta razón, la regulación asimétrica que establezca ese IFT, debe considerar la obligación de GTV para brindar espacios publicitarios en televisión restringida y televisión abierta a sus competidores en el servicio de televisión restringida.

Cofresa considera que la calidad de agente con poder sustancial en el mercado de televisión restringida, aunado a su calidad de agente preponderante en televisión radiodifundida, permite que GTV restrinja el abasto a los mercados de publicidad en perjuicio de sus competidores en televisión restringida. Inclusive, debe hacerse mención que GTV no sólo cuenta con incentivos para negar el acceso a sus espacios publicitarios, sino que se encuentra siendo objeto de una investigación por tales motivos, sustanciada ante ese Instituto bajo el expediente UCE/DE-003-2014. Por lo anterior, el Instituto debe obligar a GTV a ofertar sus espacios publicitarios mediante ofertas públicas, autorizadas por el IFT, tanto en términos y condiciones como en contraprestaciones -relacionadas con los costos de GIE y con los efectos que a la competencia pueden generarse-, evitando el empaquetamiento de espacios publicitarios. De igual forma, se deben establecer restricciones a la publicidad de los agentes participantes de GTV en los mercados de televisión restringida, pues la saturación de espacios publicitarios o el bombardeo de publicidad adyacente a las de los competidores de GTV de igual forma puede tener como efecto minimizar el impacto de la publicidad para los oferentes de televisión restringida que no pertenezcan a GTV.

Tomando en cuenta lo anterior, en atención a que GTV se encuentra verticalmente integrado, éste puede tener incentivos para (i) no reflejar sus costos en publicidad, (ii) negar el acceso a sus competidores a sus espacios publicitarios o (iii) estrechar los márgenes de sus competidores en el mercado de televisión restringida. Por lo anterior, el Instituto debe imponer medidas de fiscalización suficientes para revisar las transacciones entre partes relacionadas dentro del GIE encabezado por GTV, así como ofertas públicas aprobadas por el IFT para la adquisición de espacios publicitarios.

C. Manifestaciones sobre acceso a redes de infraestructura de GTV.

Para nivelar las condiciones de competencia en relación con la infraestructura física necesaria para la provisión del servicio de televisión restringida vía cable, el IFT deberá obligar a GTV a poner a disposición de terceros toda su infraestructura pasiva con alcance hasta el domicilio de sus suscriptores, mediante una oferta pública. De otra forma, la gran complementariedad de precios y paquetes que ofrece GTV para impedir el acceso a sus competidores. De igual forma, esta medida incentiva el crecimiento de oferta de servicios convergentes asociados a la red pasiva de GTV.

iv. Medidas de regulación asimétrica para mitigar los incentivos de GTV de desplazar a sus competidores en los mercados de televisión restringida.

Tomando en cuenta lo manifestado en los apartados anteriores, el IFT debe emitir una regulación eficaz que permita nivelar la competencia en el mercado relevante y restaurar la dinámica competitiva que se ha visto mermada por las acciones de acaparamiento que GTV ha realizado en el servicio de televisión restringida.

Por lo anterior, se solicitan y proponen medidas de regulación asimétrica y obligaciones específicas a GTV cuya imposición podría contribuir a mitigar los efectos adversos a la competencia que ya fueron identificados en el Dictamen Preliminar. Al respecto, las medidas tendientes a regular asimétricamente a GTV deberán imponerse respecto de: (i) controlar el aumento de la participación de GTV en los mercados de televisión restringida; (ii) acceso a la compra, venta y retransmisión de contenidos; (iii) proteger el proceso de competencia en relación con espacios publicitarios; (iv) proteger el proceso de competencia con relación al acceso a infraestructura pasiva; (v) evitar que haya directorios cruzados entre las sociedades que integran GTV; y (vi) fiscalizar las operaciones entre partes relacionadas a GTV.

Finalmente, Cofresa solicita imponer una obligación específica a GTV consistente en abstenerse de realizar cualquier concentración adicional que implique la incorporación de más servicios de televisión restringida, quedando por ello vedado a dicho agente acogerse a lo establecido en el Noveno Transitorio.

Con relación a las manifestaciones anteriores, se indica que para efectos de la presente resolución no es necesario establecer medidas específicas o asimétricas con objeto de evitar que se afecte la competencia y libre concurrencia, toda vez que el procedimiento especial para resolver condiciones de mercado tramitado en el Expediente tiene como finalidad determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial, sin que ello implique la imposición de regulación asimétrica al GIE a quien se determinó con poder sustancial en el Dictamen Preliminar.

Lo anterior es incluso aceptado por Cofresa en su escrito de manifestaciones, en el que reconoce que el procedimiento tramitado en el Expediente tiene como finalidad determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial, sin que del mismo se desprenda

que además el procedimiento tenga como finalidad la imposición de medidas para prevenir o corregir efectos anticompetitivos, tal como se observa en la siguiente transcripción:

"(...).

Sobre los expedientes anteriores, Cofresa considera que no es relevante que la resolución de los mismos haya causado estado, que (GTV) haya sido declarado responsable o que el expediente referido se encuentre en proceso de investigación o determinación, pues el procedimiento de mérito no busca determinar que (GTV) haya cometido prácticas monopólicas relativas y sancionarlo conforme a la (LFCE) por tales motivos. En este orden de ideas, el presente procedimiento busca determinar la existencia de poder sustancial y que las condiciones del mercado investigado permitan el ejercicio indebido de dicho poder. (...)"⁸²

(Subrayado añadido)

Por otro lado, es necesario precisar que de conformidad con el artículo 28, párrafos décimo quinto y décimo sexto de la CPEUM, el Instituto tiene a cargo por un lado la regulación, promoción y supervisión de la prestación de los servicios de telecomunicaciones y por otro lado es la autoridad en materia de competencia económica en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva la facultades que establece el artículo 28 de la CPEUM y la LFCE para la Cofece.

Con fundamento en los artículos 12, fracciones XI y XXX, 18, párrafo séptimo, de la LFCE; 15, fracción XX, 17, fracción I, 264, primer párrafo, 279 y 280 de la LFTR, y 6, fracción XXXVII, del Estatuto Orgánico del Instituto, al Pleno le corresponden atribuciones para: i) resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de libre competencia o competencia económica a que hacen referencia la LFCE u otras leyes o disposiciones; y ii) determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en los mercados relevantes que correspondan en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión en términos y de conformidad con la LFTR y la LFCE.

Asimismo, de conformidad con los artículos 28, párrafo décimo sexto de la CPEUM; 15, fracciones XX y LXIII, 17, fracción I y 281 de la LFTR, así como 6, fracción VI y XXXVII del Estatuto Orgánico del Instituto, al Pleno le corresponden atribuciones para imponer las medidas necesarias con el objeto de evitar que se afecte la competencia y la libre competencia en los mercados materia de la LFTR, por lo que regulará de forma asimétrica a los participantes de estos mercados.

De conformidad con lo anterior, se observa que el Instituto tiene atribuciones para: i) actuar como autoridad de competencia al determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial, y ii) regular asimétricamente a los participantes de los mercados correspondientes a los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. Si bien los artículos 28,

párrafo décimo sexto, de la CPEUM, y 15, fracción XX, de la LFTR establecen al mismo tiempo atribuciones para determinar agentes económicos con poder sustancial y regular asimétricamente a dichos agentes, lo cierto es que ello de ninguna manera implica que el Instituto deba determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial e imponer medidas en el mismo acto administrativo como resultado de un solo procedimiento.

En efecto, el artículo 280 de la LFTR establece que el Instituto declarará si un agente económico tiene poder sustancial en algún mercado relevante de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, de acuerdo con el procedimiento establecido en la LFCE, así como las disposiciones sustantivas previstas en dicha ley y en la LFTR. Por su parte, el artículo 281 de la LFTR establece que el Instituto establecerá las obligaciones específicas al agente económico con poder sustancial a que se refiere el artículo 280, de conformidad con el procedimiento que establece el artículo 281 de la LFTR.

En ese sentido, el procedimiento para determinar agentes económicos con poder sustancial en los mercados relevantes de telecomunicaciones y radiodifusión se encuentra previsto en el artículo 96 de la LFCE, y el procedimiento para establecer obligaciones específicas a los agentes económicos con poder sustancial se encuentra previsto en el artículo 281 de la LFTR. Así, previo a que el Instituto se encuentre facultado para ejercer sus atribuciones como órgano regulador e imponer medidas específicas a un determinado agente económico es necesario que éste haya sido **previamente** determinado con poder sustancial en algún mercado relevante de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

Así las cosas, se reitera que el procedimiento que nos ocupa no tiene como fin regular asimétricamente al GIE a quien se determinó con poder sustancial en el Dictamen Preliminar, dado que el procedimiento especial para resolver condiciones de mercado a que se refiere el artículo 96 de la LFCE y, que sí es materia del procedimiento tramitado en el Expediente, únicamente tiene como finalidad determinar agentes económicos con poder sustancial sin que ello implique regularlos asimétricamente por medio de la presente resolución.

Respecto a la manifestación de Cofresa con relación a las medidas específicas sugeridas y aquellas que en su caso decidan imponerse al agente económico con poder sustancial deben ser en impuestas dentro en un área geográfica nacional, se señala a dicho agente como quedó expresado en la Considerando Segundo de la presente resolución, dicha determinación no es materia del presente procedimiento, por lo que no es dable pronunciarse con relación a la misma, ello en atención de que en caso de que se imponga regulación específica por el área facultada para ello, será en dicha determinación en la que se decidirán los términos y condiciones en que deban imponerse dichas medidas, tomado en consideración la determinación el mercado relevante, tanto en su dimensión producto como en su dimensión geográfica en los términos en que fue previamente establecido en el Dictamen Preliminar.

Por todo lo anterior, las manifestaciones de Cofresa en cuanto a la imposición de regulación a simétrica a GTV en realidad no se encuentran relacionadas con los hechos materia del Dictamen Preliminar, por lo que no es procedente analizarlas en lo particular. No obstante, se

indica que con fundamento en el artículo 51, fracción VI, del Estatuto Orgánico del Instituto, corresponde a la Dirección General de Consulta Económica, adscrita a la UCE del Instituto, emitir opinión, a la unidad competente del Instituto, sobre las medidas que se pretendan imponer a los agentes económicos declarados con poder sustancial, por lo que las manifestaciones y hechos expresados por Cofresa podrían ser consideradas para efectos de tales atribuciones.

Por otro lado, Cofresa realiza diversas manifestaciones orientadas a evidenciar conductas de GTV en los mercados analizados en el Dictamen Preliminar,⁸³ a saber:

c. Compra de contenidos de producción independiente a GTV

Cofresa manifiesta que GTV ha obstaculizado el proceso productivo del GIE al que pertenece, al discriminar el acceso de los programas que produce MVS Comunicaciones ("MVS") a los sistemas de televisión restringida. Ello, debido al control que GTV ejerce sobre los sistemas de televisión abierta y restringida. En efecto, como ha sido delineado, GTV detenta un monopsonio en la compra de contenidos audiovisuales y es el principal productor de los mismos, situación que se ha utilizado para desplazar al GIE al que pertenece mi Representada.

Efectivamente a principios de dos mil ocho, los competidores de Dish (Sky, Cablevisión Distrito Federal, Cablevisión Monterrey, Cablemás y Cablecom), todos ellos relacionados por lo menos comercialmente con GTV, suprimieron de su programación los canales que produce MVS (ZAZ, 52MX, Cinelatino, Multicinema, Multipremier y Exa TV), luego de conocerse las negociaciones entre MVS Comunicaciones y Echostar para lanzar la oferta Dish.

De tal forma, que GTV, con el objetivo de presionar al GIE de mi Representada, se encuentra violando inclusive el texto constitucional, por lo que ese IFT en carácter de órgano constitucional autónomo garante de los derechos de las audiencias y el cumplimiento de los preceptos constitucionales aplicables a los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, tiene las facultades necesarias para eliminar los medios de presión que GTV, que, en última instancia, perjudican la pluralidad de contenidos que la propia Constitución establece.

Sobre el particular, se precisa que dichas manifestaciones no pueden ser tomadas en cuenta dentro del procedimiento que nos ocupa, ya que no están dirigidas a sustentar o controvertir los hechos previstos en el Dictamen Preliminar.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 60, fracción III, de las DRLFCE, para los efectos de la fracción VI del artículo 96 de la LFCE, los agentes económicos deberán referirse únicamente a los hechos expresados en el Dictamen Preliminar publicado en la página de Internet del Instituto y los datos relevantes publicados en el DOF. En ese sentido, las

⁸³ Folios 14860 y 14861 del Expediente.

manifestaciones realizadas por Cofresa, no son materia del procedimiento especial para resolver condiciones de mercado tramitado en el Expediente.

No obstante, de conformidad con los artículos 67, 68 y 69 de la LFCE, Cofresa se encuentra en posibilidad de denunciar los hechos manifestados ante la Autoridad Investigadora del Instituto y, en caso de ser procedente su denuncia, la AI podría iniciar el procedimiento correspondiente.

6. Manifestaciones de GTV.

En la primera parte de esta sección se presentan y da respuesta a las manifestaciones de GTV que versan sobre aspectos procesales, cuyo estudio y resolución debe ser previo al del fondo de la cuestión. Posteriormente se analizan cuestiones particulares respecto del fondo del presente procedimiento.

En ese tenor, GTV realizó las siguientes manifestaciones:

6.1. El Dictamen Preliminar viola el derecho humano de una tutela efectiva de los derechos, reconocidos en la CPEUM y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte.⁸⁴

Previo al dictado de cualquier acto, los órganos estatales -ya sea el PJP, o los órganos pertenecientes a la Administración- deben observar una serie de pasos (un procedimiento) tendiente a garantizar al ciudadano una adecuada tutela de sus derechos y, a la vez, reducir al máximo posible el riesgo de tomar decisiones arbitrarias o equivocadas, para así reconocer el derecho de fondo a la parte que efectivamente lo posee. En esto consiste el "derecho a una tutela efectiva de los derechos".⁸⁵

Al haber notificado el DP con una, prácticamente, incontable cantidad de pasajes testados y al haber negado el acceso al expediente a GTV es violatorio del derecho humano a obtener de los órganos estatales una tutela efectiva de los derechos, puesto que hace nugatoria la defensa de GTV, al no conocer las causas, hechos, pruebas o circunstancias que tomó en consideración la AI para emitir el DP.

⁸⁴ Páginas 317 a 342 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 16710 a 16735 del Expediente.

⁸⁵ Al respecto, puede verse F. TOLLER, "El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales", *Revista de Derecho Administrativo* 45 (2003), p. 543 y ss., en donde se sostiene que: "El derecho constitucional ha asistido a una interesante evolución en el campo de las garantías jurisdiccionales. Antes imperaba el 'debido proceso legal' -due process of law-, expresión cuyo punto de mira estaba -o está enfocado hacia la corrección formal del proceso, sin abrirse expresamente a un concepto de derecho a la tutela en sentido fuere, de derecho a que el juez ampare los derechos de fondo. También se hablaba del 'derecho a la jurisdicción', muchas veces con el mero sentido y exigencia de un 'derecho a acceder a la justicia'. Englobando el debido proceso y el derecho a la jurisdicción estaba el 'derecho a la defensa en juicio'. Ahora, en cambio, se puede hablar de un derecho fundamental a la protección eficaz por parte de los tribunales de justicia, que ha sido felizmente denominado en España como 'derecho a la tutela judicial efectiva'. Sin negar las garantías procesales clásicas -a las que supone-, ese último sintagma no alude directamente a ellas -como el debido proceso legal-, y en algunos aspectos implica mucho más que el debido proceso".

Prevía autorización por parte del IFT, un autorizado de GTV acudió a las instalaciones del Instituto en compañía de un Notario Público, a efecto de consultar el Expediente; diligencia dentro de la cual solicitaron el acceso al DP sin testar, con la finalidad de que GTV hiciera valer su garantía de audiencia y defensa adecuada dentro del Expediente. Al respecto, no obstante la solicitud de GTV, el personal adscrito al IFT negó categóricamente el acceso a una versión sin testar del DP, so pretexto que la información testada tenía el carácter de confidencial. De lo anterior se levantó una fe de hechos, la cual se relaciona en el capítulo de pruebas correspondiente.

El derecho a una tutela efectiva de los derechos, es un mandamiento que ordena la CPEUM, en concordancia con los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, cuya esencia se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, e impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades estatales para que, de manera previa al dictado de un acto que pueda producir efectos jurídicos sobre los derechos de los ciudadanos, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír en defensa a los afectados.

Dichas formalidades y su observancia a las que se unen las relativas a la garantía de legalidad del artículo 16 de la CPEUM, no son una exigencia meramente formal, sino que se constituyen como elementos fundamentales útiles para demostrar a los afectados por un acto de autoridad, que la resolución que los agravia no se dicta de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige, reconociendo o no, consecuentemente, el derecho de fondo a quien corresponda.

El derecho a la tutela efectiva tiene plena vigencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sistema del cual el Estado Mexicano es parte.⁸⁶

Y si bien las normas reseñadas, tal como están redactadas, parecieran referir a procesos "judiciales" -y, en el caso del artículo 8.2., del Pacto de San José, al proceso penal-, cabe destacar que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha encargado de extender el alcance de las disposiciones reseñadas a todos los procedimientos en los que

⁸⁶ GTV transcribe parte de los artículos 8 y 25 del Pacto de San José:

"Artículo 8. Garantías Judiciales

1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho (...) en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
(...)

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa."

"Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

el Estado debe emitir un acto que pueda afectar los derechos de los ciudadanos, incluyendo a los procedimientos administrativos, hablándose ya no solamente de una tutela "judicial" efectiva, sino también de una tutela "administrativa" efectiva.

En efecto, en la causa "Baena", el mencionado tribunal internacional sostuvo lo siguiente:

"Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino (al) conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

(...)

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas."⁸⁷

La doctrina que surge de los párrafos transcritos es clara: las garantías previstas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana aplican en todo proceso en el que el Estado debe emitir un acto que pueda incidir en la esfera de derechos de los ciudadanos. Esta doctrina fue reiterada en el caso "Claude Reyes", en los siguientes términos:

"El artículo 8 de la Convención Americana se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

(...)

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar 'las debidas garantías' que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. El incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional.

El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos."⁸⁸

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", Sentencia de dos de febrero de dos mil uno (Fondo, Reparaciones y Costas), Páginas 124 y 127.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Claude Reyes y otros Vs. Chile" Sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil seis (Fondo, Reparaciones y Costas), páginas 116 a 118.

Vale recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya había tenido un pronunciamiento similar a los apuntados en el caso *"Tribunal Constitucional"*, cuando indicó que:

"(...) esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana."

La situación que se ha dado, respecto del derecho bajo análisis, en el derecho nacional, es afín. Al respecto, la CPEUM establece en el artículo 14 que: "Nadie puede ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho."

Tanto la doctrina como nuestro P.J.F han establecido que las formalidades esenciales del procedimiento consisten en los elementos indispensables para garantizar al gobernado una adecuada y oportuna defensa previa al acto de la autoridad, a saber: (1) la notificación del inicio del procedimiento, para que el gobernado pueda saber los hechos en discusión y pueda preparar su defensa; (2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (3) la oportunidad de alegar; y (4) el dictado de una resolución fundada y razonable que dirima las cuestiones debatidas.

Otra manifestación, por ejemplo, la encontramos en el artículo 20 de la CPEUM, que establece, entre otros derechos en el marco del proceso penal, que toda persona tiene derecho a que se le informe los hechos que le imputan y que le serán facilitados todos los datos que solicite para preparar su defensa. Se establece a su vez que tanto el gobernado como su abogado, al inicio del acto de privación, o bien ante la primera comparecencia, puedan tener acceso al expediente, para estar en la posibilidad de preparar y tener una defensa adecuada, y desde ese momento ya no pueden mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación.

Al igual que en el ámbito interamericano, nuestros tribunales se han encargado de extender las disposiciones precedentes a cualquier procedimiento en que el Estado pueda restringir o regular los derechos de los particulares. Por ejemplo, no quedan dudas de que lo anterior, es aplicable al derecho administrativo sancionador, al tener la misma naturaleza jurídica y derivar ambos de la facultad punitiva del Estado, aunado a que se desarrolla en las mismas etapas, es decir, primeramente ante una autoridad administrativa que realiza una investigación inquisitiva, y que de encontrar elementos suficientes para ello, sujeta a un gobernado a un procedimiento de privación de derechos.⁸⁹

⁸⁹ Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente jurisprudencia emitida por el Pleno de la SCJN: *"DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO"*. Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Agosto de 2006; Pág. 1565. P./J. 99/2006. Registro No. 174 488.

Así, la Segunda Sala de la SCJN, mediante jurisprudencia obligatoria para esa autoridad administrativa, estableció que el derecho a una defensa adecuada es igualmente aplicable al derecho administrativo sancionador, mismo que consiste en que se dé a conocer al gobernado los hechos y pruebas en los que la autoridad se basa para iniciar un procedimiento que puede culminar con privación de derechos, ya que de lo contrario la garantía de audiencia resultaría prácticamente inútil, puesto que el gobernado no estaría en condiciones de saber qué pruebas aportar o qué alegatos formular a fin de contradecir los argumentos de la autoridad, si no conoce las causas y los hechos en que ésta se apoya para iniciar un procedimiento que pudiera afectarlo en su esfera jurídica.⁹⁰

En el mismo sentido que la anterior jurisprudencia, el PJF ha emitido los siguientes precedentes en los que establece que el derecho a una defensa adecuada es aplicable también en materia administrativa.⁹¹ En el derecho comparado se ha observado una experiencia idéntica.⁹²

⁹⁰ "AUDIENCIA, RESPETO A LA GARANTIA DE. DEBEN DARSE A CONOCER AL PARTICULAR LOS HECHOS Y MOTIVOS QUE ORIGINAN EL PROCEDIMIENTO QUE SE INICIE EN SU CONTRA". Séptima Época, Segunda Sala. Página 85.

⁹¹ COOPERACION, DERECHOS DE, CITACIONES PERIODISTICAS (LEY DE PLANIFICACION Y URBANIZACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA NORTE). Tesis Aislada. Séptima Época. Página 146. y "SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 60 DE LA LEY RELATIVA, ES VIOLATORIO DEL DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA, AL IMPEDIR QUE EL AFECTADO TENGA UNA REPRESENTACIÓN EFECTIVA Y ACCESO A TODA LA INFORMACIÓN QUE OBRA EN EL EXPEDIENTE."

⁹² A modo de ejemplo, pueden citarse sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en las que ha sostenido que:

"(...) cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el Artículo 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales (...)" (énfasis agregado) ((Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, L. 216. XLV. "Lóscer, Jorge Alberto y otros el BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM-FIN 708)"). "(...) el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Argentina), que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el art. 8, inc. 1, del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y a su vez, el art. 25, al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales" (énfasis agregado) (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, B. 853. XLIV. "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros el B.C.R.A. si resol. 178/93"). "(...) el art. 3º inc. a, de la resolución COMFER 16/99 resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. a y b, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)" (énfasis agregado) (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comité Federal de Radiodifusión").

Así, de lo anterior no queda lugar a dudas que cualquier autoridad que ejerza una función materialmente jurisdiccional (ya sea el mismo Poder Judicial o la Administración a través de sus procedimientos propios) debe propiciar una tutela efectiva de los derechos del ciudadano.

Sentado ya que la CPEUM y los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, buscan proteger en cualquier momento y procedimiento el derecho a la tutela efectiva de los derechos, corresponde hacer algunas consideraciones sobre la situación que se ha verificado en el expediente que nos incumbe, en el que se ha notificado un DP con una gran cantidad de pasajes testados y se ha negado que GTV pueda tener acceso al Expediente, violándoles la posibilidad de preparar y tener una defensa adecuada y su derecho de audiencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar aquellas situaciones en las cuales el acceso al expediente ha sido restringido, calificando tal conducta como un impedimento a una defensa adecuada. Así, por ejemplo, el tribunal referido ha sostenido:

*"La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada."*⁹³

*"La Corte considera que la imposibilidad de acceder a las actuaciones realizadas durante la etapa del sumario y presentar pruebas impidieron que el señor Palamara Iribarne pudiera defenderse de forma adecuada."*⁹⁴

La importancia para las partes de tener acceso al expediente para preparar una adecuada defensa es reconocida a nivel nacional en todos los ámbitos y fueros, incluso tratándose de los derechos de la víctima o del ofendido, en el que la CPEUM establece que es obligación del Ministerio Público el resguardo de la identidad y otros datos personales de menores de edad, cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada. Sin embargo, ni siquiera en dichos casos se puede coartar el derecho a una defensa adecuada, puesto que se establece que el juzgador siempre deberá salvaguardar los derechos del sujeto involucrado a una debida defensa, por lo que todos los datos y el acceso al expediente deben ser oportunamente

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Castillo Petrucci y otros Vs. Perú", Sentencia de treinta de mayo de mil novecientos noventa y nueve (Fondo, Reparaciones y Costas), página 141.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Palamara Iribarne Vs. Chile", Sentencia de veintidós de noviembre de dos mil cinco (Fondo Reparaciones y Costas), p. 177.

revelados, de modo tal que en ninguna circunstancia iniciado el procedimiento en forma de juicio "podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación".

Lo anterior, es decir, que la autoridad administrativa que sujetó a un gobernado a un procedimiento en el que estén involucrados sus derechos, debe de respetar el derecho a una defensa adecuada y a la garantía de audiencia, mediante el acceso que se dé al imputado o a su abogado al expediente y a todos los datos y hechos en que se basó dicha autoridad para sujetarlo a un procedimiento privativo, es corroborado por nuestro Poder Judicial de la Federación.^{95 96 97 98}

En relación a la vista de las actuaciones administrativas, esto es, el derecho a tener acceso al expediente, destacada doctrina internacional ha afirmado que:

"El instituto de la vista de las actuaciones administrativas es, sin duda, fundamental, pues en él está comprometido no sólo el principio republicano de gobierno de publicidad de los actos sino también, en la mayor parte de los casos, el debido proceso adjetivo. En este último sentido, se ha dicho que es una manifestación concreta del derecho constitucional de defensa.

(...)

(...) debe quedar claro, en relación con la reserva de las actuaciones, que (...), es propio del debido proceso legal que la suerte existencial de un ciudadano no puede depender del exclusivo resorte de un informe secreto, sin poder enterarse a ciencia cierta de qué se lo acusa concretamente y que se le permita defenderse libremente. Y agregó luego que el agente público -el ciudadano en general- debe estar siempre salvaguardado de arbitrariedad alguna y nunca puede verse frustrado su legítimo derecho por acusaciones o declaraciones abstractas y mucho menos, secretas, respecto de las cuales no puede defenderse, pues ello

⁹⁵ "DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA Y GARANTÍA DE AUDIENCIA. LA POSIBILIDAD DE PRESENTAR UN ESCRITO CON ALEGATOS NO IMPLICA EL RESPETO A ESTOS DERECHOS FUNDAMENTALES". Localización: (TA); 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1; Pág. 501. 1a. CCXXII/2012 (10a.). Registro No. 2 001 624.

⁹⁶ "DERECHO DE DEFENSA. SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS CON LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN". Localización: (TA); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Enero de 2005; Pág. 414. 1a. CXXIV/2004. Registro No. 179 608.

⁹⁷ "SUSPENSIÓN PROVISIONAL. PROCEDE CONCEDERLA SI EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PERMITIR EL ACCESO A LA AVERIGUACIÓN PREVIA AL INculpADO, SU DEFENSOR O PERSONA DE SU CONFIANZA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)". Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Mayo de 2010; Pág. 2074. IV, 1o. P. 48 P. Registro No. 164 516.

⁹⁸ "JUICIO DE AMPARO. LEGITIMACIÓN DEL OFENDIDO PARA PROMOVERLO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA, CUANDO SE LE IMPIDE ACCESO AL EXPEDIENTE". Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIII, Mayo de 2001; Pág. 1165. I.5o. P. 12 P. Registro No. 189 680

implicaría exponerlo a posibles abusos de la autoridad pública que quedarían al margen de todo control."⁹⁹

En idéntico sentido se ha dicho que:

"El procedimiento administrativo debe estar regido, entre otros, por dos principios: debido proceso adjetivo y publicidad de sus actos, materializándose en derechos que goza el particular: el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una resolución fundada y a la información (...)

(...)

Para respetar el denominado principio del debido proceso adjetivo, el particular, antes de la emisión del acto, debe ser oído y solamente puede hacerse escuchar sobre algo que conoce, para lo cual debe tener un acceso irrestricto al expediente; esto es ni más ni menos lo que debemos entender por vista de las actuaciones."¹⁰⁰

No obstante lo anterior, en completa violación al derecho a una tutela efectiva de los derechos se notificó a GTV el DP sin permitir una adecuada defensa porque no se hace de su conocimiento ni los hechos ni las pruebas, ni siquiera los datos en los que se basó la AI para determinar el probable poder sustancial. Al contener información desconocida que es esencial para declarar o no a GTV con poder sustancial resulta imposible corroborar los mismos, y por tanto limita la defensa al no poder argumentar en su contra, limitando el derecho humano a obtener una adecuada tutela de sus derechos por parte de las autoridades gubernamentales.

Por otro lado, no puede pasarse por alto que se ha negado a GTV la vista del Expediente, es decir, no se ha permitido a GTV acceder al Expediente. Por lo tanto, GTV debe articular este deshago sólo en base a un DP incompleto, sin posibilidad de conocer todas las razones, hechos y pruebas que han llevado al IFT a declararlas con poder sustancial en cierto mercado relevante. Esto, claramente, lesiona flagrantemente los derechos constitucionales hasta aquí explicados.

Dicho en otras palabras, el DP hace nugatorio el derecho de GTV a una defensa adecuada puesto que existe imposibilidad para presentar pruebas en contra de datos, estadísticas, información, tablas, hechos, etcétera. Así, resulta imposible realizar alegatos de lo probado, por lo que se viola la garantía de audiencia de GTV, al no respetarse las formalidades esenciales del procedimiento.

Por lo anterior, ese IFT deberá dejar sin efectos el DP al ser violatorio de diversos derechos humanos previstos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado

⁹⁹ J.R. COMADIRA; J.H. Escalá; J.P. COMADIRA (Coordinador, colaborador y actualizador), "Curso de Derecho Administrativo", Tomo 11, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 1188-1189, con cita a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la causa "Oxley, César O.", publicada en *Fallos* 306:370.

¹⁰⁰ A. CANOSA, "La vista en el procedimiento administrativo", *ED* 134-899, Argentina, p. 900-906.

Mexicano es parte, así como jurisprudencia emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro máximo tribunal constitucional.

Lo anterior es independiente a lo dispuesto por los artículos 124 y 125 de la LFCE, puesto que esa Autoridad tiene la obligación constitucional y convencional de tutelar efectivamente los derechos de GTV, protegiendo el derecho a una defensa adecuada y la garantía de audiencia, conforme lo ordenan los artículos 14 y 20 de la CPEUM, y 8 del Pacto de San José, y la doctrina y jurisprudencia interamericana, internacional y nacional citadas precedentemente.

Así, y en cumplimiento al artículo 1º de la CPEUM debió ponderar dichos derechos humanos, para conceder a GTV toda la información, datos, pruebas y hechos que se encuentran en el Expediente y el DP y así estar en posibilidad de desvirtuarlos. Solo así GTV estaría en aptitud de acreditar que no cuenta con poder sustancial y realizar alegatos al respecto. Lo anterior, puesto que derivado de la Resolución que se dicte, esa Autoridad puede imponer medidas privativas de derechos.

Se corrobora lo anterior, con el criterio judicial emitido por nuestros Tribunales especializados en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, en el que se concluye que cuando de las constancias que se acompañen al Informe Justificado de la Cofece o el IFT, y en el mismo se observe que la información remitida clasificada como reservada comprende los actos reclamados que desconoce el quejoso, el juzgador de amparo debe permitírsele el acceso a la que sea necesaria, a fin de que pueda hacer valer lo que a su derecho e interés convengan, lo cual implica una reconsideración y revisión de los criterios de clasificación de la información, a efecto de garantizar el derecho a una defensa adecuada y la garantía de audiencia.¹⁰¹

En virtud de que en la sección del Escrito de Manifestaciones de GTV, denominada "Consideraciones Adicionales" GTV arguye que la declaración de poder sustancial lesiona su derecho a la tutela efectiva, dichas manifestaciones se estudiarán en este apartado, por estar íntimamente relacionadas con lo expuesto en líneas precedentes. Manifestaciones que se hicieron valer en los términos que a continuación se precisan.

La declaración de poder sustancial lesiona el contenido esencial de derechos fundamentales de GTV.

Se hace indispensable controlar el acto a la luz directa de los derechos fundamentales involucrados, a fin de verificar si se altera o vulnera el contenido esencial de alguno de ellos.

¹⁰¹ *INFORMACIÓN RESERVADA. CUANDO DE LAS CONSTANCIAS QUE SE ACOMPAÑEN AL INFORME JUSTIFICADO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO SE OBSERVE QUE LA REMITIDA CON ESA CLASIFICACIÓN COMPRENDE LOS ACTOS RECLAMADOS QUE DESCONOCE EL QUEJOSO, DEBE PERMITÍRSELE EL ACCESO A LA QUE SEA NECESARIA, A FIN DE QUE PUEDA HACER VALER LO QUE A SU DERECHO E INTERÉS CONVENGAN". Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 5; Abril de 2014, Tomo II; Pág. 1525. I.I.o.A.E.1 K (10a.). Registro No. 2 006 301.

El IFT está violando flagrantemente el derecho a la tutela efectiva de GTV, al exigirle una defensa en base a la notificación de un dictamen incompleto y sin tener posibilidad de acceder al expediente.

Este Instituto considera que no le asiste la razón a GTV en cuanto a la presunta "violación al derecho humano de una tutela efectiva".

GTV argumenta que su tutela efectiva de derechos fue violada por dos motivos principales: I) haberle notificado el DP con pasajes testados; y II) haberle negado el acceso al Expediente, vulnerando con ello su derecho de audiencia y la posibilidad de preparar y tener una defensa adecuada.

En el mismo sentido, el día diecinueve de mayo de dos mil quince, los representantes legales de las empresas que conforman al GIE de GTV presentaron escrito ante la Oficialía de Partes del Instituto, mediante el cual solicitaron acceso completo al DP y a la información confidencial con base en la cual se realizó; asimismo, el veintiséis de mayo de dos mil quince, las empresas que conforman GTV presentaron seis escritos ante la Oficialía de Partes del Instituto, en los cuales realizaron diversas manifestaciones respecto a la supuesta "violación a su derecho a una tutela efectiva", y señalaron cuál es la información que a su consideración, fue clasificada indebidamente como confidencial en el Dictamen Preliminar.

Partiendo del hecho que un procedimiento especial como el comentado no busca fincar la responsabilidad de un ilícito a agente económico alguno, sino resolver condiciones de mercado, es factible concluir que el producto del mismo no puede ser una sanción por la comisión de un ilícito, por lo que si el procedimiento no consiste en la imposición de una sanción, no se advierte transgresión a derecho de defensa alguno.

Esta autoridad considera que durante la sustanciación del procedimiento especial para resolver condiciones de mercado que nos ocupa, no se violó ningún derecho fundamental de GTV en razón de las siguientes consideraciones:

A. Información Testada

Como lo indica GTV, de conformidad con el artículo 49, fracción III, del Estatuto Orgánico del Instituto, el veintiocho de abril de dos mil quince le fue notificada una versión reservada del Dictamen Preliminar.¹⁰² En dichas versiones se indicó a GTV la naturaleza de la información cubierta mediante la impresión de la siguiente leyenda:

"Los textos que aparecen marcados con negro corresponden a información clasificada como confidencial, de conformidad con los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la Ley Federal de Competencia Económica; 18 y 19 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; por lo anterior, dicha información obra resguardada en cuerda separada al presente expediente."

¹⁰²

Cédulas de notificación y anexos que obran en los folios 13993 a 13999 del Expediente.

En ese sentido, se precisa que las partes del Dictamen Preliminar a que se refiere GTV como "(...) una, prácticamente, incontable cantidad de pasajes testados (...)", en realidad corresponde a diversos apartados del Dictamen Preliminar que fueron clasificados como confidenciales y que para la protección de la información fueron cubiertos en su impresión, en la versión reservada notificada a GTV, dado que esta información fue clasificada en el Expediente como información confidencial con fundamento en los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la LFCE.

Tal como se indicó a GTV mediante acuerdo emitido en el Expediente el veintiuno de mayo de dos mil quince,¹⁰³ el Dictamen Preliminar contiene información que durante el procedimiento de investigación fue clasificada con el carácter de confidencial de conformidad con los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la LFCE, y 18 y 19 de la LFTAIPG. Es decir, esta información es aquella que de divulgarse pueda causar un daño o perjuicio en la posición competitiva de quien la haya proporcionado, contenga datos personales cuya difusión requiera consentimiento, pueda poner en riesgo su seguridad o cuando por disposición legal se prohíba su divulgación.

Por otra parte, GTV desestima que el Instituto en ningún caso estará obligado a proporcionar información confidencial con fundamento en el artículo 125, segundo párrafo, de la LFCE. Así, independientemente a que la AI determinó preliminarmente que GTV detenta poder sustancial en los mercados relevantes y, que en su caso, a ese GIE se aplicaría o dejaría de aplicar la regulación respectiva, no implica de ninguna manera una regla de excepción para que esta autoridad proporcione información de terceros, clasificada como confidencial durante el procedimiento, a GTV. En todo caso, la LFCE y las DRLFCE no establecen ningún supuesto de excepción con relación a la obligación que tiene esta autoridad en el resguardo de la información confidencial.

Por otro lado, el hecho que se restrinja a GTV el acceso a la información identificada con el carácter de confidencial atiende a un principio de excepción plenamente reconocido por el artículo 6, de la CPEUM y las leyes reglamentarias emitidas en virtud de dicho precepto fundamental. Cabe señalar que el ejercicio de los derechos humanos y sus garantías no es absoluto, sino que comporta restricciones y limitaciones que se establecen en la misma Ley Fundamental.

La Primera Sala de la SCJN ha advertido que el acceso efectivo a la justicia, el cual se desprende, principalmente de la interpretación integral de los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la CPEUM, así como del artículo 8 del Pacto de San José, comprende el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, así como los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y están fundamentados constitucional y legalmente.

La Primera Sala de la SCJN ha definido el acceso a una tutela jurisdiccional como el:

"(D)erecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales; a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión".¹⁰⁴

De este criterio se desprende que el acceso a la tutela jurisdiccional comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una etapa previa al juicio, a la que corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, el cual parte del derecho de acción como una especie del derecho de petición que se dirige a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por parte de éstas; (ii) una etapa judicial –desde el inicio del procedimiento y hasta la última actuación dentro del mismo–, a la que corresponden las garantías del debido proceso; y (iii) una etapa posterior al juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas con motivo de aquel.¹⁰⁵

En el mismo tenor que lo manifestado por GTV, esta autoridad comparte lo resuelto por la SCJN al considerar que los derechos que conforman la tutela jurisdiccional efectiva no solamente alcanzan a los procedimientos ante jueces y tribunales pertenecientes al Poder Judicial, sino también a todos aquéllos seguidos ante autoridades que realizan funciones materialmente jurisdiccionales al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones.¹⁰⁶

Es decir, en virtud de la declaratoria nace una nueva situación jurídica, en tanto que de ella derivan automáticamente obligaciones que pueden ser exigibles posteriormente, lo que determina por consiguiente la aplicación de otras normas de derechos. Por tanto, si bien la existencia de una declaración de poder sustancial no irroga de manera directa un perjuicio al agente económico declarado con poder sustancial, lo cierto es que sí produce una afectación a la esfera de derechos, en tanto que si tal resolución no existiera, el Instituto no podría ejercer sus atribuciones como regulador.¹⁰⁷

¹⁰⁴ **"GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES"**. Localización: (J); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 124. 1a./J. 42/2007. Registro No. 172759

¹⁰⁵ Confirma lo anterior el criterio: **"DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. SUS ETAPAS"**. Localización: (TA); 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 882. 1a. LXXIV/2013 (10a.). Registro No. 2003018

¹⁰⁶ Al respecto, resulta aplicable la tesis jurisprudencial: **"ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES"**. Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Octubre de 2007; Pág. 209. 2a./J. 192/2007. Registro No. 171257

¹⁰⁷ Cuestiones que fueron resueltas mediante el siguiente criterio emitido por la Segunda Sala de la SCJN: **"CONCESIONARIOS DE REDES PÚBLICAS DE TELECOMUNICACIONES. TIENEN INTERÉS JURÍDICO PARA INTERPONER EL**

En ese sentido, si bien el procedimiento especial tramitado en el Expediente no dirime una controversia entre partes contendientes o entre el Instituto y GTV, lo cierto es que durante la sustanciación del procedimiento establecido en el artículo 96, de la LFCE, se establecen diversas etapas en las que el Instituto, frente al particular, prepara su resolución definitiva; aunque sólo sea un trámite para cumplir con la garantía de audiencia.¹⁰⁸

Ahora bien, el hecho de que esta autoridad comparta que a GTV le corresponden derechos como el de una tutela jurisdiccional efectiva con motivo de la sustanciación de un procedimiento especial para resolver condiciones de mercado, no implica que su tutela jurisdiccional efectiva de derechos o su garantía de audiencia hayan sido vulneradas por haberle notificado una versión reservada del Dictamen Preliminar, donde se testó información confidencial, ya que como se indicó anteriormente, esta información es de carácter confidencial y en ningún momento y bajo ningún supuesto el Instituto estará obligado a divulgar o proporcionar a GTV esta información.

Por otro lado, sirve de apoyo dilucidar que en las garantías del debido proceso existe un núcleo duro que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento, mientras que existe otro núcleo de garantías que resultan aplicables en los procesos en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto.¹⁰⁹

Por un lado, las garantías del debido proceso que resultan aplicables a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional, es decir, el núcleo duro, son las que la SCJN ha identificado como las formalidades esenciales del procedimiento, también llamadas garantía de audiencia, a saber: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y (iv) la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

Aun cuando el presente procedimiento no tiene por objeto imponer una sanción a GTV, inclusive las garantías de un debido proceso se ven materializados en el artículo 96 de la LFCE, que si bien no establece la notificación personal al agente económico declarado con poder

RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y 71 DE SU REGLAMENTO, CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LOS DECLARA AGENTES ECONÓMICOS CON PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE". Localización: (J); 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 4; Pág. 3376. 2a./J. 153/2011 (9a.). Registro No. 160436.

¹⁰⁸ Sirve de apoyo lo resuelto por la Segunda Sala de la SCJN en la tesis jurisprudencial con el siguiente rubro y referencia: **"PROCEDIMIENTOS EN FORMA DE JUICIO SEGUIDOS POR AUTORIDADES DISTINTAS DE TRIBUNALES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN II, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DE AMPARO. SU CONCEPTO COMPRENDE TANTO AQUELLOS EN QUE LA AUTORIDAD DIRIME UNA CONTROVERSIA ENTRE PARTES CONTENDIENTES, COMO LOS PROCEDIMIENTOS MEDIANTE LOS QUE LA AUTORIDAD PREPARA SU RESOLUCIÓN DEFINITIVA CON INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR".** Localización: (J); 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVII, Abril de 2003; Pág. 196. 2a./J. 22/2003. Registro No. 184435.

¹⁰⁹ Véase la jurisprudencia de rubro: **"DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO".** Localización: (J); 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I; Pág. 396. 1a. /J. 11/2014 (10a.). Registro No. 2005716

sustancial en los dictámenes preliminares, el Instituto notificó a GTV una versión reservada del Dictamen Preliminar.

El artículo 96 de la LFCE, ordena la publicación del inicio del procedimiento por diversos medios, la oportunidad de ofrecer los alegatos y elementos de convicción que se estimen pertinentes los agentes económicos que demuestren tener interés en el asunto y la obligación de emitir una resolución en un plazo que no excederá de treinta días hábiles una vez integrado el expediente, el cual podrá ser prorrogado en casos debidamente justificados.

En el presente asunto no se ha restringido a GTV de ninguna de tales garantías, tal como se puede constatar con: (i) la publicación de los datos relevantes del Dictamen Preliminar en el DOF el veintiocho de abril dos mil quince; (ii) la publicación del extracto del Dictamen Preliminar en el sitio de Internet del Instituto; (iii) la publicación de la versión pública del Dictamen Preliminar en el sitio de Internet del Instituto; (iv) el acuerdo emitido en el Expediente el cinco de junio de dos mil quince, por el cual se tuvieron por hechas las manifestaciones de GTV con relación al Dictamen Preliminar y se admitieron aquellas pruebas que fueron ofrecidas por GTV conforme a derecho;¹¹⁰ (v) el acuerdo emitido en el Expediente el doce de agosto de dos mil quince, mediante el cual se tuvieron por desahogadas la totalidad de las pruebas que ameritaron desahogo conforme a las DRLFCE y; (vi) la emisión de la presente resolución.

En virtud de lo anterior, esta autoridad considera que la garantía de audiencia de GTV no se ha vulnerado en ningún momento, pues en todo caso, el hecho de que se haya notificado personalmente a GTV una versión con información clasificada del Dictamen Preliminar atendiendo a la obligación que tiene el Instituto para resguardar la información que fue clasificada con el carácter de confidencial, no implica que se hayan vulnerado las formalidades esenciales reconocidas por la SCJN en todo procedimiento.

Las razones manifestadas por GTV para acceder a la información que fue clasificada como confidencial aduciendo violaciones a una tutela jurisdiccional efectiva, no resultan acordes con las pautas metodológicas para ejercer lo establecido en el artículo 1º de la CPEUM, en virtud de que lo pretendido por GTV trae como resultado que a partir de la aplicación del principio pro persona se ignoren las leyes que regulan el presente procedimiento so pretexto de una interpretación errónea¹¹¹ y que, en consecuencia, se ignore el apego que debe mantener con la Ley Fundamental.

¹¹⁰ Ciertamente que GTV hizo valer su derecho a la tutela efectiva consagrada no sólo en el artículo 16 de la CPEUM, sino también en los artículos 8, numerales 1 y 2, incisos b y c; y 25, numeral 1, del Pacto de San José, instrumento internacional del que el Estado Mexicano es parte y que se ha incorporado al derecho nacional.

¹¹¹ "Según este principio, una ley no ha de ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución. Esta 'consonancia' no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar

En efecto, si bien la reforma al artículo 1° de la CPEUM¹¹² implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano con relación a los tratados de derechos humanos; así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional -principio pro persona o *pro homine*-, ello no implica que los órganos nacionales dejen de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.¹¹³

El principio pro persona no sólo opera como criterio de interpretación para alcanzar la mayor protección de los derechos humanos que se aduzcan violados, sino también lo hace en los casos de restricciones a éstos, buscando la interpretación más acotada cuando se trata de analizar dichas restricciones. O en otras palabras, el mencionado principio tiene dos facetas, una positiva consistente en alcanzar la mayor protección y una negativa tendiente a delimitar la restricción al derecho humano en la mayor medida posible, siempre y cuando se cumplan con los principios de legalidad y proporcionalidad.

En ese marco de referencia ius-fundamental, el derecho de acceso a la información encuentra restricciones tanto en la CPEUM, como en el Pacto de San José y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En dichas fuentes de Derecho se prevé que el aludido derecho tiene entre otras restricciones, la relativa a la vida privada y datos personales.

En efecto, en el artículo 6°, apartado A, fracciones I y II, de la CPEUM establece, por una parte, que la información en posesión de cualquier autoridad podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes y; por otra, que la información relativa a la vida privada y datos personales está protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. Como se desprende de su lectura, dichas fracciones sólo enuncian los fines constitucionalmente válidos o legítimos para establecer limitaciones al derecho en comento; sin embargo, ambas remiten a la legislación secundaria para el desarrollo de los supuestos específicos en que procedan las excepciones que busquen

cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución". Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Cruz Villalón, Pedro (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 52 y 53.

¹¹² Publicada en el DOF el diez de junio de dos mil once.

¹¹³ Tal como se reconoce en la jurisprudencia de rubro: "**PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVE LA NORMA FUNDAMENTAL**". Localización: (J); 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 6, Mayo de 2014, Tomo II; Pág. 772. 2a./J. 56/2014 (10a.). Registro No. 2006485

proteger los bienes constitucionales enunciados como límites al derecho de acceso a la información.

Asimismo, en el diverso numeral 13, apartado 2, inciso a), del Pacto de San José, dispone que el ejercicio del derecho de acceso a la información se sujeta al "*respeto a los derechos o a la reputación de los demás*". En similar sentido, el artículo 19, numeral 3, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que dicho derecho se encuentra limitado por el respeto a los derechos de los demás.

Desarrollado lo expuesto, y en aras de verificar si se satisfacen los estándares de contraste antes señalados, en primer lugar, la regulación de las distintas restricciones al aludido derecho se establecen en diversos ordenamientos formal y materialmente legislativos, entre ellos, en la LFTAIPG y en la LFCE. Así, pues, se satisface el requisito formal exigido para considerarlas válidas.

Por lo que hace a los requisitos materiales de las restricciones al derecho de acceso a la información, el Pleno de la SCJN ha reconocido que su ejercicio se encuentra limitado tanto por los intereses nacionales y de la sociedad, como por los derechos de terceros.¹¹⁴

Por tratarse de restricciones al derecho de acceso a la información, la LFTAIPG establece dos criterios bajo los cuales la información podrá clasificarse y, con ello, limitar el acceso de los particulares a la misma: el de "*información confidencial*" y el de "*información reservada*". Por su parte, el artículo 124 de la LFCE señala que los agentes económicos podrán tener acceso al expediente, excepto a aquella información clasificada como confidencial. Más aún, el artículo 125, segundo párrafo, del mismo ordenamiento legal indica que en ningún caso la autoridad está obligada a proporcionar la información identificada con el carácter de confidencial, ni podrá publicarla y deberá guardarla en el seguro que para tal efecto tenga.

En virtud de lo anterior, esta autoridad considera que la clasificación de la información realizada en el Expediente y en la versión del Dictamen Preliminar que le fue notificada a GTV cumple con los supuestos establecidos en la CPEUM, la LFTAIPG y la LFCE, por tratarse de información reservada y confidencial y, que en ningún momento se vulneraron derechos fundamentales de GTV ante derechos patrimoniales que conminan a clasificar información confidencial.

Finalmente, llama la atención de esta autoridad que GTV manifieste que se violó su garantía de audiencia independientemente a lo dispuesto por los artículos 124 y 125 de la LFCE, pues a decir de GTV, el Instituto está obligado a tutelar efectivamente su derecho a una defensa adecuada y su garantía de audiencia; aunque ello implique divulgar información confidencial de otros agentes económicos, que de hacerse del conocimiento de GTV podría

¹¹⁴ **"DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS"**. Localización: (TA); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 74. P. LX/2000. Registro No. 191967

causar un perjuicio en la posición competitiva de quien la proporcionó durante la investigación.

No pasa desapercibido que, durante la sustanciación del procedimiento GTV realizó manifestaciones con relación a la información que presentó al Instituto en diversas ocasiones, dentro de las que llaman la atención las siguientes:

"De conformidad con las disposiciones aplicables a la (LFCE) y (LFTAIPG), manifiesto que la totalidad de la información contenida en el presente escrito, así como en los Anexos (...) debe tratarse como información confidencial (...) toda vez que la misma contiene información y datos sobre a) el patrimonio de (GTV) y sus accionistas, subsidiarias y/o filiales y b) comprende hechos y actos de carácter económicos, jurídico y contable, que pudieran resultar útiles para terceros, incluyendo sus competidores.

Aunado a lo anterior (...) su divulgación a los demás agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento, puede causar un daño y perjuicio en la posición competitiva en el mercado de (GTV) (...) en caso de que ésta información fuera divulgada, los demás agentes económicos con interés jurídico gozarían de una ventaja competitiva y pudieran generar un daño o perjuicio a (GTV). (...) Por otro lado es información relativa a los hechos y actos de carácter económicos y contable y administrativo que pudieren ser útiles para algún competidor de (GTV). (...)

Se hace del conocimiento de ese Instituto que dicha Información Confidencial constituye información financiera propia y exclusiva del negocio de (GTV), por lo que su divulgación a los demás agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento, puede causar un daño y perjuicio en la posición competitiva en el mercado de (GTV).

*Por consiguiente, se solicita archivar la totalidad de la información confidencial por separado confiriendo el acceso restringido a ella únicamente a los funcionarios de ese Instituto (...) en el estricto desempeño de su función pública en este caso y evitando que pueda ser conocida por cualquier tercero ajeno a dichas personas, así como por cualquier agente económico distinto a aquel que hubiera presentado la información (...)"*¹¹⁵

(Énfasis añadido)

De lo anterior se observa que, por un lado, GTV pretende que la información confidencial que presentó ante el Instituto sea clasificada con tal carácter, evitando que pueda ser conocida o divulgada por otros agentes económicos, ya que podría causar un daño o perjuicio en la posición competitiva de GTV; sin embargo, por otro lado, pretende tener acceso a la información confidencial de otros agentes económicos, como si ello no implicase una ventaja competitiva a GTV con relación a sus competidores o eximiere a dichos agentes económicos de un perjuicio en su posición competitiva.

En ese sentido, se reitera a GTV que independientemente de que la Autoridad Investigadora haya determinado preliminarmente que detenta poder sustancial en los mercados relevantes, de ninguna manera implica que el Instituto se encuentre en posibilidades para vulnerar el derecho fundamental de confidencialidad de otros agentes económicos competidores de GTV, ya que como se indicó anteriormente, el Instituto en ningún caso estará obligado a proporcionar información confidencial, ya sea que el titular de esa información sea GTV o cualquier otro agente económico que haya proporcionado información en el Expediente.

B. Acceso al Expediente.

Esta autoridad también determina que no le asiste la razón a GTV en sus manifestaciones respecto a que la negativa de acceso al Expediente haya constituido una causa de vulneración a su derecho de una tutela jurisdiccional efectiva.

De conformidad el artículo 124, párrafo segundo, de la LFCE, durante la investigación no se permitirá el acceso al expediente y, en la secuela del procedimiento, únicamente a los agentes económicos con interés jurídico podrán tener acceso al mismo, excepto a aquella información clasificada con el carácter de confidencial.

En ese sentido, una vez que el Pleno instruyó a la UCE a publicar un extracto del DP en el sitio de Internet del Instituto y los datos relevantes de este dictamen en el DOF, y toda vez que el veintiocho de abril de dos mil quince le fue notificada una versión reservada del Dictamen Preliminar a GTV, los agentes económicos con interés jurídico estuvieron en posibilidad de tener acceso al Expediente en términos del artículo 124, segundo párrafo, de la LFCE.

Por otro lado, el artículo 11 de las DRLFCE establece que los agentes económicos con interés jurídico en un procedimiento podrán consultar el expediente y utilizar cualquier medio de reproducción para obtener copias de los documentos que obren en el mismo. Asimismo, el citado precepto establece ciertos requisitos para consultar el expediente, dentro de los cuales se encuentra asentar la constancia correspondiente en autos de los documentos que fueron copiados o consultados. Asimismo, dicho artículo reitera que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia se podrá obtener acceso a copias de los datos y documentos confidenciales, salvo que aquella información de la que los consultantes sean titulares.

Las precisiones anteriores permiten determinar que esta autoridad se encuentra obligada a permitir el acceso al Expediente a los agentes económicos con interés jurídico, siempre y cuando se cumplan con las formalidades que establecen los artículos 111 y 124, de la LFCE, así como 11 de las DRLFCE.

Ahora bien, los agentes económicos o su representante legal podrán designar personas únicamente para imponerse de las constancias del expediente. En ese sentido, mediante escritos de fechas diecinueve de mayo, y ocho junio todos de dos mil quince los representantes legales de GTV autorizaron a diversas personas en términos del artículo 124, segundo y tercer párrafo, de la LFCE. Tal situación sirve de preámbulo para evidenciar la falsedad de las manifestaciones realizadas por GTV con relación a una supuesta negativa por

parte del Instituto para acceder al Expediente, ya que esta autoridad tuvo por autorizadas a dichas personas dentro del Expediente.

En efecto, durante el procedimiento tramitado ante la DGPC diversos autorizados por parte de GTV acudieron a reproducir y/o consultar las constancias que integran el Expediente, evidentemente, con excepción de la información confidencial de la cual no es titular GTV. Así, del cuadro que se acompaña como Anexo III a la presente resolución se observa que durante la sustanciación del procedimiento los autorizados de GTV se impusieron de las constancias del Expediente en 15 (quince) ocasiones, acumulando un total de dos horas con treinta y tres minutos, reproduciendo y/o consultado las constancias del Expediente.

En virtud de lo anterior radica la incorrecta apreciación de las manifestaciones de GTV con relación a que se le negó el acceso al Expediente, dado que durante el procedimiento sí tuvo acceso a las constancias reservadas que le permitieron hacerse conocedores del Expediente.

Ahora bien, GTV ofreció diversas pruebas para acreditar los hechos que anteriormente se abordaron. A continuación se analizan tales medios de convicción:

I) Una fe de hechos que tiene por objeto "(hacer constar) que se negó el acceso a personas autorizadas por nuestras representadas (GTV) a la totalidad de la información del Dictamen Preliminar y del expediente en el que se actúa",¹¹⁶ con la finalidad de "acreditar la negativa a la información clasificada como confidencial".

Con esta prueba, GTV pretende acreditar la negativa de acceso a la información clasificada como confidencial con la cual la Autoridad Investigadora fundó su determinación. De igual forma, pretende acreditar la violación a la garantía de audiencia y a una defensa adecuada, previstos en los artículos 14 y 20 de la CPEUM y 8 del Pacto de San José.

En el caso concreto, de la lectura al instrumento notarial exhibido se aprecia que el mismo contiene los siguientes hechos: I) que no se permitió la consulta de la información confidencial del Expediente a la persona autorizada por GTV; y, II) que dicha persona fue informada por parte del "Director de Procedimientos de Competencia B" del IFT sobre las razones legales que justificaron dicha negativa. En este sentido conviene transcribir parte del contenido del citado instrumento:

"(...) el señor [REDACTED] solicitó a los mencionados señores que le mostraran la información no testada y legible, a lo que quien dijo ser JUAN MANUEL MARTINEZ CANO respondió que en términos de los artículos tercero, ciento veinticuatro y ciento veinticinco de la Ley Federal de Competencia Económica, el expediente contiene

¹¹⁶ Prueba identificada con el numeral 45 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 45 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18354 a 18366 del Expediente.

*información confidencial, por lo que ni el órgano al que pertenecen, ni ellos como servidores públicos están en condiciones de mostrar los mencionados documentos, en términos del segundo y tercer párrafo del mencionado artículo ciento veinticinco. (...)."*¹¹⁷

Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 202 del CFPC, las documentales públicas sólo prueban plenamente que, ante la persona investida de fe pública, se hicieron determinadas manifestaciones u ocurrieron determinados hechos, pero de ninguna manera prueban la veracidad de lo manifestado.¹¹⁸

Ahora bien, atendiendo al criterio establecido en artículo 202 del CFPC, el documento en análisis resulta ineficaz para probar que dicha negativa depare una violación a los derechos de GTV, por dos razones: (i) de acuerdo con el aludido artículo, la documental pública prueba que se hicieron tales declaraciones o manifestaciones, mas no prueba la veracidad de lo declarado o manifestado; y, (ii) la violación alegada por GTV es una cuestión de derecho, la cual, de conformidad con el artículo 86 del citado Código, no puede ser objeto de prueba.¹¹⁹

En este orden de ideas, tal como quedó asentado en el propio instrumento notarial, de conformidad con los artículos 124 y 125 de la LFCE,¹²⁰ el personal del Instituto se encuentra

¹¹⁷ Folios 18356 a 18357 del Expediente.

¹¹⁸ "ARTICULO 202.- Los documentos públicos hacen prueba plena de los hechos legalmente afirmados por la autoridad de que aquéllos procedan; pero, si en ellos se contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los documentos sólo prueban plenamente que, ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones; pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado."

¹¹⁹ "ARTICULO 86.- Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos o costumbres en que se funde el derecho."

¹²⁰ "ARTÍCULO 124. La información y los documentos que la Comisión haya obtenido directamente en la realización de sus investigaciones y diligencias de verificación, será considerada como Información Reservada, Información Confidencial o Información Pública, en términos del artículo 125.

Durante la investigación, no se permitirá el acceso al expediente y, en la secuela del procedimiento, únicamente los Agentes Económicos con interés jurídico en éste podrán tener acceso al mismo, excepto a aquella información clasificada como confidencial.

Los servidores públicos estarán sujetos a responsabilidad en los casos de divulgación de la información que les sea presentada. Cuando medie orden de autoridad competente para presentar información, la Comisión y dicha autoridad deberán dictar las medidas que sean conducentes para salvaguardar en los términos de esta Ley aquella que sea confidencial. (Énfasis añadido)

ARTÍCULO 125. Para efectos de esta Ley, la Información Confidencial sólo tendrá tal carácter cuando el Agente Económico así lo solicite, acredite que tiene tal carácter y presente un resumen de la información, a satisfacción de la Comisión, para que sea glosado al expediente o bien, las razones por las que no puede realizar dicho resumen, en cuyo caso la Comisión podrá hacer el resumen correspondiente.

La Comisión en ningún caso estará obligada a proporcionar la Información Confidencial ni podrá publicarla y deberá guardarla en el seguro que para tal efecto tenga.

Los servidores públicos de la Comisión deberán abstenerse de pronunciarse públicamente o revelar información relacionada con los expedientes o procedimientos ante la Comisión y que cause daño o perjuicio directo a los

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

jurídicamente imposibilitado para permitir el acceso a la información clasificada como confidencial. Incluso, de acuerdo con la fracción IX, del artículo 3, y el tercer párrafo del artículo 124 de la LFCE, la desatención de tales preceptos implicaría, por un lado, incurrir en responsabilidad administrativa y, por el otro, vulnerar los derechos de los agentes económicos titulares de la información, pudiéndoles causar un daño o perjuicio en la posición competitiva, difundir datos personales cuya difusión requiere su consentimiento, o poner en riesgo su seguridad.

Sin perjuicio de lo anterior, en términos de los establecido en la fracción XI del artículo 3 y segundo párrafo del 124 de la LFCE, los agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento tienen acceso a la totalidad de la información reservada, derecho que de ningún modo fue trastocado, pues, como se desprende de las constancias que integran el Expediente, el veintiséis de mayo de los corrientes,¹²¹ los autorizados de GTV tuvieron acceso a toda la información reservada que solicitaron, incluso, como también se acredita en el instrumento notarial, tomó imágenes fotográficas de dichas constancias.

Por lo anterior, este medio de convicción únicamente acredita que no se permitió a los autorizados de GTV la consulta de la información clasificada con el carácter de confidencial contenida en el Expediente, toda vez que en términos de los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la LFCE, había imposibilidad jurídica para ello, tal y como el servidor público del Instituto que estuvo presente durante la fe de hechos así se lo manifestó.

Por lo anterior, dicha prueba resulta ineficaz para probar violación alguna a los derechos que el agente económico señale, toda vez que dicha negativa quedó debidamente fundada, tal y como se advierte en el instrumento notarial exhibido, aunado al hecho de que el presente procedimiento no se dirime controversia o procedimiento alguno que tenga como objeto imputar conductas ilícitas y por lo tanto, no se cuarta en ningún momento su derecho a la adecuada defensa.

Con independencia de lo anterior, el análisis integral de la prueba ofrecida para acreditar la negación de acceso al expediente, corre agregada en el numeral 3.1, del apartado denominado "V. PRUEBAS".

Involucrados, hasta que se haya notificado al Agente Económico Investigado la resolución del Pleno, preservando en todo momento las obligaciones derivadas del presente artículo." (Énfasis añadido)

¹²¹ Folios 14146 a 14149 del Expediente.

6.2. El Dictamen Preliminar es extemporáneo¹²²

GTV manifiesta que el DP es extemporáneo porque excedió el término otorgado por el Artículo Noveno Transitorio, y por tanto el mismo no puede surtir efecto jurídico alguno, con base en las siguientes manifestaciones:

El derecho humano a la seguridad jurídica, como la más palpable expresión del Estado de Derecho en beneficio del particular, constituye el derecho subjetivo público por virtud del cual el gobernado puede exigir de cualquier autoridad, que en su actuar se someta irrestrictamente a los lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico, que es de donde emana el origen, fundamento y límite de poder público. Es pues, como su propio nombre lo indica, el sometimiento del Estado al Derecho que tiene su origen y finalidad en acotar la potestad estatal.

En efecto, la seguridad jurídica es la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad, y de que si ésta debe producir una afectación en ellos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la CPEUM y en las leyes secundarias. Tal y como lo expone el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, la seguridad jurídica debe entenderse como *"(...) el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summum de sus derechos subjetivos (...)".*

Ahora bien, este principio de seguridad jurídica, que encuentra múltiples dimensiones y diversas expresiones en el constitucionalismo moderno, en su más elemental acepción, proveniente de los orígenes del constitucionalismo se identifica con la idea elemental de *"(...) controlar al poder por medio del ordenamiento jurídico (...)".*¹²³ Es decir, en su más pura y elemental expresión, el principio de seguridad jurídica implica para el particular precisamente la garantía y seguridad de que todo el actuar de la autoridad pública, para ser legal, deberá encontrar su origen y límites en el ordenamiento jurídico. En palabras del maestro Miguel Carbonell, en su dimensión como corrección funcional, la seguridad jurídica frente a la autoridad exige que podamos garantizar la regularidad de la actuación de las autoridades.

Por su parte, el derecho humano a la legalidad como una expresión más del principio de seguridad jurídica consiste en la obligación constitucional consistente en toda la actividad estatal, tanto en su aspecto sustantivo como procedimental, se apegue precisamente a los lineamientos, directrices y obligaciones que le impone el ordenamiento jurídico.

Algunos autores consideran que el principio de legalidad puede ser entendido en dos formas. La primera y más genérica, como principio de juridicidad, esto es, sometimiento de los poderes públicos, y principalmente la administración, al derecho, a las normas jurídicas.

¹²² Páginas 300 a 315 del Escrito de Manifestaciones de GTV y folios 16693 a 16708 del Expediente.
¹²³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 37ª Edición, Porrúa, México, 2004, p. 504.

El segundo en sentido estricto, sometimiento de los poderes públicos a la ley en sentido formal.

Profundizando en la primera de sus acepciones, se concluye que el acto de autoridad debe producirse únicamente al cumplir los requisitos establecidos por el orden jurídico, y su validez está condicionada por el cumplimiento de esos requisitos a que debe sujetarse la actividad estatal para afectar algún derecho del gobernado. Ferrajoli llama a esto la garantía política de la fidelidad de los poderes públicos a la ley y dice que consiste en el respeto por parte de estos de la legalidad constitucional, así cada poder público debe actuar estrictamente en su órbita de atribuciones y no en otra.

Estos principios de seguridad jurídica y legal, tanto en su carácter sustantivo como adjetivo, se encuentra reconocido en su expresión genérica como derechos humanos por la CPEUM, en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Al respecto, en relación a estos derechos humanos nuestro más alto tribunal ha sostenido, en diversos criterios, que las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite, y que dentro del sistema constitucional que nos rige, ninguna autoridad puede dictar acto alguno que no encuentre apoyo en un precepto de la ley; que el requisito de fundamentación y motivación exigido por el citado artículo constitucional implica una obligación para las autoridades de cualquier categoría que estas sean, de actuar siempre con apego a las leyes y a la propia Constitución; que dentro de nuestro régimen constitucional, las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley; y que los actos de autoridades administrativas que no estén autorizados por la ley, importan violación de garantías.¹²⁴

Conforme a lo anterior, toda actividad estatal -incluyendo cualquier tipo de actos o resoluciones- realizadas sin fundamento en el orden jurídico, o bien que se realice en franca contravención al mismo, no puede producir, por mandato constitucional, efectos jurídicos.

Tratándose de los principios que rigen la materia adjetiva, el proceso está integrado por una serie de actos concatenados que se encuentran escalonados y regidos por el llamado principio de preclusión procesal, del cual se deriva que los sujetos de un procedimiento pueden únicamente ejercer válidamente un derecho dentro de un momento determinado. Asimismo las autoridades se encuentran regidas por ese principio, pues para la realización de un acto dentro del ámbito de sus facultades deberán de tener en cuenta

¹²⁴ GTV cita diversos criterios judiciales cuyos rubros indican lo siguiente: i) **"FACULTADES DE COMPROBACIÓN SOBRE MERCANCÍAS DE DIFÍCIL IDENTIFICACIÓN. EL ARTÍCULO 152 DE LA LEY ADUANERA, AL NO ESTABLECER UN PLAZO CIERTO PARA QUE LA AUTORIDAD EMITA Y NOTIFIQUE EL ACTA DE OMISIONES O IRREGULARIDADES, VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA"**. Localización: (J); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Abril de 2009; Pág. 290. 1a./J. 40/2009; iii) **"FUNDAMENTACIÓN DE ACTOS DE AUTORIDAD"**. Localización: (TA); 7a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Volumen 80, Tercera Parte; Pág. 3; iii) **"AUTORIDADES"**. Localización: (TA); 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo XXXI; Pág. 2406; iv) **"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, GARANTÍA DE"**. Localización: (TA); 6a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Volumen CXXIV, Tercera Parte; Pág. 30; y v) **"AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS, ACTOS DE LAS. DEBEN APOYARSE EN LEY"**. Localización: (TA); 7a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Volumen 145-150, Tercera Parte; Pág. 60.

el plazo que establecen los ordenamientos que rigen su actuar. Es decir, es inherente al principio de preclusión antes referido, y una clara expresión del principio de legalidad que rige el actuar de la autoridad, el concepto de plazo el cual constituye un lapso de tiempo dentro del cual es oportuno y procedente la realización de determinado acto.

Así, el plazo es una formalidad del procedimiento que además de conferirle eficacia al acto administrativo se traduce en una garantía que tiene el gobernado frente a la actividad del Estado, pues dicho concepto constituye un elemento esencial para la seguridad jurídica del particular. En ese sentido, los plazos existen por un principio de seguridad jurídica, por ende el legislador al elaborar (mediante el proceso legislativo) los ordenamientos jurídicos que nos rigen, se encuentra obligado a establecer con claridad los plazos que tienen las autoridades para emitir sus actos, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica del gobernado. Entonces, cualquier autoridad carecerá de facultades para emitir un acto, cuando haya fenecido el plazo que tiene para realizarlo, pues al no respetarse los plazos establecidos en los ordenamientos que les rigen, el acto no será oportuno ni procedente, trayendo como consecuencia la ineficacia del mismo.

Lo anterior cobra más relevancia en la medida en que el ejercicio de la facultad de que se trate, repercute directamente en la esfera jurídica del particular quien no podrá estar sometido de manera indefinida a la posibilidad de que la autoridad actúe (o no) en determinado sentido, circunstancia que ubicaría al gobernado en un estado de inseguridad jurídica.

En dicho tenor, el legislador emitió la LFTR, en donde establece expresamente el término que tiene ese IFT para investigar una concentración que se le hubiere avisado con fundamento en el Artículo Noveno Transitorio de dicho decreto.

Como se desprende del propio Artículo Noveno Transitorio de la LFTR, el legislador estableció que cuando exista un agente económico preponderante, pueden ser llevadas a cabo concentraciones sin que sean autorizadas por el IFT, siempre que se actualicen los supuestos normativos previstos en las fracciones a, b, c y d del párrafo primero de dicho artículo. Para tales fines, los agentes económicos que lleven a cabo la concentración, deberán presentar un aviso de concentración que contenga la información a la que se refiere el artículo 89 de la LFCE.

Ahora bien, el quinto párrafo de la disposición transitoria en cuestión establece que el IFT analizará dichas concentraciones en un plazo no mayor a noventa días naturales, y en caso de que encuentre que existe poder sustancial impondrá las medidas para proteger y fomentar la competencia y libre concurrencia.

La literalidad de la multicitada disposición transitoria no deja lugar a dudas o interpretación sobre la tramitación que se deberá de seguir. La misma, claramente establece un único procedimiento que se debe de tramitar dentro de un plazo de noventa días naturales, plazo dentro del cual el IFT debe investigar dichas concentraciones, determinar si existe poder sustancial en el mercado de redes, y -en su caso- podrá imponer las medidas correspondientes.

Lo anterior se desprende de la porción normativa que establece que "(e) Instituto investigará dichas concentraciones en un plazo no mayor a noventa días y en caso de encontrar que existe poder sustancial en el mercado de redes de telecomunicaciones que presente servicios de voz, datos o video o en el de radio y televisión según el sector que corresponda, podrá imponer las medidas necesarias (...)". Así, el artículo en cuestión refiere a un único plazo de noventa días naturales para investigar la concentración.

Dentro del único plazo de noventa días naturales, el IFT debía investigar la concentración materia del aviso, para verificar si existía poder sustancial y, en su caso, dentro de ese mismo plazo de noventa días naturales, imponer las medidas para proteger la competencia.

Contrario a lo anterior, ese IFT ilegalmente emitió el DP fuera de plazo, ya que de la literalidad del artículo en cuestión, se impone a ese Instituto la obligación de investigar las concentraciones dentro de un plazo de noventa días naturales, plazo dentro del cual si llegase a determinar la existencia de poder sustancial, debería haber impuesto las condiciones que estimara necesarias.

Contrario a ello, el IFT pretende que existan dos procedimientos distintos y que consecuentemente tenga un plazo de noventa días naturales adicionales y posteriores a la resolución del procedimiento para imponer condiciones, cuando ello no es la intención del legislador. Contrario a ello, el legislador dispuso:

i) Que el IFT debía tomar nota del aviso de concentración que los agentes económicos presentaran. Atento a la naturaleza de un aviso, ello no debe ser objeto de tramitación de un procedimiento, pues el aviso se agota al momento en que los promoventes lo presentan; y

ii) De manera paralela a la presentación del aviso de concentración, el IFT contaba con un plazo de noventa días naturales contados a partir de la presentación, para investigar si encuentra poder sustancial derivado de la concentración materia del aviso, y en caso de considerarlo necesario, imponer medidas.

Respecto este segundo acto procesal, el IFT contó con las atribuciones para requerir la información que estimara necesaria para investigar la existencia de poder sustancial, durante los noventa días naturales siguientes a la fecha en que fue presentado el aviso.

De lo anterior, se concluye que el Instituto contó con un plazo de noventa días naturales para determinar si existía poder sustancial y, en su caso, imponer las medidas correspondientes. Por ello, es que resulta por demás contrario a los principios de legalidad, debido proceso legal y seguridad jurídica la emisión del DP para en su caso imponer las medidas correspondientes cuando ha fenecido y por tanto han precluido sus facultades para realizarlo. Puesto que se debió haber realizado dentro del único plazo de noventa días naturales que le otorgó el legislador, mismos que vencieron el diez de diciembre de dos mil catorce.

En el caso concreto, se precisa que el plazo de noventa días naturales comenzó a correr a partir del día siguiente a aquel en que los promoventes presentaron el Aviso de

Concentración, pues a partir de dicha fecha inició el período de investigación previsto en la multicitada disposición transitoria -teniendo facultades para allegarse de la información necesaria- y en su caso determinar la existencia de poder sustancial e imponer las medidas que considerara necesarias. En esa tesitura, si el Aviso de Concentración fue presentado el catorce de agosto de dos mil catorce, el plazo para investigar la existencia de poder sustancial e imponer medidas feneció el doce de noviembre de dos mil catorce.

Incluso, suponiendo sin conceder que el plazo debiera computarse a partir del día siguiente en que las promoventes desahogaron la prevención que les fue formulada, es decir el once de septiembre de dos mil catorce, el plazo para determinar la existencia de poder sustancial e imponer medidas feneció el diez de diciembre de dos mil catorce.

Por lo anterior, no queda lugar a dudas que la emisión del DP fue realizada en contravención al artículo Noveno Transitorio de la LFTR, al exceder en demasía el término de noventa días hábiles concedido para ello, y por lo anterior, se solicita a esa autoridad declarar que el DP no puede surtir efecto jurídico alguno, al ser violatorio a su vez de los derechos humanos de legalidad y seguridad jurídica previstos en los artículos 14 y 16 de la CPEUM.

Esta autoridad considera errónea la manifestación formulada por GTV con relación a que la emisión del Dictamen Preliminar fue extemporánea, lo anterior en virtud de las siguientes razones:

En primer lugar, es de señalar que conforme al Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes, el espíritu del Artículo Noveno Transitorio mismo que será desarrollado al dar respuesta a la manifestación del Escrito de Manifestaciones de GTV, relativa a la " 6.6. Omisión en la determinación del mercado relevante en los términos del Artículo Noveno Transitorio" es el de fomentar la participación de nuevos jugadores y otorgar certidumbre a inversiones que benefician la competencia, en aquellos sectores donde exista un agente preponderante, de tal forma, que se desarrollen competidores viables a largo plazo. Con la finalidad de facilitar lo anterior, el Artículo Noveno Transitorio prevé a manera de excepción, previo el cumplimiento de determinados requisitos, la presentación de un aviso ante el IFT, a través del cual se informe respecto de la concentración realizada, sin que dicha transacción se sujete a una autorización del IFT, pero sí a una investigación por parte del Instituto para determinar si el objetivo de la concentración o su efecto es obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica y, en caso de encontrar que existe poder sustancial en alguno de los mercados que integran el sector, podrá imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la competencia y la libre concurrencia. Es decir, el artículo reconoce que es necesario un mayor nivel de competencia en el sector y que es posible alcanzar esta competencia mediante concentraciones pero no deja de lado los mercados relevantes en particular. Si bien la concentración puede beneficiar al sector en particular, puede que sus efectos en el mercado relevante sean adversos. De ahí la necesidad de realizar una investigación.

Conforme a lo anterior, con toda claridad es de concluir que el artículo transitorio de mérito, establece la realización de diversos procedimientos:

- I) La presentación del aviso de concentración, el cual es tramitado por la DGCC de la UCE.
- II) La investigación de poder sustancial, misma que es realizada por la Autoridad Investigadora en el ámbito de sus atribuciones de conformidad con lo dispuesto por los artículos 15, fracción XX, 26, 264 y el Artículo Noveno Transitorio, quinto párrafo de la LFTR; 26, 28, fracción XI y 96, fracciones I a V de la LFCE; 19 a 24, 34 59 y 60, fracciones I y II de las DRLFCE, y 62, fracción IX y 65, fracción III del Estatuto Orgánico del Instituto.
- III) Resolver sobre la existencia de poder sustancial, mismo que es tramitado por el Pleno, por conducto de la UCE de acuerdo a los artículos 12, fracción XI, 18, séptimo párrafo y 96 de la LFCE; 6, fracción VIII, 46, 47 primer párrafo y 49, fracciones III y IV del Estatuto Orgánico del Instituto.
- IV) El establecimiento de obligaciones específicas, es tramitado con un fundamento ajeno a la materia de competencia económica y su finalidad también es ajena al presente procedimiento. En concreto, el fundamento del procedimiento para el establecimiento de obligaciones se encuentra en el artículo 281 de la LFTR y es tramitado por una unidad diversa a la UCE.

Sin embargo, contrario a las manifestaciones efectuadas por GTV de ninguna manera puede interpretarse que todos ellos, deban realizarse en un periodo de noventa días, más aun cuando dichos procedimientos son tramitados por distintas unidades administrativas en el ámbito de sus competencias.¹²⁵

Del quinto párrafo del Artículo Noveno Transitorio se corrobora sin lugar a duda que el plazo de noventa días naturales, a que hace mención el precepto que nos ocupa, se refiere únicamente al plazo que tiene esta autoridad para llevar a cabo el **procedimiento de investigación**. En ninguna parte del párrafo transcrito se señala de forma expresa o tácita, que los noventa días naturales deberán computarse a partir de la presentación del aviso o al día siguiente. De igual forma, tampoco cabe interpretar que en los noventa días que nos ocupan este IFT deba llevar a cabo el procedimiento referente a resolver sobre la existencia

¹²⁵ Para efectos de lo anterior, vale la pena transcribir de nueva cuenta el párrafo quinto del Artículo Noveno Transitorio, que nos ocupa para un mejor análisis:

"NOVENO.

(...)

El Instituto investigará dichas concentraciones en un plazo no mayor a noventa días naturales y en caso de encontrar que existe poder sustancial en el mercado de redes de telecomunicaciones que presten servicios de voz, datos o video o en el de radio y televisión según el sector que corresponda, podrá imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la libre competencia y concurrencia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y la Ley Federal de Competencia Económica sin perjuicio de las concentraciones a que se refiere el presente artículo.

(...)"

(Énfasis añadido)

de poder sustancial en el mercado relevante a que se refiere el artículo 96 de la LFCE y mucho menos el establecimiento de obligaciones específicas conforme al procedimiento establecido en el artículo 281 de la LFTR.

A mayor abundamiento, es de precisar que, los párrafos primero a cuatro del citado precepto transitorio, prevén todas las cuestiones referentes al supuesto normativo, requisitos y plazo para llevar a cabo el aviso ante este IFT; mientras que el párrafo quinto hace mención al resto de los procedimientos que deberán realizarse con posterioridad a la presentación del aviso. De tal manera que el artículo en cuestión claramente realiza una distinción o separación entre el aviso de concentración y el resto de los procedimientos que esta autoridad debe llevar a cabo, esto es: la investigación de poder sustancial, resolver sobre la existencia de poder sustancial y el establecimiento de obligaciones específicas. Procedimientos que GTV identifica únicamente como dos, -presentación del aviso e investigación de poder sustancial- pero que en realidad y conforme a la legislación en la materia, esto es, LFCE y la LFTR son los cuatro a que se hizo mención con anterioridad.

Por lo que hace al aviso de concentración, éste deberá presentarse por escrito y debe contener la información y los elementos de convicción necesarios -previstos en el artículo 89 de la LFCE- que demuestren que la concentración cumple con los incisos establecidos en el primer párrafo del artículo transitorio de mérito. Como ya se estableció, el aviso de concentración previsto en el Artículo Noveno Transitorio, es aplicable como excepción al procedimiento previsto en el artículo 90 de la LFCE.

El aviso de concentración, al ser un caso de excepción, se sitúa en el supuesto establecido en el artículo 6° de la LFTR, puesto que constituye un asunto que no tiene previsto un trámite específico conforme a las leyes adjetivas en la materia, y debe tramitarse y resolverse conforme a lo dispuesto en la LFPA,¹²⁶ en particular de conformidad con el plazo de tres meses, establecido en el artículo 17 de dicho ordenamiento. Este procedimiento otorga el derecho a los agentes económicos de acogerse a un régimen de excepción, al no requerir la autorización del Pleno, pero tal derecho se encuentra supeditado a que se verifique que los involucrados en la concentración aporten los elementos de convicción que acrediten el cumplimiento de los requisitos específicos establecidos en la misma disposición legal. En este orden de ideas, los requisitos a considerarse son: (i) la disminución de dominancia e incremento de concentración, (ii) que la transacción no debe dar como resultado una participación sectorial mayor al veinte por ciento, (iii) la exclusión del agente preponderante en el sector en que se efectúe la concentración, y (iv) que la transacción no afecte la competencia ni la libre concurrencia. Dados los requisitos que deben cubrirse, resulta imposible tomar nota únicamente del aviso referido, como sugiere GTV.

Desde luego que, el hecho de que el artículo transitorio citado establezca que no se requiere la autorización del Instituto para las concentraciones que cumplan con los requisitos arriba descritos, **no impide** que él mismo realice una investigación para determinar si el objetivo o

¹²⁶ Lo anterior quedó así señalado en la página número 5 de la Resolución del Aviso de Concentración.

efecto de la concentración es obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la competencia o libre concurrencia, obligación que también se encuentra prevista en dicha disposición.

Por otra parte, el párrafo quinto del Artículo Noveno Transitorio establece el plazo de noventa días naturales para que el Instituto -mediante la AI-, lleve a cabo una **investigación** dentro del plazo concedido para tales efectos. Esta investigación únicamente tiene por objeto determinar la existencia de poder sustancial en el mercado respectivo, substanciándose de conformidad con las disposiciones relativas a la ley adjetiva de la materia y, si sólo sí, en caso que la concentración dé lugar a la existencia de poder sustancial, el Instituto realizará el procedimiento para determinar en definitiva la existencia de poder sustancial. En caso de encontrar que existe poder sustancial en un dictamen definitivo, será en un **procedimiento diverso** en el que podrá imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la libre competencia y concurrencia, de conformidad con lo dispuesto en la LFTR y la LFCE.

En el caso particular, el artículo 280 de la LFTR establece que el Instituto declarará si un agente económico tiene poder sustancial en algún mercado relevante de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, de acuerdo con el procedimiento establecido en la LFCE -léase artículo 96 de la LFCE-, así como las disposiciones sustantivas previstas en dicha ley y en la LFTR. Por su parte, el artículo 281 de la LFTR establece que el Instituto establecerá las obligaciones específicas al agente económico con poder sustancial a que se refiere el artículo 280, de conformidad con el procedimiento que establece el artículo 281 de la LFTR. Conforme a lo anterior, y en términos de la LFCE, el procedimiento para determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en los mercados relevantes de telecomunicaciones y radiodifusión se encuentra previsto en el artículo 96 de dicha disposición legal.

Por último, el párrafo sexto del Artículo Noveno Transitorio, señala que las medidas que, en su caso, imponga el Instituto se extinguirán una vez que se autorice a los agentes económicos preponderantes la prestación de servicios adicionales.

Precisado lo anterior, esta autoridad estima que la manifestación realizada por GTV, respecto que el IFT emitió el DP fuera del plazo legal, toda vez que la interpretación que pretende dar al Artículo Noveno Transitorio respecto a que se impone a este Instituto, la obligación para que dentro del plazo de noventa días naturales, tenga por presentado el aviso de concentración; lleve a cabo la investigación de poder sustancial; resuelva sobre la existencia de poder sustancial y establezca obligaciones específicas es errónea.

Como se estableció con antelación, el Artículo Noveno Transitorio establece diversos procedimientos, los cuales se encuentran relacionados, dado que, de la presentación del aviso de concentración, derivarán los otros. De ahí que es incorrecta la afirmación de GTV, respecto a que el IFT de manera paralela a la presentación del aviso de concentración, contaba con un plazo de noventa días naturales, para investigar si derivado de ésta, se

adquirió o no poder sustancial, y en caso de considerarlo necesario, imponer las medidas regulatorias correspondientes.

El procedimiento para atender los avisos de concentración que se presenten al amparo del Artículo Noveno Transitorio, tiene como finalidad analizar y verificar la procedencia del mismo; es decir, si la concentración reúne los cuatro requisitos previstos en el primer párrafo del citado precepto, pues en caso de cumplir con ellos, dicha transacción se sitúa en la hipótesis normativa del artículo transitorio en cuestión, debiendo el Instituto resolver sobre si se cumple con los requisitos de la hipótesis normativa y por lo tanto se sitúa en el supuesto de excepción al procedimiento establecido en el artículo 90 de la LFCE, por lo que, es evidente que **previo** a la investigación relativa a poder sustancial se debe verificar si la concentración actualiza los requisitos previstos en el citado artículo transitorio y no de manera paralela y simultanea como afirma GTV.

Ahora bien, vale la pena realizar un análisis respecto del cómputo de los plazos con los que contó este Instituto para desahogar los procedimientos previstos en la multicitada disposición transitoria, así como los plazos establecidos para ellos por los artículos aplicables específicos para cada procedimiento en las leyes de la materia.

Respecto al procedimiento relativo al aviso de concentración se hace del conocimiento de GTV, como se señaló previamente dicho procedimiento se desahoga en un plazo de tres meses de conformidad con los artículo 17 y 29 de la LFPA, es así que como lo señala GTV, el plazo comenzó a correr a partir del día siguiente a aquel en que desahogó la prevención formulada, es decir, hasta el día en que la autoridad tuvo todos los elementos necesarios para poder verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el primer párrafo del Artículo Noveno Transitorio, por lo que el plazo con el que se contaba la DGCC, comenzó el día doce de septiembre de dos mil catorce, y feneció el doce de diciembre del mismo año, transcurriendo así los tres meses establecidos para tal efecto.¹²⁷ Por lo que es notorio, que si en sesión de fecha diez de diciembre el Pleno, emitió la Resolución del Aviso de Concentración, de conformidad con lo establecido en los párrafos primero a cuarto del Artículo Noveno Transitorio de la LFTR, ésta se encontraba dentro del plazo legal.

Ahora bien, en atención a la Resolución del Aviso de Concentración, el Pleno, de acuerdo al punto resolutivo Tercero de la misma ordenó dar vista: "(a) la Autoridad Investigadora del Instituto Federal de Telecomunicaciones para efecto de dar inicio a una investigación en los términos establecidos en los párrafos quinto y sexto del artículo Noveno Transitorio de la Ley Federal de

¹²⁷ De acuerdo al artículo 29 de la LFPA, los plazos establecidos por mes se entenderá que el plazo concluye el mismo número de día del mes de calendario que corresponde; es así, que el plazo de tres meses comenzó a contar a partir del doce de septiembre al doce de octubre como el primer mes; al doce de noviembre corrió el plazo del segundo mes y finalmente el doce de diciembre todos del año dos mil catorce, fue el término de tres meses.

Telecomunicaciones y Radiodifusión.¹²⁸ Es así que en acatamiento a lo resuelto por el Pleno, la Autoridad Investigadora el diecisiete de diciembre de dos mil catorce emitió el acuerdo de inicio de investigación, cuyo extracto fue publicado en el diecinueve de diciembre de dos mil catorce en el DOF. Dicho procedimiento de investigación, materia del presente Expediente, es substanciado de conformidad con los noventa días naturales previstos en la citada norma transitoria con relación en los plazos establecidos por las fracciones I a V del artículo 96 de la LFCE.¹²⁹

¹²⁸ Página 67 de la Resolución del Aviso de Concentración.

¹²⁹ Para efectos de lo anterior, se transcribe a continuación el contenido del artículo 96 de la LFCE:

"Artículo 96. Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse u opinar sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, o cuando así lo determine el Ejecutivo Federal mediante acuerdos o decretos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, a solicitud de la dependencia coordinadora del sector correspondiente o a petición de parte afectada la resolución u opinión que corresponda, para lo cual se estará al siguiente procedimiento:

I. En caso de solicitud de parte o de la autoridad coordinadora del sector correspondiente, el solicitante deberá presentar la información que permita identificar el mercado relevante y el poder sustancial en los términos dispuestos en esta Ley, así como motivar la necesidad de emitir la resolución u opinión. Las Disposiciones Regulatorias establecerán los requisitos para la presentación de las solicitudes;

II. Dentro de los diez días siguientes, se emitirá el acuerdo de inicio o prevendrá al solicitante para que presente la información faltante, que permita a la Comisión identificar el mercado relevante y la existencia de poder sustancial, lo que deberá cumplir en un plazo de quince días, contado a partir de que sea notificado de la prevención. En caso de que no se cumpla con el requerimiento, se tendrá por no presentada la solicitud;

III. La Comisión dictará el acuerdo de inicio y publicará en el Diario Oficial de la Federación un extracto del mismo, el cual deberá contener el mercado materia de la declaratoria con el objeto de que cualquier persona pueda coadyuvar en dicha investigación. El extracto podrá ser difundido además, en cualquier otro medio de comunicación cuando el asunto sea relevante a juicio de la Comisión;

IV. El período de investigación comenzará a contar a partir de la publicación del extracto y no podrá ser inferior a quince ni exceder de cuarenta y cinco días.

La Comisión requerirá los informes y documentos necesarios y citará a declarar a quienes tengan relación con el caso de que se trate;

V. Concluida la investigación correspondiente y si existen elementos para determinar la existencia de poder sustancial, o que no hay condiciones de competencia efectiva, u otros términos análogos, la Comisión emitirá un dictamen preliminar dentro de un plazo de treinta días contados a partir de la emisión del acuerdo que tenga por concluida la investigación, y un extracto del mismo será publicado en los medios de difusión de la Comisión y se publicarán los datos relevantes del dictamen en el Diario Oficial de la Federación;

VI. Los Agentes Económicos que demuestren ante la Comisión que tienen interés en el asunto, podrán manifestar lo que a su derecho convenga y ofrecer los elementos de convicción que estimen pertinentes, dentro de los veinte días siguientes al de la publicación de los datos relevantes del dictamen preliminar en el Diario Oficial de la Federación;

VII. Dentro de los diez días siguientes al vencimiento del plazo referido en la fracción anterior, se acordará, en su caso, el desahucio o la admisión de los medios de prueba y se fijará el lugar, día y hora para su desahogo;

VIII. El desahogo de las pruebas se realizará dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado a partir de su admisión;

IX. El expediente se entenderá integrado una vez desahogadas las pruebas o concluido el plazo concedido para ello, y

Del artículo 96 de LFCE, se puede advertir que el procedimiento para resolver condiciones de mercado se desahoga en su totalidad en un término aproximado **de ciento sesenta y cinco (165) a doscientos setenta (270) días hábiles**,¹³⁰ por lo que resultaría absurdo creer que en un único plazo de noventa días naturales este Instituto deba desahogar el procedimiento relativo al aviso de concentración del Artículo Noveno Transitorio, el de investigación, el procedente para la determinación de existencia de poder sustancial y el pertinente para emitir las medidas regulatorias correspondientes¹³¹, toda vez que dichas situaciones se tramitan y llevan a cabo de manera separada y por procedimientos en específicos, señalados en la LFCE y LFTR.

Así las cosas, se reitera a GTV que el procedimiento que nos ocupa tiene como finalidad la de resolver sobre condiciones de mercado a que se refiere el artículo 96 de la LFCE, para efectos de determinar agentes económicos con poder sustancial sin que ello necesariamente implique regularlos asimétricamente por virtud de la presente resolución.

Conforme a lo anterior, es de concluir que contrario a las afirmaciones de GTV, este IFT ha actuado con total apego a lo señalado en las disposiciones legales aplicables, -Artículo Noveno Transitorio y 96 de la LFCE- por lo que no existe ninguna violación a los principios de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica a que hace mención GTV; y mucho menos considerar que asista la razón a dicho agente económico, respecto que el DP fue emitido de manera extemporánea.

X. Una vez integrado el expediente, la Comisión emitirá resolución u opinión en un plazo no mayor a treinta días, misma que se deberá notificar, en su caso, al Ejecutivo Federal y la autoridad coordinadora del sector correspondiente y publicar en la página de internet de la Comisión, así como publicar los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación. Lo anterior, para efectos de que, en su caso, la autoridad coordinadora del sector pueda establecer la regulación y las medidas correspondientes, para lo cual podrá solicitar la opinión no vinculatoria de la Comisión.

La Comisión podrá prorrogar los plazos señalados en las fracciones IV, VIII y X de este artículo por una sola vez y hasta por un término igual a los mismos cuando existan causas debidamente justificadas para ello."

(Énfasis añadido)

¹³⁰ Este cómputo puede variar en caso de prorrogar los plazos señalados en las fracciones IV, VII, VIII y X del artículo 96 de la LFCE, de conformidad con el último párrafo de dicho precepto, en relación la fracción IV, del artículo 60 de las DRLFCE, que a la letra dispone: "(...) IV. Dentro del plazo establecido en la Ley se acordará, en su caso, el desechamiento o la admisión de las pruebas; este plazo podrá ser prorrogado por causas debidamente justificadas y se fijará el lugar, el día y la hora para su desahogo, los cuales deberán desahogarse, en términos de lo dispuesto en la sección sexta de este ordenamiento, con la celeridad que permita el cúmulo de pruebas admitidas, y (...)".

¹³¹ Conforme al artículo 281 de la LFTR, una vez que se tenga el proyecto de regulación en el que se establezcan las medidas regulatorias correspondientes, se prevé un procedimiento que se desarrolla en aproximadamente cincuenta y ocho días.

6.2.1. El Dictamen Preliminar es extemporáneo aun suponiendo sin conceder que el Artículo Noveno Transitorio prevea dos procedimientos.¹³²

GTV manifiesta que aun en el supuesto más nunca concedido caso que la interpretación de ese IFT resultara correcta respecto de la existencia de los siguientes procedimientos distintos: (i) el procedimiento para verificar la procedencia del aviso de concentración, tramitado de conformidad con lo dispuesto por la LFPA; y (ii) el procedimiento de investigación de poder sustancial para imponer las medidas correspondientes, para el cual el IFT cuenta con noventa días naturales; el DP resulta extemporáneo atendiendo a lo que a continuación se expone.

Bajo la premisa anterior, que desde luego se niega, resulta inconstitucional que ese IFT haya dado inicio a la investigación número AI/DC-002-2014 el día diecinueve de diciembre de dos mil catorce, puesto que en todo caso el inicio de investigación debió de realizarse dentro del plazo en el cual el IFT debía resolver el aviso de concentración.

Así, si bajo el criterio de ese Instituto, el aviso de concentración se tramita bajo la LFPA, entonces de conformidad con el artículo 17 de dicho ordenamiento, ese IFT contaba únicamente con un plazo de tres meses para resolver el Expediente. Por ello, considerando que el Expediente se encontró debidamente integrado desde el once de septiembre de dos mil catorce (fecha en la que se desahogó la prevención formulada por ese IFT), el plazo de tres meses feneció el doce de diciembre de dos mil catorce.

Resulta de estudiado derecho que las facultades de las autoridades únicamente pueden ser ejercidas dentro de los plazos que la normativa les confiere, pues de lo contrario se violentaría la seguridad jurídica de los particulares y el debido proceso legal, como se señaló en la manifestación anterior, misma que se solicita se tenga aquí por íntegramente reproducida, en su parte conducente, como si a la letra se insertase.

En la especie, el Acuerdo de Inicio de Investigación fue emitido el diecisiete de diciembre de dos mil catorce y publicado el diecinueve de ese mismo mes y año en el DOF; fecha en la cual el IFT ya no tenía facultades para iniciar un procedimiento de investigación en términos del párrafo quinto del Artículo Noveno Transitorio, puesto que el plazo para ejercerlas feneció el doce de diciembre de dos mil catorce.

Así, aun suponiendo sin conceder que el multicitado transitorio estableciera dos procedimientos distintos, situación que desde luego se niega (siendo que únicamente prevé la presentación de un aviso y la paralela investigación de poder sustancial), el que ese IFT haya dado inicio -posteriormente al doce de diciembre de dos mil catorce- a la investigación para determinar si tienen poder sustancial los agentes participantes en la concentración materia del aviso, vulnera el derecho humano de seguridad jurídica, el principio de legalidad y debido proceso legal, en perjuicio de GTV.

132

Páginas 315 a 317 del Escrito de Manifestaciones de GTV, folios 16708 a 16710 del Expediente.

Por lo anterior, no queda lugar a dudas que, aun suponiendo sin conceder que la interpretación correcta del Artículo Noveno Transitorio fuera la de la existencia de dos procedimientos distintos, la emisión del DP fue realizada de forma extemporánea, y por lo anterior, se solicita a esa autoridad declarar que el DP no puede surtir efecto jurídico alguno, al ser violatorio a su vez de los derechos humanos de legalidad y seguridad jurídica previstos en los artículos 14 y 16 de la CPEUM.

Esta autoridad encuentra equivocada la manifestación formulada por GTV con relación a que la emisión del Dictamen Preliminar fue extemporánea, lo anterior en virtud de los razonamientos expuestos en la consideración anterior y en las siguientes razones:

- a) El Artículo Noveno Transitorio prevé no dos procedimientos, sino cuatro etapas o instancias procesales, a saber: (i) la presentación del aviso de concentración, (ii) la investigación de poder sustancial, (iii) resolver sobre la existencia de poder sustancial y (iv) el establecimiento de obligaciones específicas. Dado que cada instancia tiene fines diversos, se aplican diversas leyes para cada finalidad.
- b) El IFT conforme a la LFPA, tiene un plazo de tres meses para analizar y verificar la procedencia del aviso; es decir, si la concentración reúne los cuatro requisitos previstos en el primer párrafo del citado precepto, pues en caso de cumplir con ellos, dicha transacción se sitúa en la hipótesis normativa del artículo transitorio en cuestión y puede tramitarse bajo la figura excepción.
- c) Los noventa días naturales a que hace mención el párrafo quinto del Artículo Noveno Transitorio, eran exclusivamente para que el IFT a través de la AI llevara a cabo el periodo de investigación de poder sustancial, conforme a las fracciones I a IV; del artículo 96 de la LFCE.
- d) El resto de los procedimientos, esto es, la determinación sobre la existencia de poder sustancial -tanto por parte de la AI como del Pleno- debe tramitarse conforme a las fracciones V a X del artículo 96 de la LFCE y el establecimiento de obligaciones específicas en términos del artículo 281 de la LFTR.

Expuesto lo anterior, la manifestación realizada por GTV, respecto que el IFT emitió el DP fuera del plazo legal, toda vez que el acuerdo de inicio de investigación fue emitido el diecisiete de diciembre de dos mil catorce y publicado en el DOF el día diecinueve siguiente, fecha en la cual este IFT ya no tenía facultades para iniciar el procedimiento de investigación en términos del párrafo quinto del multicitado artículo transitorio, puesto que el plazo para ejercerlas fenecía el doce de diciembre de dos mil catorce, fecha en la cual vencía el plazo para resolver la procedencia del aviso de concentración; es incorrecta por las siguientes consideraciones:

Como se ha reiterado a GTV, el procedimiento tramitado en el Expediente tiene como finalidad determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial, mismo que, es tramitado de conformidad con el artículo 96 de la LFCE. De lo anterior, es absurdo sostener -como lo hace GTV- que el acuerdo de inicio de investigación debió haberse emitido dentro

del plazo de tres meses para resolver el aviso de concentración, toda vez que el mismo, como ha quedado expresado en líneas anteriores, además es tramitado en términos de una ley distinta, esto es con la LFPA, de ahí que sería incorrecto aplicar un ordenamiento para un procedimiento especial que cuenta con las disposiciones específicas en su ley adjetiva.

Ahora bien, para sustentar lo anterior se realiza un análisis respecto del cómputo de los plazos con los que contó este Instituto, relativo al plazo en que se emitió la Resolución del Aviso de Concentración y la emisión del acuerdo de inicio.

Como ha quedado evidenciado, el Pleno emitió la Resolución del Aviso de Concentración, encontrándose dentro del plazo legal establecido para tal efecto y, toda vez que mediante el punto resolutivo Tercero se ordenó dar vista a la Autoridad Investigadora con fundamento por el artículo 114, segundo párrafo de la LFCE,¹³³ por Oficio IFT/226/UCE/573/204, de fecha dieciséis de diciembre de dos mil catorce el Pleno, por conducto de la Titular de la UCE remitió copia certificada de la Resolución del Aviso de Concentración a efecto de dar cumplimiento al citado punto resolutivo. Dicho oficio fue recibido por la AI el día dieciséis de diciembre de dos mil catorce,¹³⁴ fecha a partir de la cual de conformidad la fracción II, del multicitado artículo 96, la Autoridad Investigadora contaba con el plazo de diez días para emitir el acuerdo de inicio y, ya que éste fue emitido el día siguiente; esto es, el diecisiete de diciembre de dos mil quince.

Por lo anterior, es incorrecto lo manifestado por GTV, ya que la emisión del acuerdo de inicio de investigación fue hecha dentro del plazo legal previsto para tal efecto.

6.3. No existe daño a la competencia y la libre concurrencia¹³⁵

GTV señala que la AI omitió analizar y acreditar el daño a la competencia y libre concurrencia que genera la participación de GTV dentro del mismo, siendo que la única finalidad que tiene la determinación de poder sustancial es proteger la competencia y libre concurrencia.

La competencia económica tiene como fin constitucional proteger la eficiencia en los mercados, incluso si ello implica restringir ciertos derechos en aras de salvaguardar el bien común que se logra con la competencia económica y libre concurrencia en los mercados. Es decir, la competencia económica implica que ante la contraposición de dos derechos, uno colectivo como lo es el derecho a contar con mercados eficientes a través de la competencia económica y libre concurrencia, y otro individual como podría ser la libertad de comercio, se deba preferir el bien común sobre el bien particular.

¹³³ Dicho párrafo dispone: "(...) Cuando no se especifique plazo, se entenderán cinco días para cualquier actuación."

¹³⁴ Folio 1 del Expediente.

¹³⁵ Páginas 291 a 300 del Escrito de Manifestaciones de GTV y folios 16684 a 16693 del Expediente.

Para demostrar lo anterior es necesario referirse a la disposición constitucional que contempla la obligación a la autoridad para perseguir toda concentración o concentración en una o pocas manos que tienda a evitar la competencia o la competencia, o bien para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados. Dicha disposición la encontramos al inicio del artículo 28 de la CPEUM, donde se observa la obligación de la autoridad de perseguir y castigar severamente cualquier acaparamiento o concentración que dañe la competencia y libre competencia.

Ahora bien, el poder sustancial es un concepto que no se refiere únicamente al tamaño de un agente económico, sino a su poder para fijar precios o restringir el abasto, aunado a distintos elementos que influyen en lo anterior, y generando con ello una afectación al mercado. Ciertamente, dicho concepto envuelve la necesidad de acreditar que dicha posibilidad del agente de fijar precios daña de alguna forma la competencia y libre competencia, puesto que esa figura fue adoptada por nuestro legislador a efecto de cumplir con el mandato previsto en el artículo 28 de la CPEUM. Al respecto, conviene referirnos al Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes, en donde se dijo lo siguiente:

Preponderancia	Poder sustancial de mercado o dominancia
Se aplica por sector	Se aplica por mercado/servicio
Se determina en función del umbral de participación en el sector en su totalidad	Se determina por capacidad del agente económico para influir en los mercados/sectores de manera no acorde con los principios de competencia y convergencia.
(...)	(...)

Como se desprende de dicha transcripción, el legislador al distinguir la figura de preponderancia con la de poder sustancial fue enfático en que la figura de poder sustancial se refiere a la capacidad de un agente de influir en un mercado, en detrimento a la competencia económica. Es decir, el legislador refiere la figura de poder sustancial como una que va relacionada con la afectación a la competencia.

Bajo esa tesitura, es que para la determinación de existencia de poder sustancial es menester analizar la afectación causada por el agente investigado, a efecto de verificar si el agente investigado cuenta con dicho poder.

Lo anterior hace sentido también si consideramos las consecuencias que tiene una declaratoria de poder sustancial, consistentes en las medidas que el IFT puede imponer al agente con poder sustancial, las cuales en gran medida tienden a limitar determinados

derechos humanos como puede ser la libertad de comercio, o el derecho de propiedad. Con base en ello, es que hace sentido que para determinar la existencia de poder sustancial se analice la afectación que se causa a la competencia económica con la capacidad del agente económico para fijar precios o restringir el abasto, pues de lo contrario se estarían vedando determinados derechos -elevados a rango constitucional- sin que sea para cumplir con el mandato constitucional de proteger la competencia económica y la libre concurrencia.

Desde luego un derecho de la colectividad como lo es el debido y eficiente desenvolvimiento de los mercados -a través de la competencia económica- prevalece sobre un derecho individual como pudiere ser la libertad de comercio. Sin embargo, dicho análisis de ponderación únicamente debe llevarse a cabo cuando exista una contraposición entre el derecho colectivo y el individual. En otras palabras, para determinar la existencia de poder sustancial y la consecuente aplicación de regulación asimétrica que restrinja derechos del particular se debe analizar si la condición del agente para influir en los mercados, efectivamente genera una afectación al mercado y por ende se deben restringir algunos de sus derechos en aras de salvaguardar la competencia económica.

De lo contrario, injustificadamente se impondría una regulación asimétrica a un agente económico, con las respectivas limitaciones a sus derechos que ello implica, sin estar satisfaciendo el fin constitucional, lo cual no es la finalidad del Constituyente y tampoco del legislador.

La AI no realizó dicho análisis, lo que denota su ilegalidad, puesto que pretende determinar la existencia de poder sustancial sin haber hecho el análisis de la afectación y acreditación del daño que se le pudiera causar a la competencia y libre concurrencia con el hecho que GTV-supuestamente- puedan influir en el mercado relevante.

Independientemente que la AI no analizó ni mucho menos acreditó el daño a la competencia y libre concurrencia que GTV pudiera causar por su supuesta influencia dentro del mercado relevante, lo cierto es que las cifras demuestran todo lo contrario. México tiene de las tarifas más bajas en servicios de televisión restringida en Latino América, lo que demuestra que la participación de GTV no ha afectado al mercado.

Al respecto, de la siguiente lista se podrá constatar cómo en las tarifas de servicios de televisión restringida son las más bajas de todo Latinoamérica:

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

La situación anterior, también es corroborada por el estudio realizado por el especialista en telecomunicaciones [REDACTED]. Dicho estudio resulta relevante para demostrar como los servicios de televisión de paga en México son los más bajos de América Latina y que la oferta de TV de paga en México es la más asequible, siendo inclusive que SKY el operador con mayor cuota de mercado que ofrece el servicio de TV de paga más asequible para los grupos sociales más desfavorecidos. Al respecto, basta dar lectura a lo señalado por [REDACTED] dentro de su citado estudio con relación a los puntos antes señalados. En cuanto a los precios bajos en México en comparación con los precios en América Latina, a manera de resumen dentro del citado estudio, se concluye lo siguiente:

(página 4)

(...) Los resultados de este primer análisis son los siguientes:

Al comparar el precio de acceso del abono más económico del servicio de TV paga, sea por cable o satélite, México es el país con el precio más bajo [REDACTED] aun cuando este es normalizado por paridad de poder adquisitivo;

El liderazgo de México con el precio del abono más económico se mantiene también cuando se consideran las ofertas de aquellos operadores que tienen la participación de mercado más importante en cada país de la región [REDACTED]

México mantiene la misma posición cuando se promedian las ofertas más económicas de todos los operadores de cada país (promedio ponderado por participación de mercado) [REDACTED]

Por su parte, por lo que respecta a la asequibilidad, dentro del estudio se refiere lo siguiente:

(Página 4)

Otra manera de abordar el análisis comparado de precios es estudiar la asequibilidad de ofertas. Para ello, se calcula el porcentaje del ingreso del hogar representado por el abono mensual de TV paga. La premisa usada en el análisis de asequibilidad de los servicios de TV paga es que el mismo no debe exceder el 2% del ingreso mensual del hogar¹³⁶. En este caso, los resultados son los siguientes:

México es el país con la oferta de TV paga más asequible (inferior al 2% del ingreso) para los sectores más desfavorecidos económicamente. Los únicos países de América Latina donde esta condición es satisfecha son México (0,72%) y Brasil (1,56%);

México es el único país de América Latina donde los hogares del primer quintil pueden adquirir TV paga mediante un gasto inferior al 2% del ingreso. Esta situación se contrapone con la de otros países de la región como Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras y Perú, donde el precio de la TV paga excede el 5% del ingreso del hogar del primer quintil, con lo que se produce un fallo de mercado importante.

Al promediar los precios de la oferta económica (considerando las promociones, pero sumando los impuestos, lo que representa la inclusión de todos los costos necesarios para adquirir el servicio), México es el país con mayor asequibilidad de toda América Latina.

Más adelante, al referirse a la Asequibilidad, dentro del estudio se señala el especialista refiere lo siguiente:

(Páginas 12 y 13)

En síntesis, el análisis comparado de ofertas de TV paga indica que México es el país que ofrece los precios más bajos o en segundo lugar, cuando estos son normalizados por paridad de compra. Esta posición se mantiene para los ofertas más económicas, para las ofertas del operador con cuota de mercado más alta, y aun cuando se promedia de manera ponderada las ofertas más económicas de todos los operadores del mercado.

(Página 14)

Como se observa en el cuadro 6, el operador con mayor cuota de mercado ofrece el abono a la TV paga más asequible para los grupos sociales más desfavorecidos de México. De acuerdo a ello, México es el único país de América Latina donde los hogares del primer quintil pueden adquirir TV paga con un porcentaje del ingreso inferior al 2%. Esta situación se contrapone con la de otros países de la región como Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras y Perú, donde el precio de la TV paga excede el 5% del ingreso del hogar del primer quintil, con lo que se produce un fallo de mercado importante.

Así, resulta por demás evidente que en el caso concreto, con independencia de la omisión de la AI en analizarlo, en realidad no ha existido ninguna afectación a la competencia con la participación de GTV, lo que se corrobora de las bajas tarifas y la reducción en precios en el servicio de televisión restringida que son cobradas en México (en comparación las de

¹³⁶ La Comisión Internacional de Banda Ancha de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y la UNESCO considera que el costo de comunicaciones no debe ser superior al 5% del ingreso mensual del hogar. Excluyendo el costo de servicios móviles y banda ancha, se deduce que el costo de TV paga no debe exceder el dos por ciento del ingreso mensual.

otros países en Latinoamérica), así como de la asequibilidad de los servicios en territorio nacional; siendo relevante apuntalar cómo México es en el único país en el que se cumple con los estándares Internacionalmente aceptados. Lo anterior tal y como se desprende de la siguiente transcripción del estudio en comento:

"El análisis comparado de precios de TV paga en América Latina indica que México es el país donde, aun cuando se utiliza la normalización por paridad de poder adquisitivo, los precios son los más bajos. El liderazgo de México con el precio del abonó más económico se mantiene también cuando se consideran las ofertas de aquellos operadores que tienen la participación de mercado más importante en cada país de la región, y cuando se promedian todas las ofertas más económicas de todos los operadores de cada país (promedio ponderado por participación de mercado)

El liderazgo en precios de la industria de TV paga mexicana es fundamental desde el punto de vista del bienestar de los consumidores. De acuerdo a la premisa de que el precio del servicio no debe exceder el 2% del ingreso mensual del hogar. México es el único país de América Latina donde los hogares del primer Quintil pueden adquirir TV paga. Esta situación se contrapone con la de otros países de la región como Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Ecuador (sic), Guatemala, Honduras y Perú, donde el precio de la TV paga excede el 5% del ingreso del hogar del primer quintil, con lo que se produce un fallo de mercado importante."

En conclusión, el Dictamen Preliminar es ilegal porque no analizó ni acreditó la existencia de un daño a la competencia con la participación de GTV dentro del mercado del STAR.

Esta autoridad concluye que las manifestaciones de GTV carecen de fundamento legal. Los artículos 59 y 96 de la LFCE, así como 7 y 8 de las DRLFCE, no establecen que para determinar a un agente económico con poder sustancial, el Instituto deba analizar o acreditar la existencia de un daño a la competencia económica o la afectación que se puede causar con la capacidad de un agente económico para fijar precios o restringir el abasto.

Con fundamento en el artículo 12, fracción I, de la LFCE, el Instituto cuenta con atribuciones preventivas y correctivas con relación a los monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, bajo los criterios que la LFCE y las DRLFCE establecen para emitir sus actuaciones y realizar los análisis de competencia correspondientes.

Por un lado, la LFCE establece que se considerarán prácticas monopólicas relativas las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que: (i) encuadre en los supuestos del artículo 56 de la LFCE; (ii) realice uno o más agentes económicos que individual o conjuntamente tenga poder sustancial en el mismo mercado relevante donde se realiza la práctica y; (iii) tenga o pueda tener por objeto o efecto, en el mercado relevante o relacionado, desplazar indebidamente a un competidor, impedirle sustancialmente su acceso al mercado o establecer ventajas exclusivas a favor de un tercero.

Así, el artículo 55 de la LFCE, establece que las prácticas monopólicas relativas serán ilícitas y se sancionarán si son demostrados los supuestos anteriores. Es decir, en el caso de las prácticas monopólicas relativas sí es necesario acreditar que un agente económico con poder

sustancial realizó una conducta como las previstas en el artículo 56 de la LFCE y que además, esta práctica tenga o pueda tener como objeto o efecto un daño a la competencia económica.

Por otro lado, el artículo 96 de la LFCE establece el procedimiento especial para resolver condiciones de mercado, mediante el cual el Instituto puede resolver u opinar sobre cuestiones de existencia de poder sustancial. Como lo indica el propio artículo 96 de la LFCE, el procedimiento tiene por objeto determinar las condiciones de mercado, o bien, la existencia de poder sustancial, lo que significa que el procedimiento evalúa las características del mercado y sus agentes sin que deba acreditarse la existencia de un daño a la libre competencia o la competencia económica. La determinación de poder sustancial en un mercado relevante si bien es declarativa y constitutiva, no tiene como requisito la acreditación de un daño al mercado ni busca sancionar a agente económico alguno por haber causado un daño al mercado.

En ese sentido, las manifestaciones de GTV aluden que el Dictamen Preliminar debió analizar y acreditar la existencia de un daño a la competencia económica con la mera participación del GIE en los Mercados Relevantes, como sucede en el caso de las prácticas monopólicas relativas, donde además de acreditar que la práctica se realizó por uno o más agentes económicos con poder sustancial, se debe demostrar que en uso de dicho poder, la práctica realizada por el agente económico tenga o pueda tener por objeto o efecto un daño a la libre competencia o a la competencia económica. Sin embargo, el procedimiento que nos ocupa tiene como fin determinar agentes económicos con poder sustancial; pero escapa a la teleología del procedimiento establecer si dicho poder ha sido aplicado con la intención de dañar la competencia. Es decir, el procedimiento analiza la existencia de poder como una característica de un agente económico (una perspectiva del poder sustancial en potencia) y no busca sancionar la aplicación de ese poder en detrimento de la competencia como en el caso de una práctica monopólica relativa (una perspectiva del poder sustancial en acción).

El artículo 59 de la LFCE, así como los artículos 7 y 8 de las DRLFCE establecen los elementos y los criterios que la autoridad debe analizar para determinar a los agentes económicos que tienen poder sustancial en un mercado relevante. De dichas disposiciones no se desprende que deba ser analizado o deba acreditarse la existencia de un daño a la competencia en los mercados investigados. En ese sentido, toda vez que el marco jurídico no prevé la obligación por parte de la autoridad de comprobar un daño al mercado, le resulta innecesario el empleo de criterios adicionales para acreditar la existencia de un agente económico con poder sustancial.

Sirve de apoyo el siguiente criterio emitido por la Segunda Sala de la SCJN:

"PODER SUSTANCIAL EN EL MERCADO RELEVANTE. LA DETERMINACIÓN DE ESTOS CONCEPTOS NO REQUIERE DE CRITERIOS ADICIONALES A LOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 12 Y 13 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. Los citados preceptos establecen los criterios para determinar el mercado relevante y el poder sustancial que tiene un agente económico. Ahora bien, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis P. CVII/2000 (*), sostuvo que los artículos citados no transgreden los principios de legalidad, seguridad jurídica y división de poderes establecidos, respectivamente, en los artículos 14, 16 y 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque aunque no contienen una definición formal de los conceptos técnicos a que aluden, sí establecen criterios que permiten comprender su significado, impidiéndose la actuación arbitraria de la autoridad administrativa. Estos criterios son conceptos jurídico-económicos aplicables a todas las áreas de la actividad económica, con independencia de que los agentes económicos que participan en las diversas actividades tengan o no que hacerlo mediante concesión y sujetos a la regulación propia de ésta y a las modalidades impuestas en el título de concesión; de ahí que el respeto a los principios de legalidad y seguridad jurídica no exige que el legislador establezca criterios adicionales para los agentes económicos sujetos a concesión".¹³⁷

La investigación de la que derivó el DP tuvo como resultado colocar a GTV en una situación jurídica particular, que fue determinarlo, de forma preliminar, como agente económico con poder sustancial, pero esto de ninguna forma se traduce en que la investigación haya tenido como finalidad analizar una conducta específica de GTV y derivado de ello, acreditar el ejercicio de dicho poder por parte de GTV para ser sancionado. De esta forma, al no ser una investigación dirigida a un agente económico en específico, ni tener como finalidad acreditar y sancionar el ejercicio de poder sustancial en perjuicio de la competencia y libre concurrencia en los mercados analizados, no es menester del procedimiento probar la existencia de un daño a los Mercados Relevantes materia del Dictamen Preliminar.

Asimismo, se reitera a GTV que dado que el procedimiento que nos ocupa tiene como única finalidad determinar la existencia de los agentes con poder sustancial en los Mercados Relevantes, no se requerirá: a) un pronunciamiento respecto de la realización de una práctica contraria a la competencia por parte de dichos agentes, b) comprobar el ejercicio de dicho poder en el mercado, y c) comprobar que la existencia de un agente económico con poder sustancial tiene como consecuencia un daño al mercado.

El Artículo Noveno Transitorio establece que el Instituto, en su caso, podrá imponer medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la libre competencia y concurrencia. Dichas medidas podrían tener tanto efectos correctivos como preventivos; correctivos en el

¹³⁷ Localización: (TA); 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1; Pág. 1119; 2a. LVII/2013 (10a.). Registro No. 2004048. Sobre el particular, cabe mencionar que los artículos 12 y 13 de la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el DOF el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, la cual fue abrogada en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo Segundo Transitorio de la LFCE, no contraviene lo dispuesto por los artículos 58 y 59 de la LFCE.

caso de que se estime que existe un daño potencial al mercado y, preventivos en tanto se estime la existencia de los incentivos necesarios para que el agente declarado con poder sustancial tome decisiones en perjuicio del mercado. No obstante, la imposición de medidas no es parte del procedimiento que nos ocupa, por lo que el análisis de la existencia de un daño en el mercado no es materia del mismo.

Finalmente, dado que las manifestaciones de GTV en cuanto a que para determinar a un agente económico con poder sustancial es necesario analizar y demostrar un daño a la competencia carecen de fundamento en la LFCE y las DRLFCE, es innecesario analizar las manifestaciones orientadas con el análisis de tarifas de servicios de televisión restringida en Latinoamérica y que no ha existido ninguna afectación a la competencia derivada de la participación de GTV en los Mercados Relevantes.

6.4. Violación al derecho humano de non bis in idem y confianza legítima previstos en los artículos 14, 16, 23 y 26 de la CPEUM y sus correlativos de los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte¹³⁸

GTV señala que aun suponiendo que el mercado relevante no fuera el mercado de redes, sino el mercado que indebidamente determinó el Instituto, la AI no podría sino incluir que en la especie GTV no cuenta con poder sustancial en el mercado del STAR, puesto que resulta ilegal e inconstitucional procesar a un agente económico dos veces por la misma conducta, en contravención a lo dispuesto por el artículo 23 de la CPEUM, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José, de los cuales el Estado Mexicano es parte y que por tanto forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, el Dictamen Preliminar es ilegal porque viola el derecho humano de seguridad jurídica y el principio de confianza legítima, puesto que pretende determinar a GTV con poder sustancial, pese a que existe un procedimiento seguido en su contra en el expediente AI/DC-001-2014 relacionado con el servicio de televisión y audio restringidos, mismo que se encuentra en trámite. Ello aunado a que la concentración realizada por GTV tiene como fundamento el Artículo Noveno Transitorio, en el que el legislador ordenó que si se satisfacen ciertos requisitos, ésta puede realizarse sin necesidad de ser aprobada por el Instituto puesto que la misma beneficia a la competencia en dicho sector.

En primer lugar, la facultad sancionadora estatal o *ius puniendi* tiene dos manifestaciones: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Al respecto, la SCJN ha establecido que los principios doctrinales, jurisprudenciales y legales, desarrollados por la evolución histórica del derecho penal, le resultan aplicables al derecho administrativo sancionador. Es decir, frente al ejercicio del poder punitivo estatal, como sea que éste se

¹³⁸ Páginas 342 a 359 del Escrito de Manifestaciones de GTV y folios 16735 a 16752.

manifieste, nuestro orden jurídico debe dispensar una esfera imperturbable de derechos fundamentales que protejan al gobernado frente a la arbitrariedad.¹³⁹

El principio *non bis in ídem* consiste en la imposibilidad de que una persona pueda ser procesada o sancionada dos veces por el mismo hecho. El referido principio, elevado al rango de derecho humano, encuentra su fundamento en el artículo 23 de la CPEUM. En ese mismo sentido, el principio de mérito se encuentra reconocido por el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.¹⁴⁰

De igual manera, la Convención Interamericana de Derechos Humanos también conocida como el Pacto de San José, recoge el principio en estudio como parte del derecho al debido proceso, a la luz del artículo 8.4.¹⁴¹

Así, el principio *non bis in ídem* proscribe que cualquier persona no pueda ser juzgada dos veces por el mismo delito y por los mismos hechos, independientemente de que en el procedimiento primigenio haya sido absuelto o condenado por aquellos hechos o acciones que se pretenden analizar por segunda ocasión. De ello que, el respeto a dicho principio se traduzca en un impedimento procesal para iniciar un segundo proceso derivado de los mismos hechos y con un mismo objeto, en el claro entendido de que el bien jurídico tutelado por dicho principio lo constituye la seguridad para los gobernados en el sentido de que no sean sometidos a dos procesos por los mismos hechos y con el mismo fin u objeto.

En ese mismo sentido, los tribunales han establecido que la protección al principio *non bis in ídem* implica que los gobernados no sean sometidos a dos procesos por los mismos hechos, sin que dicho proceso sea sinónimo de sentencia.¹⁴²

¹³⁹ GTV señala que sirve de apoyo a lo anterior el siguiente criterio jurisprudencial: "**DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO**". Localización: (J); 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Agosto de 2006; Pág. 1565. P./J. 99/2006. Registro No. 174 488.

¹⁴⁰ GTV transcribe su contenido:

"Artículo 14.7. ... • ...

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país."

¹⁴¹ GTV transcribe su contenido:

"Artículo 8. Garantías judiciales:

...

4.- El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismo hechos".

¹⁴² Al respecto, GTV cita el criterio judicial cuyo rubro señala: "**NON BIS IN IDEM. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE**". Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo VIII, Octubre de 1998; Pág. 1171. I.3o.P.35 P.

Por su parte, el principio *non bis in ídem* es un principio fundamental de todo Estado de Derecho que tal y como lo ha establecido la SCJN, resulta aplicable a materias distintas a la penal, en concreto a la materia administrativa.¹⁴³

Independientemente de la decisión que se adoptase en el procedimiento primigenio, la autoridad administrativa solamente puede ocuparse una sola vez con respecto de los mismos hechos.

Por otro lado, muy interrelacionado con el derecho humano de *non bis in ídem*, es el derecho humano de seguridad jurídica, mismo que se encuentra reconocido en los artículos 14 y 16 de la CPEUM. El principio de seguridad jurídica adquiere particular relevancia en el ámbito del sector económico, como lo es el que nos ocupa, ya que el desarrollo económico se asocia, en no poca medida, a la estabilidad del marco regulatorio y a las expectativas económicas que de él derivan para los particulares. Lo anterior ya que para su funcionamiento, el mercado requiere no sólo de principios que articulen las reglas del juego sino de medidas que garanticen que dichas reglas, se mantendrán bajo condiciones políticas, sociales y económicas similares.

Tal y como lo establece el artículo 26 de la CPEUM, existe una obligación a cargo del Estado de alentar y proteger la actividad económica que realicen los particulares y de proveer las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional. Ejemplo de ello son los principios de legalidad e irretroactividad, o de la doctrina de los derechos adquiridos y las expectativas de derechos.

En este sentido, como una derivación del principio de seguridad jurídica en tanto garantía de la actuación regular de las autoridades, la doctrina ha reconocido la existencia del principio de protección de la confianza legítima o principio de confianza legítima.

Dicho principio consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Este principio busca la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, ya sea tratándose de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.

¹⁴³ GTV cita el criterio judicial cuyo rubro indica: "CONTRIBUCIONES OMITIDAS. EL TERCER PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 64 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, VIGENTE EN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS, AL ESTABLECER QUE AQUÉLLAS SE PODRÁN VOLVER A DETERMINAR CUANDO SE COMPRUEBEN HECHOS DIFERENTES, NO ES CONTRARIO AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL". Localización: (TA); 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Julio de 2002; Pág. 56. 1a. XLVIII/2002.

La interpretación del principio apuntado, debe hacerse bajo el entendido de que resulta aplicable sobre situaciones jurídicas susceptibles de modificación, puesto que existen mecanismos específicos de protección para los derechos adquiridos. Así, el principio de confianza legítima busca aportar una solución que concilie proporcionalmente la garantía de seguridad jurídica de los gobernados con el interés colectivo.¹⁴⁴

Las resoluciones que emiten las autoridades vinculan su actuar en el futuro en aras de proteger el derecho humano de seguridad jurídica y el principio de confianza legítima. Así, es claro que la jurisprudencia tanto en el ámbito contencioso civil como en el del derecho público, ha buscado proteger la seguridad jurídica de los gobernados frente a cambios abruptos de criterio por parte de las autoridades.

La AI no escapa a la observancia de los principios y derechos humanos de mérito puesto que a lo largo de las actuaciones del IFT, generaron expectativas fundadas en GTV sobre su actuación en el futuro respecto de las mismas conductas analizadas en el presente procedimiento, expectativas que se encuentran protegidas por el derecho humano de seguridad jurídica, y sobre todo por el derecho humano de *non bis in idem* en el que las partes no pueden ser procesadas ni sancionadas dos veces por las mismas conductas.

El Instituto no puede omitir considerar que el trece de marzo de dos mil quince dictó dentro de los autos del expediente AI/DC-001-2014 un dictamen preliminar cuyos datos relevantes fueron publicados el dieciocho de marzo de dos mil quince en el DOF, en el que determinó indebidamente que GTV tiene poder sustancial en dos mil ciento veinticuatro mercados relevantes en relación con el servicio de televisión y audio restringidos.

Para acreditar la relación directa que guarda el dictamen preliminar del expediente AI/DC-001-2014 basta realizar una comparación de los propios textos contenidos en dicho documento con el Dictamen Preliminar, en el cual de manera enunciativa, más no limitativa se confirma que en el análisis que se realiza del mercado relevante, los textos son idénticos, salvo por lo que hace a la eliminación de unos párrafos y de una gráfica en el numeral "III.4.2.2.4.2 Sustitución por el lado de la demanda", la eliminación de un párrafo y una gráfica en el numeral "III.4.3.2 Costos de distribución" y la eliminación de un párrafo en el numeral "III.4.3.3 Unidad geográfica de análisis".

¹⁴⁴ GTV cita diversos criterios judiciales, cuyos rubros señalan lo siguiente: i) "PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE CONFIANZA LEGÍTIMA. SU OBJETO DE TUTELA Y FORMA EN QUE SE VULNERA RESPECTO DE UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA QUE SE OTORGAN BENEFICIOS FISCALES A DETERMINADOS CONTRIBUYENTES, CONSISTENTES EN EL PAGO DIFERIDO DE IMPUESTOS", Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3; Pág. 2028. IV.2o.A.41 A (10a.); ii) "CONSULTAS FISCALES. SI LAS RESPUESTAS DE LA AUTORIDAD GENERAN DERECHOS O SON FAVORABLES AL PARTICULAR, NO PUEDEN DESCONOCERSE AL DETERMINARSE UN CRÉDITO FISCAL, SI NO CAMBIAN LAS CONDICIONES EN QUE SE EMITIERON O SON PREVIAMENTE MODIFICADAS O REVOCADAS MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO", Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Julio de 2004; Pág. 1701. I.4o.A.429 A., y iii) "COSA JUZGADA REFLEJA", Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Noviembre de 2003; Pág. 803. I.6o.C. J/43.

En virtud de lo anterior, es claro que los mercados relevantes de ambos dictámenes son coincidentes, ya que en ambos procedimientos concurren los siguientes municipios:

Estado	Municipio
Campeche	Carmen
Coahuila de Zaragoza	Piedras Negras
Guanajuato	Acámbaro Celaya Pénjamo Salvatierra Valle de Santiago Yuriria
Guerrero	Taxco de Alarcón
Hidalgo	Apan Cuautepec de Hinojosa Pachuca de Soto Mineral de la Reforma Santiago Tulantepec de Lugo Guerrero Tepeapulco Tizayuca Tulancingo de Bravo
Jalisco	La Barca Jamay
México	Acolman Amecameca Coacalco de Berriozábal (sic) Cuautitlán Chalco Ecatepec de Morelos Melchor de Ocampo Nezahualcóyotl San Martín de las Pirámides Tecámac Teoloyucan Teotihuacán Tepozotlán Texcoco Tultepec Tultitlán Zumpango
Michoacán de Ocampo	Briseñas Purépero Zacapu
Puebla	Atlixco Chletia Chignautla Izúcar de Matamoros

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

	San Martín Texmelucan Teziután
Querétaro	Corregidora El Marqués Querétaro
San Luis Potosí	San Luis Potosí Soledad de Graciano Sánchez
Tabasco	Cárdenas Centro Comalcalco Cunduacan Hulmanguillo Jalpa de Méndez Macuspana Nacajuca Paraíso
Tamaulipas	Reynosa
Tlaxcala	Amazac de Guerrero Apetitlán de Antonio Carvajal Apizaco Chiautempan Huamantla Ixtacuixtla de Mariano Matamoros Contla de Juan Cuamatzi Pantla Santa Cruz Tlaxcala Teoloachalco Tehuacan de la Solidaridad Tlaxcala Totolac Tzompantepec Yauhquemehcan La Magdalena Tlaltelulco San Francisco Tetlanohcan
Veracruz de Ignacio de la Llave	Acahualtán Alvarado Amatitlán Camerino Z. endoza (sic) Catemaco Córdoba Coscomatepec Chocomán Fortín Huatusco Ixtaczoquitlán Lerdo de Tejada

	Nogales Oluta Orizaba Río Blanco San Andrés Tuxtla Santiago Tuxtla Soconusco Tomatlán
Zacatecas	Fresnillo Guadalupe

La tramitación del procedimiento llevado dentro del expediente AI/DC-001-2014 se encuentra en trámite, pero no se puede dejar de observar que el mismo guarda relación directa con el procedimiento llevado en el Expediente, en virtud de la indebida determinación del mercado relevante, ya que ambos versan sobre el servicio de televisión y audio restringidos, por lo que de continuar con la tramitación del Dictamen Preliminar se estaría juzgando dos veces a GTV por la misma conducta en flagrante violación al principio constitucional de *non bis in ídem*.

La AI en cumplimiento al mandato del legislador inició un procedimiento de investigación; sin embargo, lo que debió hacer fue cerrar el Expediente, en aras de salvaguardar los derechos humanos de GTV.

Si bien el procedimiento derivó de un mandato legal, lo cierto es que el legislador no obliga a dicha autoridad a determinar necesariamente a algún agente económico con poder sustancial, sino sólo a investigar, por lo que fácilmente esa AI pudo concluir que en la especie GTV se encuentra en otro procedimiento ante el Instituto por las mismas conductas.

En el caso particular, la adquisición de Cablecom fue llevada a cabo conforme a lo dispuesto por el Artículo Noveno Transitorio, en el que el legislador ordenó que únicamente se satisficieran ciertos requisitos, sin necesidad de ser aprobada por el IFT, puesto que la misma beneficia a la competencia en dicho sector.

Por lo anterior, el Dictamen Preliminar debe quedar sin efectos al ser ilegal e inconstitucional, puesto que viola en perjuicio de GTV el derecho humano de *non bis in ídem* y el principio de confianza legítima que deriva del derecho humano de seguridad jurídica previsto en los artículos 14 y 16 constitucionales, puesto que existe un dictamen preliminar dentro del expediente AI/DC-001-2014, el cual versa sobre la existencia de poder sustancial en relación con el servicio de televisión y audio restringidos, misma base por virtud de la cual esa autoridad determina que GTV tienen poder sustancial en el presente procedimiento.

Las manifestaciones de GTV en cuanto a la supuesta violación al principio *non bis in ídem*, así como al principio de confianza legítima, resultan incorrectas, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

Por lo que hace a lo argumentado por GTV respecto a la facultad sancionadora estatal o *ius puniendi* en materia de derecho penal y derecho administrativo sancionador, es de señalar que si bien la SCJN ha considerado que los principios del Derecho Penal permean a los principios del derecho administrativo, esto es así sólo para el derecho administrativo sancionador por ser -junto con el derecho penal- una manifestación de la potestad punitiva del Estado.¹⁴⁵

En ese sentido, y debido a que el presente procedimiento no encuadra dentro de los procedimientos señalados en los capítulos II y III, Título Único, Libro Segundo, de la LFCE, mismos que investigan la actualización de conductas relativas a la realización de prácticas monopólicas ya sean absolutas o relativas y que, en su caso, conllevan a una sanción en términos de la legislación de competencia, cuestión que no puede ocurrir en el presente procedimiento ya que éste no tiene por objeto investigar la presunta comisión de conductas violatorias de la LFCE e imponer sanciones a los agentes económicos responsables de dichos ilícitos, sino analizar las condiciones de los mercados relevantes para estudiar las características del mercado y si existen agentes económicos que cuentan con poder sustancial, en términos de lo dispuesto por la LFCE.

Es importante dejar en claro que la resolución que en su caso emita el IFT tiene por objeto

¹⁴⁵ Sirve de sustento a lo anterior el siguiente criterio judicial: "**DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL. EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.** De un análisis integral del régimen de infracciones administrativas, se desprende que el derecho administrativo sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad en general, el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados. En este orden de ideas, la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos. Ahora bien, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudirse a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Desde luego, el desarrollo jurisprudencial de estos principios en el campo administrativo sancionador -apoyado en el Derecho Público Estatal y asimiladas algunas de las garantías del derecho penal- irá formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado, sin embargo, en tanto esto sucede, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal." ¹⁴⁵ Registro: 174488 Tesis: P./J. 99/2006 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Agosto de 2006 Página: 1565.

Únicamente declarar si es que existe o no poder sustancial en los mercados relevantes especificados. Será en un momento posterior y en un procedimiento que se sigue en términos del artículo 281 de la LFTR cuando, de estimarse pertinentes, se establezcan las obligaciones específicas según el mercado o servicio de que se trate.

Asimismo cabe advertir que la existencia de poder sustancial en el mercado relevante por parte de un concesionario, no constituye una infracción a LFTR ni a la LFCE. La única consecuencia prevista en la LFTR para un agente económico con poder sustancial puede ser la imposición de obligaciones específicas. Sin embargo, la imposición de esas obligaciones se realizará mediante un procedimiento diverso al que nos ocupa.

En suma, desde el punto de vista jurídico, la determinación de existencia de poder de mercado para efectos del establecimiento de obligaciones específicas, no supone la existencia de violaciones de alguna norma que implique una condena o que conlleve la declaración de responsabilidad sobre conductas ilícitas, por lo que no se entiende ni siquiera por analogía la aplicación de los principios que se invocan.

Por lo que hace al principio *non bis in ídem*, este se encuentra previsto en el artículo 23 de la CPEUM y busca impedir que una persona sea sancionada de manera sucesiva, simultánea o reiterada por un hecho que fue sancionado con anterioridad.

Por su parte, el principio de confianza legítima tutela el respeto de la adopción y aplicación de normas, actos o medidas bajo las cuales previamente el gobernado se sujeta, que busca una estabilidad y conservación para que las situaciones beneficiosas no sean modificadas en lo futuro y, si lo son, que de alguna manera se establezcan medidas transitorias para no sorprender a los gobernados, realizando al menos un cambio pausado y no abrupto, o buscando una manera de evitar un agravio cuando con la modificación se dañan intereses particulares, que en virtud de la confianza depositada estarían siendo protegidos.¹⁴⁶

Por su parte, la Segunda Sala de la SCJN en la resolución del amparo en revisión 744/2012, determinó que el procedimiento de investigación y declaración de poder sustancial en el mercado relevante, como ha quedado señalado anteriormente, no tiene por objeto imponer una sanción por la infracción a disposiciones administrativas. En la parte que nos importa de dicha sentencia, nuestro máximo tribunal señaló lo siguiente:

"El procedimiento de investigación y declaración de poder sustancial en el mercado relevante no tiene por objeto imponer una sanción por la infracción a disposiciones administrativas, por lo que si a estos procedimientos sancionadores no es aplicable el principio de presunción de

¹⁴⁶ Véase la tesis de rubro: "PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE CONFIANZA LEGÍTIMA. SU OBJETO DE TUTELA Y FORMA EN QUE SE VULNERA RESPECTO DE UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA QUE SE OTORGAN BENEFICIOS FISCALES A DETERMINADOS CONTRIBUYENTES, CONSISTENTES EN EL PAGO DIFERIDO DE IMPUESTOS". Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3; Pág. 2028. IV.2o.A.41 A (10a.).

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

inocencia, menos puede serlo en un procedimiento administrativo que no tiene por objeto sancionar posibles infracciones de carácter administrativo sino únicamente el de realizar los actos de investigación necesarios, entre ellos, requerimientos de documentación e informes, citaciones para declaración y verificaciones, con el único objeto de contar con los elementos necesarios para estar en posibilidad de 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 para prevenir o evitar posibles prácticas monopólicas o cualquiera de las prohibidas por el artículo 28 constitucional".¹⁴⁷

Bajo este contexto, dado que el procedimiento que nos ocupa no tiene como objeto imponer una sanción, el Dictamen Preliminar no es susceptible de violentar principios aplicables a la materia penal, como lo son los principios *non bis in idem* y de confianza legítima, mismos que GTV manifiesta han sido vulnerados.

Ahora bien, suponiendo sin conceder que los principios a que se ha hecho referencia resultaran aplicables, las manifestaciones de GTV continúan resultando incorrectas. Lo anterior, toda vez que la coexistencia del procedimiento para resolver sobre condiciones de mercado tramitado en el Expediente y el procedimiento para resolver sobre condiciones de mercado tramitado en el expediente AI/DC-001-2014, no implica a su vez una identidad en tales procedimientos en cuanto a los elementos concernientes al sujeto, hecho y fundamento.

A efecto de sustentar válidamente que el principio *non bis in idem* ha sido violado, GTV debió acreditar la existencia de una triple identidad de elementos, a saber, hecho, sujeto y fundamento.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Lo cual se desprende de la sentencia emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 347/2013, misma que tiene el carácter de pública y puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153842>

¹⁴⁸ Sirve de sustento a lo anterior el siguiente criterio judicial: "**SEGURIDAD JURÍDICA. EL DERECHO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ES APLICABLE A LA MATERIA ADMINISTRATIVA.** El precepto constitucional citado contiene diversos derechos de seguridad jurídica, dentro de los que se encuentra el relativo a que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma falta. Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dotado de mayor contenido al derecho en comento, haciéndolo extensivo a materias diversas a la penal, como la administrativa. Así, en esta última materia, el derecho se encuentra dirigido a prohibir que a un particular se le sancione dos veces o por segunda vez por el mismo hecho y para proteger el mismo bien jurídico; en esta tesitura, "lo mismo" se identifica o equipara con la triple identidad de: sujeto, hecho y fundamento. Por el contrario, cuando un sujeto con uno o más hechos lesiona bienes jurídicos diferentes (diversos ordenamientos jurídicos) o algún bien jurídico varias veces, esa situación ocasiona la comisión de varias infracciones distintas y se sanciona por cada ilícito perpetrado, ya que en este supuesto no existe la triple identidad, toda vez que o no se trata del mismo hecho o falta coincidencia de fundamento, lo que es de suma importancia e indispensable para que surta plena vigencia esa exigencia constitucional. Ilustra los supuestos que anteceden, lo que establecen los artículos 75, fracción V y 76 del Código Fiscal de la Federación, en virtud de que en el primer numeral mencionado, al existir la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, se prevé que se aplique sólo una sanción; en tanto que en la segunda disposición legal, el supuesto que antecede no se actualiza, en atención a que en esa norma se señalan diversos hechos (infracciones), que implican la inobservancia de distintos ordenamientos jurídicos, situación que tiene como consecuencia la aplicación de las sanciones que correspondan por cada ilícito que se

Una vez asentado lo anterior, es necesario identificar si entre el procedimiento tramitado en el expediente AI/DC-001-2014 y el procedimiento tramitado en el expediente AI/DC-002-2014 coexisten los elementos citados.

Por lo que respecta al elemento concerniente al sujeto, esta autoridad advierte que la determinación de poder sustancial no recayó precisamente sobre grupos de interés económico conformados con las mismas personas en ambos procedimientos, aun cuando algunas de las empresas que los conforman fueron señaladas en ambos dictámenes preliminares.

De la información integrada al Expediente se puede advertir que en el dictamen preliminar emitido dentro del procedimiento correspondiente al expediente AI/DC-001-2014, la AI determinó lo siguiente:

"PRIMERO.- Para efectos del presente Dictamen Preliminar, Grupo Televisa, S.A.B. y las diversas Empresas Cablevisión, S.A.B. de C.V., Televisión Internacional, S.A. de C.V.; Grupo Cable TV, S.A. de C.V., Innova, S. de R.L. de C.V., y la primera de las mencionadas en su carácter de fusionante de las empresas que conformaban a la diversa Cablemás, S.A. de C.V., integran un grupo de interés económico encabezado por Grupo Televisa, S.A.B., denominado GTV, tal como se analiza en el Anexo II del presente documento.

SEGUNDO.- El grupo de interés económico denominado GTV tiene poder sustancial en 2,124 (dos mil ciento veinticuatro) mercados relevantes que se listan a continuación (...)"

(Énfasis añadido)

Como se observa, la determinación de poder sustancial realizada dentro del expediente AI/DC-001-2014 recayó sobre un grupo de interés económico denominado, para efectos del dictamen preliminar respectivo, como GTV, estando conformado dicho grupo por los siguientes agentes económicos: i) Grupo Televisa, S.A.B.; ii) Cablevisión; iii) TVI; iv) Cablecom, y v) Innova.

Ahora bien, como se puede apreciar en el Dictamen Preliminar emitido en el presente expediente, la AI determinó lo siguiente:

"PRIMERO.- Para efectos del Dictamen Preliminar, Grupo Televisa, S.A.B., por sí misma y en su carácter de fusionante de las empresas que conformaban a la diversa Cablemás, S.A. de C.V., así como las diversas Empresas Cablevisión S.A.B. de C.V.; Televisión Internacional, S.A. de C.V.; Grupo Cable TV, S.A. de C.V.; Innova, S. de R.L. de C.V. y Letseb, S.A. de C.V., integran un grupo de interés económico encabezado por Grupo Televisa, S.A.B., tal y como se describe en el Anexo III.

SEGUNDO.- Derivado de la concentración materia de la investigación, el grupo de interés económico señalado en el resolutivo PRIMERO adquiere poder sustancial o lo incrementa,

hubiere cometido." Localización: (TA); 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, Marzo de 2014; Tomo I; Pág. 1082. 2a. XXIX/2014 (10a.). (Énfasis añadido).

en 99 (noventa y nueve) mercados relevantes del servicio de televisión y audio restringidos, mismos que se enlistan a continuación (...)"

(Énfasis añadido)

De lo anterior, puede desprenderse que la determinación de poder sustancial recayó sobre un GIE que para efectos del propio Dictamen Preliminar se encuentra conformado por los siguientes agentes económicos: i) Grupo Televisa, S.A.B.; ii) Cablevisión; iii) Televisión Internacional, S.A. de C.V.; iv) Grupo Cable TV, S.A. de C.V.; v) Innova, S. de R.L. de C.V., y vi) Letseb, S.A. de C.V.

Al respecto, claramente se observa que si bien varias empresas que conforman a los grupos tomados en cuenta para efectos de cada uno de los dictámenes son coincidentes, lo cierto es que el GIE identificado en el Expediente se encuentra conformado por un integrante adicional, siendo éste Letseb. Lo anterior, sin advertirse que las manifestaciones realizadas por GTV en ningún momento se encuentran dirigidas a desvirtuar la integración del GIE determinado para el Dictamen Preliminar.

En este sentido, toda vez que la determinación de poder sustancial realizada en cada uno de los expedientes mencionados no recayó sobre las mismas empresas, el elemento concerniente al sujeto no resulta coincidente. Por lo tanto, contrario a lo manifestado por GTV, no se configura el primero de los elementos para considerar que en el caso se haya transgredido el principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 23 de la CPEUM.

No obstante que lo anterior es suficiente para desacreditar la supuesta violación manifestada por GTV, resulta conveniente analizar si al respecto se configuran los elementos concernientes al hecho y fundamento.

Por lo que respecta al primero de los elementos mencionados, es decir, al hecho, esta autoridad advierte que no existe coincidencia entre los hechos materia de los expedientes AI/DC-001-2014 y AI/DC-002-2014, tal y como se explica a continuación:

La determinación de PSM atiende directamente a las condiciones concernientes a un mercado relevante y no a una conducta. Estrictamente no puede hablarse del análisis de "hechos" en virtud de que el procedimiento atiende a las condiciones de un mercado y no a precisamente a hechos. El predicado del procedimiento son las condiciones de uno o varios mercados y no un pronunciamiento de causalidad legal relativa a hechos o actos jurídicos.

Además, las condiciones encontradas en ambos procedimientos corresponden a un momento determinado, razón por la cual la determinación a la que se enfocan los procedimientos se referirá a temporalidades diversas.

En tal virtud, la determinación de poder sustancial relativa al expediente AI/DC-001-2014, correspondió a las condiciones que presentaba el mercado correspondiente a la prestación del servicio de televisión y audio restringido sobre RPTs en cada uno de los dos mil ciento veinticuatro municipios precisados en el dictamen preliminar al momento de la emisión de dicho dictamen.

De conformidad con el Artículo Trigésimo Noveno, la AI contaba con un periodo de treinta días naturales posteriores a la entrada en vigor de la LFTR, para iniciar los procedimientos de investigación correspondientes a fin de determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en cualquiera de los mercados relevantes de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, entre los cuales debería incluirse el mercado nacional de audio y video asociado a través de redes públicas de telecomunicaciones.

De lo anterior, se puede observar que la razón de existencia del citado artículo transitorio recayó en la necesidad de realizar un análisis respecto de las condiciones que presentaba el mercado correspondiente treinta días posteriores a la entrada en vigor de la LFTR. Así, las condiciones de mercado referidas se investigaron por mero efecto de la entrada en vigor de la LFTR.

Por su parte, del Artículo Noveno Transitorio se desprende la facultad del Instituto para investigar las concentraciones que fueran llevadas a cabo conforme al régimen previsto en el propio precepto, asentando el legislador la facultad del Instituto para investigar dichas concentraciones en un plazo no mayor a noventa días naturales y señalando que en caso de encontrar que existe poder sustancial en el mercado de redes de telecomunicaciones que presten servicios de voz, datos o video o en el de radio y televisión según el sector que corresponda, se podrían imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado libre competencia y concurrencia.

En este sentido, la razón de existencia de la investigación prevista en el Artículo Noveno Transitorio tuvo como objeto la realización de un análisis de las condiciones de los mercados correspondientes, con motivo de un acto particular como una concentración.

Así bien, tanto la investigación prevista en el Artículo Trigésimo Noveno Transitorio, como la prevista en el Artículo Noveno Transitorio, no tenían como objeto el análisis de actos determinados, sino de condiciones de mercado. No obstante, dichos artículos sí tienen como objeto la investigación respecto de dichas condiciones de mercado a partir de actos distintos. Situación que, aun cuando no sea el caso, podría implicar una temporalidad distinta e inclusive recaer sobre mercados distintos, ya que cabría la posibilidad de que el primero de ellos recaiga sobre algún mercado relevante que no fuera comprendido en una concentración realizada conforme al régimen previsto en el Artículo Noveno Transitorio.

Al respecto, resulta claro que la investigación prevista en el Artículo Trigésimo Noveno Transitorio deriva del acto consistente en la propia entrada en vigor de la LFTR, mientras que la prevista en el Artículo Noveno Transitorio de una transacción llevada entre particulares. El último artículo citado reconoce la necesidad de competencia en el sector de Telecomunicaciones pero no deja de lado aspectos como la competencia en mercados relevantes, en específico, al establecer la investigación referida.

Lo anterior pone en evidencia que, al derivar los procedimientos de la actualización de supuestos diversos, no puede considerarse que las condiciones de mercado materia de cada uno de ellos sean las mismas, máxime si un procedimiento inicia por la entrada en vigor de la

LFCE y el otro por un acto que puede modificar las condiciones de mercado como lo es una concentración.

No obstante que los hechos que dan origen a cada uno de los procedimientos son distintos y que, por ende, las condiciones de mercado materia de cada uno de los procedimientos pueden resultar distintas en virtud de las consideraciones expuestas, dicha distinción se observa de mejor manera al momento de analizar el elemento concerniente al fundamento, donde se evidencia no sólo la distinción entre este último elemento, sino también de manera implícita sobre el elemento relativo a los hechos.¹⁴⁹

El Artículo Trigésimo Noveno reconoce la existencia del Artículo Noveno Transitorio, demostrándose con ello que el legislador no sólo estableció fundamentos distintos para la atención de circunstancias particulares respecto de cada uno de ellos, sino que incluso reconoció dentro de uno de ellos la existencia del otro, indicando que sin perjuicio de lo dispuesto en aquél, se deberían iniciar los procedimientos de investigación correspondientes a fin de determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial.

Más allá de demostrar la existencia de fundamentos distintos y con ello evidenciar que cada uno de los procedimientos en comento han sido llevados con motivo de la existencia de preceptos distintos, y por ende, la inexistencia de una violación al principio *non bis in idem*, no debe dejarse de observar que la redacción de los Artículos Noveno y Trigésimo Noveno Transitorios, refleja de manera clara la intención del legislador en ordenar el inicio de dos procedimientos distintos, derivado uno de ellos de la simple entrada en vigor de la ley, a efecto de analizar las condiciones del mercado en tal momento y otro que analizara las condiciones respectivas que presenta el mercado después de que es llevada a cabo una concentración dentro del sector.

Toda vez que ha quedado demostrada la falta de triple identidad de elementos exigida a efecto de acreditar una violación al principio *non bis in idem*, resulta evidente que en el caso en concreto no existe la transgresión aducida por GTV, no obstante que, como se mencionó al principio del presente apartado, dicho principio, así como el principio de confianza legítima, no resulten aplicables al presente procedimiento de declaratoria de poder sustancial, al no tener éste por objeto la imposición de una sanción.

¹⁴⁹ Al respecto, vale la pena transcribir el Artículo Trigésimo Noveno Transitorio, mismo que a la letra señala lo siguiente: "**Trigésimo Noveno.** Para efectos de lo dispuesto en el artículo 264 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, el Instituto Federal de Telecomunicaciones iniciará, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo Noveno Transitorio del presente Decreto, dentro de los treinta días naturales posteriores a su entrada en vigor, los procedimientos de investigación que correspondan en términos de la Ley Federal de Competencia Económica, a fin de determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en cualquiera de los mercados relevantes de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, entre los que deberá incluirse el mercado nacional de audio y video asociado a través de redes públicas de telecomunicaciones y, en su caso, imponer las medidas correspondientes."

(Énfasis añadido)

6.5. Consideraciones adicionales¹⁵⁰

a) Arbitrariedades en las que incurre el IFT a la luz del test de razonabilidad y de las irregularidades argumentales que se observan en el DP.

I. Violación al principio de no contradicción.

El principio de no contradicción es uno de los principios fundamentales del pensamiento lógico. En virtud de él es que todos sabemos con toda claridad "que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias".

El DP no solo contiene las contradicciones internas que se han apuntado en otros capítulos, sino que contradice dictámenes emitidos hace pocos meses por el mismo IFT, cuyas afirmaciones impactan sustancialmente en el presente caso.

En efecto, el IFT contradice dos conclusiones a las que había llegado no mucho tiempo atrás, a saber: (i) el siete de enero de dos mil quince, respecto de que Dish está concentrado con "GEAM", en el marco de la investigación de concentración Telmex/Dish, y (ii) el primero de diciembre de dos mil catorce, respecto de que GTV tiene un competidor fuerte en el STAR capaz de ejercer presión competitiva en todo el país, en el marco de la compra de Cablecom por parte de GTV.

En relación al punto (i) precedente, a lo largo del DP el IFT "hace la vista gorda" sobre el real tamaño y poder que tiene Dish, como si se tratase de un novato competidor sin poder de negociación, estructura comercial o capacidad financiera. Peor aún, el IFT pretende declarar poder sustancial de GTV en el mercado de STAR, cuando su principal competidor es nada menos que el agente preponderante del sector, sin hacer la más mínima referencia a esta circunstancia y sus tremendas implicancias en el DP.

Poco tiempo atrás, en el marco del expediente E-IFT/UC/DGIPM/PMR/0003/2013 y acumulados, fue el propio IFT quien determinó que Dish se había concentrado con TELMEX/"GEAM". ¿Puede entonces no dársele a Dish la dimensión de una empresa de peso extraordinario en el mercado de las telecomunicaciones sin caer en una contradicción flagrante con lo determinado hace pocos meses? Claro que no.

En relación al punto (ii) precedente, no puede soslayarse que el IFT sostiene en el DP que GTV no tiene un competidor fuerte en el STAR. Esto es totalmente contradictorio con otros pasajes del mismo DP respecto del lanzamiento del plan [REDACTED] de GTV para, justamente, competir con el producto de Dish, y se "olvida" del potencial de Dish como competidor al estar concentrado con Telmex/"GEAM".

Cabe recordar aquí lo manifestado por el IFT en reiteradas oportunidades, en su reciente Resolución en el marco de la investigación de la concentración Telmex/Dish, refiriéndose a los contratos que unen a estas dos empresas:

¹⁵⁰ Páginas 359 a 410 del Escrito de Manifestaciones de GTV y folios 16752 a 16803 del Expediente.

"(...) se advierte que los mismos tienen como objeto y efecto la persecución de intereses financieros y comerciales comunes, en cuanto a que dichas sociedades coordinan su comportamiento para controlar conjuntamente la operación de DM y Cofresa en el mercado".

¿De qué mercado estaba hablando acaso el IFT en la resolución citada precedentemente? ¿Puede ser otro que aquel en donde actúa DM (Dish México)? La arbitrariedad de no considerar esta circunstancia es tan notoria que exime de mayores consideraciones.

Pero como si lo anterior fuera poco, deben recordarse las textuales palabras que el IFT emitió justamente en el marco de la investigación que llevó a cabo en la compra de Cablecom, en el dictamen de fecha primero de diciembre de dos mil catorce, es decir, aproximadamente cinco meses atrás sobre este mismo mercado en donde ahora la AI pretende sostener que hay poder sustancial:

"En el servicio de televisión restringida, concurre otro concesionario, que no es parte ni está afiliada al grupo de interés económico al que pertenece GTV, quien bajo la marca comercial DISH, opera con tecnología satelital y tiene la capacidad de proveer este servicio a la totalidad de las localidades involucradas en la Concentración y ha mostrado la capacidad de competir en precios, y tasas significativas de crecimiento en sus participaciones, medidas en términos de usuarios finales.

(...)

Un hecho notorio para esta autoridad es que en (dos mil ocho) incursionó un nuevo participante en la provisión del servicio de televisión restringida, con el nombre comercial de DISH. De los registros de tarifas del Instituto se observa que tras la entrada de DISH al mercado, el precio y la cantidad de señales incluidas en los paquetes básicos de los proveedores disminuyeron, ofertando a los usuarios finales acceso de bajo costo al servicio. Esto es, la reducción en los precios se debe a la incursión de un agente económico con la capacidad de competir en precios frente a las empresas que forman parte del GTV.

(...)

Se observa que la entrada de DISH en la provisión del servicio de televisión restringida generó una competencia en precios que motivó a las empresas de GTV y los demás participantes ofrecer servicios de bajo costo. En este sentido, se observa que existen agentes económicos capaces de ejercer presión competitiva a nivel nacional en el servicio de televisión restringida".¹⁵¹

Nótese que esta evaluación del IFT ocurrió tan solo unos pocos meses atrás, y constituye un pronunciamiento sobre la situación actual del mercado, no sobre algo que ocurrió en el pasado y ya no acontece más. Sus propias palabras, vale la pena insistir, así lo avalan, pues reconocer que *"existen agentes económicos capaces de ejercer presión competitiva"* implica necesariamente negar que existe poder sustancial.

¹⁵¹

GTV señala en una nota al pie las páginas 55, 55, 57 y 58 de la Resolución al Aviso de Concentración.

Estas palabras, además, conjugadas en tiempo presente, denotan que la existencia de agentes económicos capaces de ejercer presión competitiva a nivel nacional es actual y no algo del pasado, como pretende sostener la AI en el DP.

Entonces ¿es Dish un competidor con entidad suficiente para influir en los precios o no lo es? ¿Puede lógicamente afirmar el Dictamen que GTV puede fijar precios y comportarse de un modo independiente de los competidores y consumidores, en línea con lo exige el arto 59 fracción I de la LFCE, cuando se ha sostenido cinco meses atrás que hubo una reducción en los precios por la entrada de Dish al mercado, a quien además se le reconoce capacidad de ejercer presión competitiva? ¿O acaso el mercado ha cambiado radicalmente en el último mes? La contradicción es evidente, la respuesta es obvia, la arbitrariedad es clara.

La violación al principio lógico de no contradicción por parte de una autoridad gubernamental es sumamente grave, pues en ella se evidencia la arbitrariedad y se lesionan los principios republicanos de gobierno. Como afirma la más destacada doctrina:

"Sin ese principio de no contradicción, que es también un principio ontológico y que es evidente, necesario, universal y anterior a cualquier otro principio del pensar, se hace imposible todo pensamiento, toda razón y verdad, toda inteligibilidad de la realidad en general, toda posibilidad de distinguir algo. Por esto, decía Aristóteles que sólo es posible ignorarlo si no se razona o si se niega toda entidad determinada de las cosas.

(...)

Cierto es que, como reconoce el propio Aristóteles, existe quien niega el principio de no contradicción. Pero ahí estamos en presencia de irracionalismo radical, que niega toda posibilidad de intelección y comprensión de algo".¹⁵²

Se considera que GTV parte de una premisa incorrecta al analizar la supuesta violación al principio lógico de no contradicción, ya que como el propio agente refiere, para que una situación sea contradictoria respecto de otra es necesario que ocurran las mismas circunstancias, situación que en el particular no acontece.

En el particular no se agotan los extremos requeridos en el principio citado por el manifestante, toda vez que el agente económico pretende, indebidamente, comparar el contenido del DP con dos conclusiones a las que, supuestamente, ha llegado el Instituto al pronunciarse sobre situaciones totalmente diferentes en cuanto a su naturaleza, alcances y efectos, ya que resulta arbitrario sostener que el estudio económico y jurídico necesario para analizar la posible existencia de una concentración no notificada es igual al que deba llevarse a cabo con motivo de una concentración en un mercado donde exista un agente preponderante o el que deba efectuarse para determinar si existe poder sustancial en algún mercado. Así, contrario a lo afirmado por GTV, es claro que: (I) el objeto del análisis es diverso en los tres los supuestos planteados, (II) estas hipótesis normativas son reguladas por diferentes cuerpos

legales y (iii) la ley de la materia prevé procedimientos diversos para cada uno de estos supuestos. Por tanto, es incorrecto lo manifestado por GTV en lo conducente a la supuesta violación al principio lógico de no contradicción.

Aunado a lo anterior, se considera que las manifestaciones hechas valer por GTV son genéricas y abstractas toda vez que las afirmaciones contenidas en el argumento que se analiza carecen de sustento.

De lo expuesto por GTV, se desprende que éste considera que el DP es contradictorio en dos aspectos: i) internamente, porque supuestamente contiene contradicciones a lo largo del propio DP y ii) externamente, por considerar que el DP es contrario, supuestamente, a dos "conclusiones" emitidas por el Instituto con antelación, consistentes en las resoluciones emitidas el siete de enero de dos mil quince y el primero de diciembre de dos mil catorce.

En lo conducente a la supuesta existencia de contradicciones internas GTV manifiesta únicamente lo siguiente: "...El DP no sólo contiene las contradicciones internas que se han apuntado en otros capítulos sino...", situación que evidencia la superficialidad y ambigüedad del argumento, pues GTV **omite especificar**: cuáles manifestaciones del DP considera contradictorias; por qué asevera que existen contradicciones, y de existir las mismas, omite especificar cuál es la afectación que las supuestas contradicciones le generan, por tanto, como consecuencia de la generalidad y ambigüedad de dichas manifestaciones, este Instituto se encuentra impedido para estudiar y pronunciarse al respecto.

En lo conducente a las supuestas contradicciones externas, GTV sostiene que con el contenido del DP se contradice la resolución emitida el siete de enero de dos mil quince: "... respecto de que Dish está concentrado con "GEAM", en el marco de la investigación de concentración Telmex/Dish..."; "...que el Instituto hace la vista gorda sobre el real tamaño y poder que tiene Dish, como si se tratase de un novato competidor sin poder de negociación, estructura comercial o capacidad financiera. Peor aún, el IFT pretende declarar poder sustancial de GTV en el mercado de STAR, cuando su principal competidor es nada menos que el agente preponderante del sector, sin hacer la más mínima referencia a esta circunstancia y sus tremendas implicancias en el DP."

Como se ha dicho, se considera que no existe contradicción toda vez que las conclusiones no fueron emitidas bajo las mismas circunstancias, a pesar de lo anterior, se procede a analizar los argumentos vertidos por GTV respecto de las supuestas contradicciones externas que se advierten del DP.

No pasa desapercibido para esta autoridad, que de la sola lectura de lo manifestado por GTV se aprecia que lo plasmado en dichas líneas constituyen meras afirmaciones genéricas que omiten atacar las consideraciones contenidas en el DP, omitiendo señalar de forma puntual y precisa qué parte del DP se combate, así como la supuesta afectación que tal contradicción de conclusiones le genera al agente económico. Estas situaciones obstaculizan al Instituto para realizar el estudio de los argumentos a profundidad.

Con independencia de lo anterior, GTV sostiene que el Instituto ignora el tamaño real, el poder de negociación, así como la capacidad de Dish dentro de este mercado, sin embargo dicha cuestión fue considerada a lo largo del DP.

Por otra parte, GTV señala que: *"el IFT pretende declarar poder sustancial de GTV en el mercado de STAR, cuando su principal competidor es nada menos que el agente preponderante del sector, sin hacer la más mínima referencia a esta circunstancia y sus tremendas implicancias en el DP."*, expone lo anterior, supuestamente con fundamento en la resolución emitida por el Pleno el siete de enero de dos mil quince, referida con antelación. Sin embargo, no cabe una interpretación en ese sentido de dichas resoluciones. Poder sustancial y preponderancia no se encuentran en el mismo plano ni son determinadas con criterios similares.

La preponderancia de un agente económico se determina con base en una participación nacional mayor al cincuenta por ciento en número de usuarios, suscriptores, audiencia o tráfico en sus redes. Esta participación debe ser superior a un cincuenta por ciento. Para efectos de preponderancia se toma en cuenta la participación sectorial. En el caso concreto, los sectores fueron los de telecomunicaciones y radiodifusión. No hay criterios adicionales para determinar a un preponderante. Así, cada uno de los sectores está integrado por diversos mercados. A su vez, los mercados de servicios en cada uno de los sectores pueden estar compuestos de varios mercados relevantes.

El poder sustancial es determinado con base en una herramienta analítica diversa. Tiene dos dimensiones: la de un bien o servicio y el área geográfica en la que el bien o servicio referido es comercializado o prestado. La medida del poder sustancial se encuentra dentro del mercado relevante y no dentro de un sector completo. La definición de poder sustancial dentro de un mercado relevante puede ser alcanzada únicamente a partir del análisis de los elementos referidos en los artículos 58 y 59 de la LFCE.

Derivado de la situación referida, es normativamente posible que exista un agente económico preponderante dentro de un sector y un agente económico con poder sustancial en uno o un conjunto de mercados relevantes. Es decir, es posible que un agente económico tenga una participación mayor al cincuenta por ciento en términos de participación nacional dentro de un sector en términos de usuarios y que en uno o un conjunto de mercados relevantes de los que integran al sector exista un agente económico que supere en participación al preponderante y que detente poder sustancial. Es decir, la preponderancia dentro de un sector no excluye en modo alguno la existencia de un agente con poder sustancial dentro de un mercado relevante, incluso del mismo sector en el que existe un preponderante. Así las manifestaciones de GTV sobre competir con el preponderante en el sector de telecomunicaciones, resultan ineficaces para efectos de las conclusiones del dictamen preliminar y del presente documento.

Con relación, a la supuesta contradicción entre el contenido del DP y el acuerdo P/IFT/EXT/101214/273 emitido por el Pleno mediante la Sesión Extraordinaria celebrada el diez de diciembre de dos mil catorce se precisa lo siguiente.

Si bien es cierto que del contenido de dicho acuerdo se advierte que el Pleno ha sostenido que Dish es un competidor con capacidad para proveer servicio de televisión restringida y capaz de ejercer presión competitiva, cierto también es que esta situación por sí sola no es determinante para concluir que GTV no tiene poder sustancial en el mercado del STAR. No existe razonamiento alguno en el que se establezca cómo la participación de un agente económico dentro de un mercado por sí misma puede cancelar el poder que, en su caso, detente otro agente económico dentro del mismo mercado relevante.

ii. Control de razonabilidad

La razonabilidad consiste en un test que busca medir la licitud de las actuaciones estatales que inciden en los derechos de los ciudadanos en pos de fines de bienestar general. Opera como mecanismo de control de la actividad legislativa y administrativa que recae sobre el contenido de las normas y demás actos estatales.

El control de razonabilidad de los actos estatales puede efectuarse en cinco pasos: (i) finalidad, (ii) adecuación, (iii) necesidad, (iv) proporcionalidad, y (v) no afectación de contenido esencial de derechos. Si en cualquiera de las preguntas en que consiste cada test la respuesta es un no, significará que la medida estatal es irrazonable. Por ello, la misma es inválida y debe ser desechada e inaplicada.

De nueva cuenta, esta autoridad considera que el argumento que se estudia es gratuito por contener manifestaciones genéricas, ambiguas y abstractas; por carecer de razonamientos lógicos y jurídicos que justifiquen una afectación al agente económico; así como por omitir atacar alguna de las consideraciones contenidas en el DP.

Previo a realizar cualquier tipo de pronunciamiento en relación con los argumentos que GTV hace valer bajo los rubros: a) Control de razonabilidad; b) el DP no persigue una finalidad legítima ni socialmente relevante; c) el DP no es idóneo para alcanzar los fines constitucionales y relevantes establecidos, d) el DP utiliza una medida más gravosa de la necesaria para alcanzar los fines legítimos y e) la declaración de poder sustancial es desproporcionada, acarrea mayores costos que beneficios; de los cuales se advierte que GTV controvierte la constitucionalidad de la medida emitida por este Instituto consistente en el DP, y en consecuencia, solicita la inaplicación del mismo, es necesario precisar algunos de los razonamientos que el PJP ha expuesto respecto de estos temas y el control de constitucionalidad.

El catorce de julio de dos mil once, el Tribunal Pleno de la SCJN, al resolver el expediente "Varios 912/2010", sostuvo en el considerando SÉPTIMO denominado Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad; entre otras cosas, que derivado de la reforma constitucional publicada en el DOF el diez de junio de dos mil once por virtud de la cual se modificó el contenido del artículo 1º constitucional, todas las

autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la CPEUM, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.

Asimismo, se determinó que el texto actual del artículo 1º constitucional debe leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la propia CPEUM, para así determinar el marco dentro del cual debe realizarse el control de convencionalidad, el cual sería distinto al control concentrado que previo a la reforma constitucional del diez de junio de dos mil once operaba en nuestro sistema jurídico.

Posteriormente, el Pleno de la SCJN hace una reflexión sobre la función jurisdiccional, concluyendo que de conformidad al contenido de los artículos 1 y 133 *in fine* de nuestra ley suprema, los jueces se encuentran impedidos para hacer una declaración general sobre la invalidez de leyes, o expulsar las mismas del orden jurídico por considerarlas contrarias a los derechos humanos contenidos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que México sea parte, sino que únicamente están obligados a dejar de aplicar dichas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la CPEUM y de los tratados en materia de derechos humanos.

Por otra parte, en el párrafo 30 del fallo referido, se advierte que el Tribunal Pleno de la SCJN considera que el mecanismo para ejercer el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente (en los artículos 1º y 133 de la ley fundamental).

Esta reflexión consistente en seguir el control constitucional establecido en nuestro orden jurídico, lleva al Pleno de la SCJN a exponer las vertientes del modelo de control constitucional en nuestro país, estableciendo en el fallo conducente textualmente, lo siguiente:

34. "Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. **En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación** con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; **en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.**
35. Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.
36. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema que, como hemos visto, es concentrado en una parte y difuso en otra y que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por

declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.

37. *Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.*"

(Énfasis añadido)

De lo antes transcrito, se advierten elementos que cobran especial importancia en el presente. Por una parte, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que la facultad de inaplicar normas o actos jurídicos derivados de la aplicación de normas jurídicas consideradas inconstitucionales o inconvenionales, respectivamente, **es facultad exclusiva del PJF, mientras que la obligación de aplicar las normas correspondientes** cumpliendo el principio *pro persona*, **corresponde a todas las autoridades del país** en el ámbito de sus competencias.

En esta tesitura, de conformidad a los argumentos referidos en las líneas que preceden, los cuales fueron recogidos en la tesis aislada emitida por el Tribunal Pleno de la SCJN, de rubro: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD",¹⁵³ se considera que este Instituto carece de competencia para estudiar la supuesta inconstitucionalidad de la LFCE o de los actos que este Instituto emitió con fundamento en aquélla. Asimismo, escapa de las facultades de esta autoridad el pronunciarse sobre la inaplicación del DP y el contenido del mismo, como consecuencia de su invalidez.

¹⁵³ Época: Décima Época, Registro: 160589, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. LXVII/2011(9a.). Página: 535 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

(Énfasis añadido)

En consecuencia, este Instituto únicamente se encuentra obligado a aplicar las leyes correspondientes, es decir, lo dispuesto tanto en la LFCE y en lo ordenado por el Artículo Noveno Transitorio, y en esta tesitura, únicamente serán analizadas las manifestaciones hechas valer por GTV, que tiendan a combatir la legalidad del DP, reservando el estudio de los aspectos de constitucionalidad al PJP por ser éste la autoridad competente y constitucionalmente facultada para ello.

iii. El DP no persigue una finalidad legítima ni socialmente relevante

Lo primero que debe analizarse de la decisión del IFT es su finalidad. Toda medida debe tener un fin. Examinar correctamente este punto es lo que determinará una acertada aplicación de los siguientes juicios. La finalidad, además, debe ser legítima, esto es, conforme a la CPEUM o al tratado internacional que rige el caso. Finalmente, corresponde determinar si la finalidad es socialmente relevante, es decir, la finalidad debe tender a la justicia o al bien común; no al interés de ciertas personas particulares.

Se debe identificar cuál es la finalidad de declarar a GTV como agente con poder sustancial en el STAR. Si se observa el marco normativo, se puede concluir que el IFT debería apuntar a que, en el sector de las telecomunicaciones donde "GEAM" es preponderante, adquieran fuerza nuevos jugadores para fomentar, de este modo, la competencia del sector.

No pueden pasar inadvertidas las palabras de Ariño Ortiz y De la Cuétara en su dictamen acompañado oportunamente en el marco del expediente AI/DC-001-2014, al que se remite, en el sentido de que es indispensable, en el estado actual de desarrollo de la industria del STAR, proteger a las cableras.

Si la finalidad clara del legislador es favorecer el crecimiento de agentes del sector telecomunicaciones donde "GEAM" es preponderante ¿sería razonable que el IFT declare poder sustancial con motivo de una operación que el propio legislador aprobó? Es claro que no, puesto que la declaración de poder sustancial sólo podría tener sentido en tanto no interfiera con el fin superior señalado en el artículo noveno (sic), esto es, generar mayor competencia al agente preponderante en el sector de las telecomunicaciones, lo cual no puede ocurrir si el desarrollo del cable se frena mediante la declaración de poder sustancial.

Siendo que la industria cablera es fundamental para el desarrollo de las telecomunicaciones en México, y es a lo que debe apuntar el IFT, resulta absolutamente lógico contrarrestar todos los efectos positivos de la inversión en el sector mediante la declaración de poder sustancial.

Las contradicciones apuntadas hacen presumir que la finalidad del Instituto no es, justamente, mejorar las condiciones de competencia en el sector ni proteger la industria cablera. Entonces:

(i) ¿La medida tiene una finalidad? Alguna finalidad debe haber, por ejemplo, generar un alto impacto mediático declarando a GTV como agente con poder sustancial. Pero dicha finalidad no es la prevista por la Constitución y por la LFTR.

(ii) ¿La finalidad es legítima? Si la finalidad no es la que previó el constituyente y el legislador, claramente no estamos en presencia de una finalidad que el ordenamiento respalde.

(iii) ¿La finalidad es socialmente relevante? No. Lo que es socialmente relevante es favorecer la competencia en las telecomunicaciones y fomentar el desarrollo.

El DP utiliza una medida más gravosa de la necesaria para alcanzar los fines legítimos

Se debe analizar la eficiencia de la medida, en comparación con otras medidas eficaces para lograr el fin. El acto estatal para ser válido debe ser el más eficiente entre otras alternativas posibles, pues toda medida que regula derechos debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo buscado.

La medida elegida por el IFT -declaración de poder sustancial de GTV- no era necesaria para lograr el fin deseado - asumiendo nuevamente por hipótesis que el mismo sea fomentar la competencia del sector y/o a la industria cablera-En efecto, el IFT podría solucionar cualquier posible distorsión competitiva en el mercado del STAR mediante medidas ex post, es decir, mediante medidas correctivas, en lugar de medidas inhibitorias. No es necesario condicionar la actividad de GTV anticipadamente.

En todo caso, si GTV viola algún precepto o incurre en algún abuso, el IFT recibirá la denuncia correspondiente y castigará a GTV para que la situación no deseada se corrija.

Por otra parte, no puede soslayarse que es el propio mercado quien tiene las medidas más eficaces. En efecto, (i) si GTV sube el precio, los suscriptores muy probablemente cancelarán +sus suscripciones y, en su mayoría, contratarán a Dish; (ii) sobre los contenidos de mayor audiencia pesa la obligación de must offer y must carry; (iii) sobre los demás contenidos internacionales, la competencia internacional actual es más que suficiente, considerando que en ella participan "GEAM" y Netflix, entre otros.

Por lo tanto, se debe concluir que el IFT ha elegido una medida que afecta innecesariamente -en exceso- los derechos de GTV en miras a conseguir los fines que hemos concedido a la misma. Al existir medidas más eficaces, el DP debe ser dejado sin efecto.

El DP no es idóneo para alcanzar los fines constitucionales y relevantes establecidos.

Si bien la medida del Instituto es claramente inconstitucional por no superar el test anterior, suponiendo por hipótesis que la medida sí persigue la finalidad legítima y socialmente relevante de regular la competencia en el sector y fomentar el desarrollo de cableras, lo que permitirá efectuar el análisis de adecuación, momento en el que se analiza la eficacia o idoneidad de los medios adoptados frente a la finalidad legítima perseguida en el acto estatal.

En el caso del DP, la declaración de GTV como agente con poder sustancial debería favorecer la competencia del sector y el desarrollo de las cableras. Claramente esto no sucede. La declaración de GTV como agente con poder sustancial limita la competencia en el sector de las telecomunicaciones en que "GEAM" es preponderante, y desalienta las inversiones en cableras. Mientras por un lado se le permitía a GTV comprar cableras sin necesidad de autorización del IFT para favorecer la competencia, por el otro se preparaba una resolución de declaración de poder sustancial que podría devenir en medidas asimétricas que dificultarían, todavía más, la competencia a "GEAM" en el sector.

Por lo tanto, la medida no conduce al fin legítimo, por lo que no debe perseguirse con la declaración de poder sustancial.

Es indispensable precisar que este procedimiento no tiene por objeto establecer medidas para situación alguna. El presente procedimiento tiene por objeto determinar las características de un mercado. En concreto, determinar si en el mercado existen agentes con poder sustancial o si existen condiciones de competencia efectiva. Por lo tanto, no puede hablarse del establecimiento de medidas a partir de este procedimiento.

Solamente en caso de que se encuentren en definitiva agentes con poder sustancial en los mercados relevantes definidos en el DP puede estarse en aptitud de la emisión de medidas. Este procedimiento no se encuentra previsto ante la LFCE, como ya se ha expuesto, sino que se encuentra previsto en el artículo 281 de la LFTR. Si el presente procedimiento no tiene por objeto el establecimiento de medida alguna, el argumento de GTV cae de base. En esta tesitura, se consideran incorrectas las aseveraciones de GTV al respecto.

Ahora bien, respecto a lo argüido por GTV en el apartado: "El DP no persigue una finalidad legítima ni socialmente relevante", las apreciaciones de GTV son parcialmente correctas, puesto que de la lectura de la ley, así como del Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes, efectivamente es posible advertir que la finalidad del Artículo Noveno Transitorio que nos ocupa, es fomentar la participación de nuevos jugadores en el sector, mas no como lo pretende GTV que la finalidad del Artículo Noveno Transitorio **sea proteger a las cableras**. La finalidad de este precepto es fomentar la participación de nuevos jugadores (cualesquiera, no únicamente cableras) en el sector; en esta tesitura, resultan equivocados los razonamientos en los que se basan dichas afirmaciones.

Aunado a lo anterior, GTV concluye que: *"Si la finalidad clara del legislador es favorecer el crecimiento de agentes del sector telecomunicaciones donde "GEAM" es preponderante ¿sería razonable que el IFT declare poder sustancial con motivo de una operación que el propio legislador aprobó? Es claro que no, puesto que la declaración de poder sustancial sólo podría tener sentido en tanto no interfiera con el fin superior señalado en el artículo noveno (sic), esto es, **generar mayor competencia** al agente preponderante en el sector de las telecomunicaciones, lo cual no puede ocurrir si el desarrollo del cable se frena mediante la declaración de poder sustancial"*

De lo que se advierte que GTV incorrectamente concluye que atendiendo a la supuesta finalidad del Artículo Noveno Transitorio: **i)** no se puede realizar una declaración de poder sustancial con motivo de una operación que el propio legislador aprobó y **ii)** se interfiere con

el fin de generar mayor competencias al agente preponderante al frenar el desarrollo del cable.

La interpretación de GTV, respecto a que no sería razonable que el Instituto declare poder sustancial con motivo de una operación que el propio legislador aprobó, nuevamente resulta equivocada, toda vez que el régimen de excepción, establecido en el quinto párrafo del Artículo Noveno Transitorio dispone que, la existencia de dicho beneficio no impide que el Instituto investigue las respectivas concentraciones, con objeto de determinar si con motivo de ellas se adquiere poder sustancial en alguno de los mercados que integran el sector. En caso de que se encuentre poder sustancial en alguno de los mercados, sería procedente imponer las medidas necesarias que permitan cumplir la finalidad de proteger y fomentar la libre competencia y concurrencia en el mercado en cuestión.

Así, el artículo persigue una doble finalidad. Por una parte, reconoce que es necesario promover la competencia en el sector y por otra no deja de lado la competencia en los mercados relevantes afectados por la concentración. No puede dejar de lado la competencia en los mercados porque es en esos mercados en los que se puede afectar a consumidores o agentes que se encuentren debajo en la cadena productiva. Lo anterior se corrobora con el párrafo quinto del artículo referido. Como se expuso en el apartado anterior, es una posibilidad normativa que exista un agente económico preponderante en un sector y que dentro del mismo sector exista un agente económico con poder sustancial diverso al agente económico preponderante en el sector.

En consecuencia, contrario a lo manifestado por GTV, el DP sí persigue **una finalidad legítima**, ya que este Instituto por mandato de ley, debe llevar a cabo la investigación para determinar si existe o no poder sustancial en el mercado que nos ocupa y en consecuencia emitir el DP de interés, siendo además razonable ya que permite conocer a partir de la concentración entre GTV y Cablecom, cómo quedó configurado el mercado en el que ocurrió la concentración y el nivel de concentración en el mismo.

Por lo que hace a la **finalidad social** a la que se refiere GTV, es de precisar que desde luego ésta existe, ya que, en caso de que el IFT determine la existencia de poder sustancial en el mercado de STAR, impondrá las obligaciones y limitaciones específicas para proteger y fomentar en dicho mercado, la libre competencia y concurrencia, precisamente en beneficio del consumidor final.

En este orden de ideas, al haberse emitido el DP en cumplimiento a lo ordenado en el quinto párrafo del Artículo Noveno Transitorio, por considerar que derivado de la concentración de GTV y Cablecom existe poder sustancial en el mercado analizado, resulta equivocado lo argüido por GTV.

Por último, se considera que son equivocadas las respuestas que GTV propone a las preguntas: *"¿la medida tiene alguna finalidad?, ¿la finalidad es legítima?, ¿la finalidad es socialmente relevante?"* La medida si tiene una finalidad, la cual se traduce en determinar si como consecuencia de la concentración entre GTV y Cablecom se generó poder sustancial en el mercado estudiado.

Asimismo, contrario a lo sostenido por GTV, se expresa que dicha finalidad es legítima por

haber sido el legislador quien le otorgó al IFT la facultad prevista en el quinto párrafo del Artículo Noveno Transitorio, la cual origina y motiva la emisión del DP de interés. Se reitera, que la finalidad de ésta es proteger la libre concurrencia y competencia en el mercado. El supuesto legal comentado atiende tanto una preocupación sectorial como una de mercado.

Ahora bien, en lo conducente a las manifestaciones de GTV plasmadas en el apartado "*El DP utiliza una medida más gravosa de la necesaria para alcanzar los fines legítimos*", se reitera que este procedimiento no tiene por objeto establecer medidas para situación alguna, que el objeto de éste es determinar si en el mercado existen agentes con poder sustancial o si existen condiciones de competencia efectiva.

Una vez precisado lo anterior, del contenido de las manifestaciones de legalidad que GTV hace valer en este argumento, se advierte que dicho agente económico no combate el contenido del DP y que las manifestaciones carecen de justificación de una transgresión; aunado a que las manifestaciones son genéricas y contienen meras afirmaciones carentes de fundamento.

Se considera que los argumentos hechos valer por GTV no combaten el contenido del DP, toda vez que éstos se reducen a sostener que a su juicio, la "*medida*" elegida por el Instituto no es la necesaria para el fin buscado, sin que el agente económico determine con precisión cuál es la otra medida cuya aplicación se encuentra contemplada por la ley para este mismo supuesto, ni explica las causas por las cuales considera que la otra medida es la idónea para ser aplicada por el Instituto.

Asimismo, se considera que no basta que GTV haya expresado de forma ambigua que la "*medida*" más adecuada para el particular sea una "*ex post*", toda vez que lo ejemplificado en el argumento que se analiza es una situación jurídica diversa a la prevista por el quinto párrafo del Artículo Noveno Transitorio, ya que pretende equiparar, de forma incorrecta, dos figuras jurídicas diferentes, la declaración de poder sustancial de un agente económico y la posible comisión de una práctica monopólica o una concentración prohibida.

Aunado a lo anterior, esta autoridad considera que GTV pierde de vista que para que este Instituto haya estado en posibilidad de aplicar la medida más eficaz, debió existir una multiplicidad de opciones previstas en la LFCE que regulen precisamente la misma hipótesis. De tal manera que no es un actuar que la propia ley deje al libre arbitrio de la autoridad el elegir el procedimiento que ésta debe realizar, como si se tratara de una cuestión de libertad de elección; por el contrario, el Artículo Noveno Transitorio clara y puntualmente obliga a este Instituto a investigar la concentración a fin de determinar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante.

Conforme a lo anterior, es necesario dejar en claro que, el marco jurídico aplicable no prevé una diversidad de medidas a elegir como si se tratara de un catálogo, en consecuencia, la AI en estricto cumplimiento al principio de legalidad, máxima que rige a toda autoridad, se encontraba obligada a actuar precisamente en los términos establecidos en la ley de la materia, específicamente en lo dispuesto por el Artículo Noveno Transitorio, en relación al procedimiento previsto en los artículos 96 de la LFCE y 60 de las Disposiciones Regulatorias.

Así, del contenido literal de las normas antes referidas, particularmente de la fracción V, del artículo 96 de la LFCE, se concluye que la conducta que el Instituto se encontraba obligada a llevar a cabo una vez terminada la investigación prevista en el quinto párrafo del Artículo Noveno Transitorio, era emitir un dictamen preliminar en caso de que concurrieran los elementos para determinar la existencia de poder sustancial.¹⁵⁴ En tal virtud, se considera que contrario a lo manifestado por GTV, la AI actuó en estricto cumplimiento a lo ordenado por el marco jurídico aplicable, observando la única norma jurídica que regula el particular que nos ocupa.

Por otra parte, se considera que las manifestaciones que se analizan no desvirtúan el DP, y que constituyen simples afirmaciones gratuitas, sin sustento puesto que señalan de forma ambigua y genérica que: *"(...) no puede soslayarse que es el propio mercado quien tiene las medidas más eficaces. En efecto, (i) si GTV sube el precio, los suscriptores muy probablemente cancelarán sus suscripciones y, en su mayoría, contratarán a Dish; (ii) sobre los contenidos de mayor audiencia pesa la obligación de must offer y must carry; (iii) sobre los demás contenidos internacionales, la competencia internacional actual es más que suficiente, considerando que en ella participan "GEAM" y Netflix, entre otros."*

De lo anterior, claramente se advierte que GTV omite relacionar dichas manifestaciones al DP toda vez que las afirmaciones que ahí se exponen no son más que meras suposiciones sin encontrarse específicamente relacionadas con alguna parte del DP ni estar fundadas en algún medio de convicción económico.

Ahora bien, en lo conducente a lo manifestado por GTV en el apartado: *"El DP no es idóneo para alcanzar los fines constitucionales y relevantes establecidos"*. Como se ha manifestado con antelación, no le asiste facultad alguna a este Instituto para conocer de la constitucionalidad de los actos por él emitidos, razón por la que se omite entrar al estudio de las siguientes aseveraciones:

"Si bien la medida del Instituto es claramente inconstitucional por no superar el test anterior, suponiendo por hipótesis que la medida sí persigue la finalidad legítima y socialmente relevante de regular la competencia en el sector y fomentar el desarrollo de cableras, lo que permitirá efectuar el análisis de adecuación, momento en el que se analiza la eficacia

¹⁵⁴ Tal como se advierte de la sola lectura de la fracción V, del artículo 96 que es del tenor literal siguiente: "Artículo 96. Cuando las disposiciones legales o reglamentarias prevengan expresamente que deba resolverse u opinar sobre cuestiones de competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otros términos análogos, o cuando así lo determine el Ejecutivo Federal mediante acuerdos o decretos, la Comisión emitirá de oficio, a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, a solicitud de la dependencia coordinadora del sector correspondiente o a petición de parte afectada la resolución u opinión que corresponda, para lo cual se estará al siguiente procedimiento: (...) V. Concluida la investigación correspondiente y si existen elementos para determinar la existencia de poder sustancial, o que no hay condiciones de competencia efectiva, u otros términos análogos, la Comisión emitirá un dictamen preliminar dentro de un plazo de treinta días contados a partir de la emisión del acuerdo que tenga por concluida la investigación, y un extracto del mismo será publicado en los medios de difusión de la Comisión y se publicarán los datos relevantes del dictamen en el Diario Oficial de la Federación".

o idoneidad de los medios adoptados frente a la finalidad legítima perseguida en el acto estatal."

Con independencia de lo anterior, se manifiesta que este Instituto no advierte que exista violación a algún derecho humano en perjuicio de GTV, con la emisión del DP de interés.

Una vez precisado lo anterior, se procede al estudio del argumento de legalidad, vertido en este apartado. El cual es erróneo y genérico, por contener simples expresiones sin que se manifieste de forma razonada el porqué de las aseveraciones que se hacen valer.

Se sostiene lo anterior en virtud de que GTV es omiso en explicar por qué considera que el DP no favorece la competencia en el sector o en el desarrollo de las cableras, pues únicamente se limita a manifestar que: "(...) *la declaración de GTV como agente con poder sustancial debería favorecer la competencia del sector y el desarrollo de las cableras. Claramente esto no sucede (...)*", y "*declaración de GTV como agente con poder sustancial limita la competencia en el sector de las telecomunicaciones en que "GEAM" es preponderante, y desalienta las inversiones en cableras*".

Manifestaciones que además de resultar genéricas, abstractas y ambiguas omiten atacar las consideraciones vertidas en el DP, por lo que hace a que la medida no conduce a un fin legítimo, ténganse aquí por reproducidos los razonamientos efectuados por este IFT a la respuestas a la manifestación que antecede, reiterándose que la finalidad que se persigue es la establecida por el legislador, cuya finalidad última es asegurar la libre competencia y competencia en el mercado que se analiza. **La declaración de poder sustancial es desproporcionada, acarrea mayores costos que beneficios**

El examen que corresponde al cuarto momento supone una comparación de los costos y beneficios del acto: se propugna así que si los costos son superiores a los beneficios, el acto es desproporcionado e irrazonable por lo que debe declararse su inconstitucionalidad.

La declaración de poder sustancial acarrea mayor perjuicios que beneficios. Los operadores de cable de GTV aportan importantes beneficios mediante la inversión en redes fijas de gran capacidad y alta velocidad, recordándose al respecto que el cable juega un papel crucial en todo el mundo dada su condición de facilitador de la banda ancha y ultra ancha.

La medida del Instituto debe, por tanto, ser revisada, en miras de regular el mercado de tal forma que los beneficios sean superiores a los perjuicios que se ocasionan, prestando especial atención al horizonte que se avecina en el sector.

En virtud de que el argumento que se analiza es parte del test de razonabilidad, éste no puede ser analizado por el Instituto, por carecer de atribuciones para revisar la constitucionalidad de los actos por él emitidos o para dejar de aplicar los mismos. Sin embargo, se manifiesta que esta autoridad no advierte que con la emisión del DP y con su contenido se vulnere algún derecho fundamental de GTV.

Una vez hecha la aclaración precedente, se considera que los argumentos manifestados por GTV en este apartado, al igual que los anteriores, resultan genéricos y no combaten el DP, respectivamente de conformidad a lo que se manifiesta a continuación.

Se reitera que este procedimiento no tiene por objeto establecer medidas para situación alguna. El presente procedimiento tiene por objeto determinar las características de un mercado. En concreto, si en el mercado existen agentes con poder sustancial o si existen condiciones de competencia efectiva. Por lo tanto, no puede hablarse del establecimiento de medidas a partir de este procedimiento.

Solamente en caso de que se encuentren en definitiva agentes con poder sustancial en los mercados relevantes definidos en el DP puede estarse en aptitud de la emisión de medidas. Este procedimiento no se encuentra previsto ante la LFCE, como ya se ha expuesto, sino que se encuentra previsto en el artículo 281 de la LFTR. Si el presente procedimiento no tiene por objeto el establecimiento de medida alguna, el argumento de GTV cae de base. Así, si alguna medida puede acarrear costos son aquellas que se dicten en términos del procedimiento aludido pero no la determinación de poder sustancial por sí misma.

La declaración de poder sustancial lesiona el contenido esencial de derechos fundamentales de GTV

La medida también lesiona el derecho a la igualdad, puesto que los criterios de distinción utilizados por el IFT son, en muchos casos, arbitrarios, omitiendo toda referencia a la concentración Dish "GEAM", olvidando a un competidor que tiene una capilaridad perfecta en todo México y capacidad financiera notoriamente superior a la de GTV.

Asimismo, la medida lesiona el derecho de propiedad. En efecto, GTV ha comprado las cableras en línea con la finalidad prevista por el legislador, esto es, poder competir en el sector. La regulación del IFT lo único que genera es impedir dicha competencia, haciéndole perder beneficios con los que ya cuenta (como la gratuidad del *must carry* *must offer*).

En conclusión, el DP debe dejarse sin efectos por carecer de razonabilidad. En efecto, (i) no se persigue la finalidad que previó el constituyente ni el legislador, sino una ilegítima y socialmente irrelevante; (ii) la declaración de poder sustancial no conduce a la finalidad prevista por el legislador; (iii) la medida no es la más eficiente; (iv) genera mayores perjuicios que beneficios; y (v) afecta el contenido esencial de los derechos fundamentales de GTV.

Se indica a GTV que las manifestaciones contenidas en este apartado, respecto a la supuesta inconstitucionalidad del DP no pueden ser analizadas por esta autoridad, por las razones hasta ahora expuestas, se insiste en que el Instituto es incompetente para entrar al estudio de las supuestas violaciones a los derechos humanos de GTV. Sin embargo, se manifiesta que esta autoridad no advierte que con la aplicación del marco jurídico aplicable, con la emisión del DP y con su contenido, se vulnere algún derecho fundamental de GTV.

A pesar de lo anterior, se considera que lo manifestado por GTV en este apartado, es genérico y omite desvirtuar el contenido del DP. Se considera que las manifestaciones correspondientes

a la supuesta lesión al derecho a la igualdad no pueden tener los alcances pretendidos por GTV, por contener meras manifestaciones genéricas, ambiguas y superficiales que carecen de una exposición razonada de los motivos concretos que sustentan su dicho.

Se reitera que este procedimiento no tiene por objeto establecer medidas para situación alguna. El presente procedimiento tiene por objeto determinar las características de un mercado. En concreto, si en el mercado existen agentes con poder sustancial o si existen condiciones de competencia efectiva. Por lo tanto, no puede hablarse del establecimiento de medidas a partir de este procedimiento.

Solamente en caso de que se encuentren en definitiva agentes con poder sustancial en los mercados relevantes definidos en el DP puede estarse en aptitud de la emisión de medidas. Este procedimiento no se encuentra previsto ante la LFCE, como ya se ha expuesto, sino que se encuentra previsto en el artículo 281 de la LFTR. Si el presente procedimiento no tiene por objeto el establecimiento de medida alguna, el argumento de GTV cae de base. Por lo tanto, si es que se han de adoptar medidas que puedan afectar un derecho de GTV, éstas se dictarán en un procedimiento diverso.

Por otra parte, se considera que los argumentos respectivos a la supuesta lesión al derecho de propiedad tampoco combaten el DP, puesto que describen actos realizados por GTV como es la compra de cableras; el agente económico únicamente afirma de forma superficial e imprecisa que la regulación del Instituto impide, supuestamente, la competencia y asevera que tal situación le genera pérdida de beneficios a GTV. Sin embargo, de lo anterior se advierte que los hechos manifestados por GTV no guardan relación alguna con el DP de Interés, por tanto, el Instituto se encuentra imposibilitado para estudiar el planteamiento efectuado por GTV al respecto. Asimismo, no hay razonamiento alguno por parte de GTV que explique cómo se impide la competencia con un pronunciamiento de poder sustancial.

No está por demás reiterar que el actuar de este Instituto se constriñe a dar cabal cumplimiento a lo ordenado por el Artículo Noveno Transitorio, en lo conducente a las concentraciones que se sitúan en dicho supuesto normativo, por lo que, nuevamente se puntualiza que esta autoridad no actúa a su libre arbitrio, por el contrario, se encuentra obligada a atender lo dispuesto por el legislador en cuanto a la adquisición entre empresas pertenecientes al sector de las telecomunicaciones o radiodifusión para tales efectos; por último, deberá tener aquí por reproducidos como si a la letra se insertaren los razonamientos efectuados por este Instituto en torno al Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes.

Ahora bien, por lo que hace al resto de las manifestaciones vertidas por GTV en el apartado de *Consideraciones Adicionales* y que versan sobre: *“La AI deliberadamente utiliza criterios propios de la aprobación de una concentración para eximirse de probar la existencia de poder sustancial; El regreso del DP a la operación ya aprobada; La variación en los índices de concentración no libera a la AI de la carga de la prueba de que existe poder sustancial según cada uno de los requisitos del artículo 59 de la LFCE; El DP no verifica adecuadamente los requisitos del artículo 59 de la LFCE, sino que da por probadas supuestas preocupaciones de competencia por variable propias de una operación de concentración; Al razonar como una operación de concentración, la AI no admite*

prueba en contrario sobre las preocupaciones de competencia, violando así el derecho de defensa y al debido proceso; El punto de partida errado condiciona todo el DP", manifestaciones que se relacionan con la determinación de poder sustancial conforme al artículo 59 de la LFCE, es de señalar que las mismas no serán atendidas, lo anterior es así, según los razonamientos expuestos en el apartado 6.10 de la presente resolución, denominada "Incorrecto análisis de participaciones de mercado e índices de concentración para la determinación de PSM", lo anterior encuentra sustento en la aplicación por analogía del criterio jurisprudencial de rubro: "CONCEPTOS DE VIOLACION. CUANDO SU ESTUDIO ES INNECESARIO"¹⁵⁵

En esta sección se presentan y da respuesta a las manifestaciones presentadas por GTV que versan sobre el **fondo del procedimiento** especial tramitado en el Expediente.

6.6. Omisión en la determinación del mercado relevante en los términos del Artículo Noveno Transitorio.

GTV manifiesta que el mercado relevante fue determinado por el propio legislador dentro del Artículo Noveno Transitorio como el mercado de redes de telecomunicaciones que presten servicios de voz, datos o video, (en adelante el mercado de redes).

En el Artículo Noveno Transitorio el legislador dispuso que en los casos de avisos de concentración que se sigan al amparo de dicha disposición transitoria, el IFT investigará que los agentes concentrados no cuenten con poder sustancial en cualquiera de los siguientes dos mercados, según el sector. Así pues, considera que cuando la concentración sea realizada en el sector de telecomunicaciones, la investigación de poder sustancial se hará con relación al mercado de redes.

El legislador en modo alguno se refirió a distintos mercados tratándose de telecomunicaciones (servicios de voz, datos o video), sino la redacción del precepto transitorio es claro y no deja lugar a dudas que se refiere a un solo mercado consistente en el de redes que tienen distintos usos, como los que se refiere el artículo. Son cuestiones completamente distintas el continente (mercado de redes) y el contenido (los usos para los cuales se emplea el mercado de redes).

Si el legislador hubiera pretendido que se revisara la existencia de poder sustancial en varios mercados relevantes, así lo hubiera establecido y no se hubiera referido en singular a un solo mercado en el sector de telecomunicaciones y a uno en el de radiodifusión.

En el caso del Artículo Trigésimo Noveño Transitorio, el legislador impuso al IFT la obligación de iniciar las investigaciones para determinar poder sustancial en cualquiera de los mercados relevantes de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, incluyendo el

¹⁵⁵

"CONCEPTOS DE VIOLACION. CUANDO SU ESTUDIO ES INNECESARIO. Si al considerarse fundado un concepto de violación ello trae como consecuencia la concesión del amparo, es innecesario analizar los restantes, ya que cualquiera que fuera el resultado de ese estudio, en nada variaría el sentido de la sentencia." Época: Octava Registro: 223103, Tesis: V.2o. J/7. Página: 86

mercado de audio y video asociado, mientras que en el caso del Artículo Noveno Transitorio se refirió en singular, al análisis de poder sustancial únicamente en un mercado, a saber el mercado de redes.

Dicha determinación no fue caprichosa, puesto que el Artículo Noveno Transitorio tuvo como finalidad el desarrollo de competidores viables y a largo plazo que compitan de manera efectiva con el preponderante. Por lo mismo, dicho artículo únicamente resulta aplicable mientras exista un agente económico preponderante en telecomunicaciones.

Bajo dicha finalidad, y en el contexto histórico en el que fue emitida la multicitada norma hace sentido que el legislador hubiera señalado que se debía de investigar la existencia de poder sustancial en el mercado de redes, puesto que el "GEAM" tiene una participación preponderante en dicho sector (y poder sustancial en los mercados que lo componen), y por ende es dentro del cual se buscó incentivar la competencia mediante el desarrollo de competidores. Así, si los competidores que se desarrollen mediante las concentraciones a las que se refiere el artículo Noveno Transitorio, llegasen a contar con poder sustancial dentro del mercado de redes, hace sentido la imposición de medidas a dicho agente.

Contrario a ello, no hace sentido que la disposición transitoria en cuestión se pueda interpretar -como se pretende en el Dictamen Preliminar- para investigar la existencia de poder sustancial en el mercado STAR, dentro del cual no participa el "GEAM" (al menos no lícitamente, pues lo hace mediante Dish y ClaroVideo), puesto que tal investigación no tendría relación alguna con la finalidad del Artículo Noveno Transitorio (crearle competencia al agente preponderante). Así, el investigar la existencia de poder sustancial dentro de otro mercado -como lo es el STAR- no sólo sería contrario a la literalidad del multicitado artículo transitorio, sino también a la *ratio legis*.

Contrario a lo anterior, la AI determina que el mercado relevante del STAR corresponde a la provisión del servicio de televisión y audio restringidos, a través de cualquier tecnología de transmisión, con una dimensión geográfica local, y establece la existencia de poder sustancial dentro del mismo. Con independencia de que no existe un mercado de STAR sino uno de video y audio asociado, el legislador únicamente impuso la obligación al IFT de investigar la existencia de poder sustancial dentro del Mercado de Redes y no en algún otro.

En consecuencia, resulta ilegal la determinación de poder sustancial realizada por la AI en un mercado incorrecto, pero sobre todo distinto al único en el que debía de investigar para imponer medidas.

Esta autoridad encuentra que las manifestaciones anteriores son incorrectas y no modifican las conclusiones del DP, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

Las manifestaciones realizadas por GTV respecto a las razones en virtud de las cuales el legislador, según el dicho de GTV debe entenderse como un solo mercado el "mercado de

redes" y las razones de la existencia del Artículo Noveno Transitorio,¹⁵⁶ resultan a todas luces afirmaciones gratuitas, toda vez que se limita a hacer mención sobre la supuesta intención del legislador, sin señalar medio de convicción que permita sostener dicha afirmación o que demuestre cuál era la razón, intención, espíritu o alcance de dicha norma.

Como se desprende del artículo referido y contrario a las afirmaciones gratuitas efectuadas por GTV, este Instituto presenta y analiza lo señalado en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes, de donde derivan los razonamientos que el legislador consideró para la inclusión del Artículo Noveno Transitorio, de los cuales se desprende que el legislador propuso que para **fomentar la participación de nuevos participantes y otorgar certidumbre a inversiones que benefician la competencia**, dado el carácter altamente litigioso del sector de telecomunicaciones, **se establecería un régimen de excepción en materia de concentraciones para los sectores en donde exista un agente económico preponderante**, siendo en este caso los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

En este sentido, se propuso que las operaciones en las que se planteara la concentración de agentes económicos no preponderantes, en sectores donde exista un agente preponderante, se hicieran del conocimiento de la autoridad mediante un aviso, mismo que si bien debía cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 89 de la LFCE, así como los establecidos en el propio Artículo Noveno Transitorio, esto no implicaría que tales concentraciones estuvieran sujetas a una autorización por parte del Instituto, pero si a una investigación.¹⁵⁷

¹⁵⁶ "NOVENO. En tanto exista un agente económico preponderante en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, con el fin de promover la competencia y desarrollar competidores viables en el largo plazo, no requerirán de autorización del Instituto Federal de Telecomunicaciones las concentraciones que se realicen entre agentes económicos titulares de concesiones, ni las cesiones de concesión y los cambios de control que deriven de estas, que reúnan los siguientes requisitos:

(...)"

¹⁵⁷ Resulta relevante transcribir la parte conducente del Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes, misma que señala lo siguiente: "Para fomentar la participación de nuevos jugadores y otorgar certidumbre a inversiones que benefician la competencia, dado el carácter altamente litigioso del sector de telecomunicaciones en nuestro país, se propone un régimen de excepción en materia de concentraciones para los sectores en donde exista un agente económico preponderante, en el contexto del tránsito hacia un sector de servicios convergentes.

Lo anterior encuentra plena justificación con la existencia de agentes económicos preponderantes, cuyo carácter impediría alcanzar los objetivos del Decreto de Reforma Constitucional consistentes en crear condiciones de competencia efectiva en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones.

Como ya se dijo, debe tomarse en cuenta que el régimen de excepción se encontrará vigente exclusivamente en tanto existan agentes económicos preponderantes en el sector respectivo, y que el objetivo del mismo es crear, en el menor tiempo posible, la entrada de competidores viables, que permitan enfrentar al agente económico preponderante, facilitando tal circunstancia con la eliminación de barreras de entrada, en este caso, de naturaleza regulatoria.

No obstante la existencia del régimen de excepción descrito anteriormente, del quinto párrafo del Artículo Noveno Transitorio se advierte que, la existencia de dicho beneficio no impediría que el Instituto investigue las respectivas concentraciones, con objeto de determinar si con motivo de ellas se adquiere poder sustancial en alguno de los mercados que integran el respectivo sector.

Al respecto, el quinto párrafo del artículo citado señala que el Instituto investigará dichas concentraciones y en caso de encontrar que existe poder sustancial en el mercado de redes de telecomunicaciones que presten los servicios de voz, datos o video, podrá imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la libre competencia y concurrencia, de conformidad con la LFTR y la LFCE.

Con la transcripción realizada con antelación, resulta posible conocer la voluntad del legislador en cuanto a la facultad que se otorga al Instituto para llevar a cabo las investigaciones mencionadas, se advierte de mejor manera en el propio Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes, específicamente en la parte que indica lo siguiente:

"Desde luego, el hecho de que se proponga que no se requiera la autorización del Instituto para las concentraciones que cumplan con las condiciones arriba descritas no impide que, con fundamento en el artículo 61 de la Ley Federal de Competencia Económica, el Instituto realice una investigación para determinar si el objetivo de la concentración o su efecto es obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica y, en caso de encontrar que existe poder sustancial en alguno de los mercados que integran el sector, podrá imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la competencia y la libre concurrencia, de conformidad con el Proyecto de Decreto (...)".

La transcripción anterior también permite advertir que aun cuando en el Artículo Noveno Transitorio, quinto párrafo, se hace mención a un mercado de redes de telecomunicaciones a efecto de la determinación de poder sustancial, dicho mercado no constituye el mercado relevante a definirse para investigar poder sustancial en materia de competencia económica en cada procedimiento, sino por el contrario, dicho señalamiento únicamente se refiere a un mercado del sector de telecomunicaciones o radiodifusión en sentido amplio, dentro del cual

Para establecer condiciones tendientes a que la concentración genere una mayor competencia e incentivar la creación de competidores viables en el sector correspondiente en el menor tiempo posible, estas Comisiones proponemos que las operaciones en las que se plantee la concentración de agentes económicos no preponderantes en sectores donde exista un agente preponderante, se hagan del conocimiento de la autoridad mediante un aviso por escrito, con los mismos elementos formales que corresponden a una notificación, pero sin sujetar tales concentraciones a una autorización del Instituto.

En este orden de ideas, las condiciones a considerarse serán cuatro, la primera en términos de dominancia y concentración, la segunda en términos de participación en el sector, la tercera excluyendo la participación del agente preponderante en el sector en que se efectúe la concentración, y la cuarta que dicha operación no afecte la competencia ni la libre concurrencia en el sector que corresponda (...)"

el Instituto podrá realizar investigaciones a efecto de determinar la existencia de poder sustancial de los agentes económicos que en su caso se concentren bajo el régimen previsto en el artículo en comento.

Contrario a lo señalado por GTV, al momento en que el legislador indicó que: "(...) en caso de encontrar que existe poder sustancial en alguno de los mercados que integran el sector, podrá imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la competencia y la libre concurrencia (...)", reconoció expresamente que su intención consistía en establecer la posibilidad de llevar a cabo las investigaciones necesarias para determinar la existencia de poder sustancial, en cualquiera de los mercados relevantes (en su sentido amplio) que integran el sector, ya sea este último el correspondiente al sector de telecomunicaciones, o bien al de radiodifusión.

En este sentido, la redacción del Artículo Noveno Transitorio no impide de manera alguna que el Instituto lleve a cabo la determinación de los mercados relevantes respectivos, a efecto de cumplir con su objeto de garantizar la libre concurrencia y competencia económica en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

Si bien el término "mercado relevante" no se encuentra definido en la propia LFCE, así como tampoco en las DRLFCE, el PJF ha sustentado qué se debe entender por aquél:

"MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. La Ley Federal de Competencia Económica y su reglamento no establecen una definición conceptual de lo que es "mercado relevante"; sin embargo, a través de los criterios contenidos en sus preceptos, se collige que se compone de todos los productos que son razonablemente intercambiables o sustituibles, según los fines para los que fueron hechos, considerando las características de precio, uso y calidad. En forma más simple, el "mercado relevante" es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad. En ese orden de ideas, 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. Por otra parte, es importante precisar que el concepto jurídico indeterminado "mercado relevante" implica una valoración económica compleja de carácter discrecional que, prima facie, sólo la Comisión Federal de Competencia puede construir a partir de la evidencia de que en principio dispone, por lo que opera una presunción de validez respecto a la conclusión obtenida, que exige a la parte investigada cuestionar, en su caso, la información y aplicación en lo sustancial y concreto de los hechos y criterios metodológicos o regulativos utilizados. Como ejemplos de algunas definiciones

del concepto en estudio se tiene que tanto la Comisión de Defensa de la Libre Competencia como el tribunal, ambos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú, afirman que: "El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores.". Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica se ha pronunciado en los siguientes términos: "El mercado se compone de los productos que tienen un grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad.". También el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea señala: "El concepto de 'mercado relevante' implica que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado.". De lo expuesto se concluye que las condiciones básicas a considerar para definir el "mercado relevante" son: 1. La posibilidad de sustituir un bien por otro, lo que requiere una prueba de sustituibilidad de bienes o servicios ante la oferta y demanda que pueda oscilar; 2. Los costos de distribución del bien y de sus insumos; 3. La posibilidad de los consumidores para obtener el bien en otro mercado; y, 4. Las restricciones normativas que limitan el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativas."¹⁵⁸

(Énfasis añadido)

Del criterio anterior, se desprende que la definición del mercado relevante debe atender a la dimensión en la que exista un riesgo a la competencia económica y ella implicará una valoración económica compleja de carácter discrecional, construida a partir de la evidencia de que la autoridad dispone.

Por otra parte, los artículos 58 y 59 de la LFCE, respectivamente, establecen los criterios bajo los cuales se deberán definir los mercados relevantes, así como las condiciones que ha de cubrir un agente económico para considerar que tiene poder sustancial en dichos mercados.

La determinación de un mercado relevante implica un análisis técnico y económico que si bien está acotado jurídicamente, no se realiza a partir de la definición general de una actividad, de un bien o de un servicio, como lo señala el Artículo Noveno Transitorio al hacer mención de un "mercado de redes", sino que deben tomarse en cuenta las condiciones reales en las que los bienes y servicios concurren y se intercambian en el mercado, siendo éstas en el procedimiento que nos ocupa, aquellas íntimamente relacionadas con la concentración, es decir, aquella prestación de servicios en la que coincidían GTV y Cablecom antes de la transacción, así como las dimensiones geográficas dentro de las que prestaban los mismos.

Sirve de sustento a lo anterior la tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe:

"TELECOMUNICACIONES. LA DIFERENCIA ENTRE LOS SERVICIOS DE RADIO Y TELEVISIÓN ABIERTOS CON LOS DE AUDIO Y VIDEO CERRADOS O RESTRINGIDOS, NO VIOLA EL ARTÍCULO

28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El hecho de que en las reformas en materia de telecomunicaciones efectuadas mediante el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006, se hayan mantenido diferenciados los marcos regulatorios de los servicios de radiodifusión, que comprenden a la radio y televisión abiertas (objeto de regulación por la Ley Federal de Radio y Televisión), de los demás servicios de telecomunicaciones, entre ellos los de radio y televisión cerrados o restringidos (regulados en la diversa Ley Federal de Telecomunicaciones), independientemente de que con ello se colmen o no los fines perseguidos dentro del marco de convergencia tecnológica en el cual se desarrollan tanto la industria de las telecomunicaciones como la de la radiodifusión, no viola el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, porque dicho Decreto de reformas no representa un obstáculo para la libre concurrencia en la materia de telecomunicaciones, ni impide la determinación de lo que pudiera considerarse mercado relevante por parte de la Comisión Federal de Competencia y el ejercicio de sus facultades de vigilancia, prevención y represión de prácticas monopólicas, pues los artículos 11, 12 y 13 de la Ley Federal de Competencia Económica y 9 a 12 de su Reglamento establecen los supuestos y mecanismos a través de los cuales dicha Comisión habrá de determinar el mercado relevante, así como las condiciones que ha de cubrir un agente económico para considerar que tiene poder sustancial en dicho mercado, es decir, delimitan la fijación de los elementos esenciales para identificar la ilicitud de las prácticas anticompetitivas, advirtiéndose que la determinación de lo que constituye un mercado relevante dentro del cual uno o varios agentes económicos pueden tener poder sustancial, conlleva un análisis eminentemente técnico y económico que si bien está acotado jurídicamente, no obedece ni se realiza a partir de la mera definición formal de una actividad, de un bien o de un servicio, sino que toma en cuenta las condiciones reales en las que los bienes y servicios concurren y se intercambian en el mercado.¹⁵⁹

(Énfasis añadido)

Como se advierte del criterio anterior, la definición del mercado relevante indiscutiblemente debe atender a las condiciones reales del mercado, y éste de ninguna forma podría ser definido a través de la propia norma, toda vez que dicha definición no podría atender a dichas condiciones.

En el mismo sentido, si el mercado relevante deriva de un concepto eminentemente técnico y económico acotado por los criterios del artículo 58 de la LFCE ninguna otra expresión de mercado que no sea producto del análisis del precepto referido puede entenderse como mercado relevante. Tan es así que cualquier otra expresión de mercado, incluso aquella

contenida en el Artículo Noveno Transitorio, debe entenderse como un mercado genérico y no como un mercado relevante.¹⁶⁰

Lo señalado anteriormente encuentra mayor sentido dado que el procedimiento originado con la presentación del aviso de concentración a que se refiere el Artículo Noveno Transitorio, atiende precisamente a transacciones que pudiesen implicar efectos o adquisición de poder sustancial en diversos mercados relevantes, dependiendo aquéllos de los bienes y servicios en cuestión, así como de una dimensión geográfica determinada.

Por ende, la determinación de poder sustancial atenderá a los mercados relevantes que sean definidos en cada uno de los casos que se presenten, pudiendo definirse el mercado relevante de distintas maneras, dependiendo de las características de los agentes económicos involucrados en la concentración, así como de la variedad de los servicios prestados por ellos.

Vale la pena advertir que, como en el presente procedimiento sucedió, y de conformidad con lo señalado en el Artículo Noveno Transitorio, así como en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Telecomunicaciones y Transportes, la AI analizó la prestación de diversos servicios pertenecientes al mercado de redes, siendo estos los siguientes: (I) Servicio de televisión y audio restringidos; (II) Servicio de telefonía fija; (III) Servicio de internet de banda ancha fija; (IV) Servicios de enlaces dedicados; y (V) Servicio de interconexión para terminación fija.

Lo anterior fue así, en virtud de que los agentes económicos involucrados en la concentración, a saber GTV y Cablecom, coincidían en la prestación de dichos servicios de telecomunicaciones. A su vez, en el DP se determinó que el servicio de televisión y audio restringidos constituía no sólo su principal fuente de ingresos, sino que también constituía el

¹⁶⁰ Sirve de apoyo a lo anterior el siguiente criterio judicial: "**MERCADO RELEVANTE. EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 33 BIS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, DEBE DEFINIRSE EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014).** El precepto citado establece un procedimiento que tiene una fase de investigación, iniciada de oficio o a petición de parte afectada, en la que la autoridad emite un acuerdo de inicio, cuyo extracto se publica en el Diario Oficial de la Federación, el cual deberá contener el mercado materia de la declaratoria, con el objeto de que cualquier persona coadyuve en el desarrollo de la investigación correspondiente (fracción III); una vez concluida, si se obtienen elementos para determinar la existencia de poder sustancial, procede la emisión de un dictamen preliminar (fracción V); con el que inicia una segunda fase, en la que intervienen agentes económicos con interés para manifestar y demostrar lo que a su derecho convenga (fracción VI); hecho lo anterior, la autoridad deberá emitir la resolución correspondiente (fracción VII); momento en el que se define el mercado relevante y, en su caso, la existencia de poder sustancial. Consecuentemente, el mercado materia de la declaratoria a que se refiere la fracción III del artículo citado y que se indica en el acuerdo de inicio, debe entenderse bajo un concepto genérico de mercado en el que se desarrolla la investigación y, con base en el que, al emitir la resolución definitiva, se delimitará el mercado relevante, que es un concepto técnico y específico disímil del concepto de mercado genérico". Localización: Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 8, Julio de 2014, Tomo II, Tesis: I.2o.A.E.5 A (10a.), Página: 1176.

servicio donde dichos agentes poseían una participación significativa, siendo que en los demás servicios en los que coincidían su presencia era limitada.

Así bien, el análisis señalado permitió determinar los Mercados Relevantes de STAR correspondientes a los ciento dos municipios en los que Cablecom participaba, de los cuales GTV y Cablecom coincidían en noventa y nueve de ellos en la prestación del mismo.

El análisis realizado por la AI permitió definir el mercado relevante a partir de los criterios previstos en el artículo 58 de la LFCE, tales como las posibilidades de sustitución, costos de distribución, posibilidad de acudir a otros mercados, restricciones normativas y otras,¹⁶¹ atendiendo de manera general a los servicios prestados y a las zonas geográficas donde estos se prestan.

Del precepto referido se desprende que para la determinación del mercado relevante, entre otros criterios, deberán establecerse los **bienes o servicios** de que se traten para efectos de considerar las posibilidades de sustitución, costos de distribución, posibilidades de los consumidores para obtenerlos en otros mercados y las restricciones de acceso para sus usuarios. De tal manera que la determinación del servicio relevante, forma parte de la determinación del mercado relevante.

Lo anterior es consistente con la práctica internacional. Por ejemplo, Chang, et al. (2011), en el "Documento de referencia sobre definición de mercado relevante" preparado para la extinta CFC, señala:¹⁶²

"La evaluación del mercado relevante siempre comienza con los productos de los oferentes que son objeto de la investigación (...)"

En la experiencia internacional es común que se definan los mercados relevantes a partir de un bien o servicio inicial y, a partir de ahí, se analice la sustitución potencial de otros bienes o

¹⁶¹ "Artículo 58. Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

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 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;

III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos;

V. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión."

¹⁶² Chang, H., Evans, D. y Schmalensee, R. (2011). Market definition: Assessment of the relevant market in competition matters, p. 9. Disponible en: <http://189.206.114.203/images/stories/Documentos/guias/doctoreferenciadefmercrelevant.pdf>

servicios. Por ejemplo, la autoridad de competencia del Reino Unido (Office of Fair Trading hasta dos mil catorce y posteriormente Competition and Market Authority) ha establecido que, tomar un producto o servicio inicial o "punto de partida" es algo indicado por la experiencia previa y el sentido común.¹⁶³

"...el proceso de definición de mercado por lo general comienza con la búsqueda de una definición potencial estrecha. Esto normalmente sería uno (o más) de los productos que dos partes de un acuerdo producen, o uno (o más) de los productos que son objeto de una denuncia sobre una conducta, es decir, el producto focal (o grupo focal de productos). La experiencia previa y el sentido común indicarán normalmente la definición de mercado potencial más estrecha, que se toma como punto de partida para el análisis"

En términos de lo anterior, la determinación de los servicios resulta necesaria dentro de la definición del mercado relevante ya que es a partir de éstos el que se analice el mercado para la determinación de poder sustancial.

Lo anterior es armónico con lo señalado por el propio Artículo Noveno Transitorio, el cual si bien en su párrafo quinto menciona al "mercado de redes de telecomunicaciones", también lo es que, señala los servicios que deben ser considerados dentro del mismo, siendo tales "los servicios de voz, datos o video", dentro de los cuales se encuentra el STAR. Servicios que como ya ha sido señalado, fueron debidamente analizados, de tal manera que el mercado de redes constituye el concepto o ámbito general de la investigación que se inicia; a fin de que dentro de la misma se determinen las dimensiones espaciales (geográficas) y de servicio o producto, es decir, el servicio o servicios de que se tratan.

Por tanto, la definición o determinación preliminar del mercado o mercados relevantes sólo puede ser obtenida a partir del análisis de competencia, que surja a partir de la transacción sobre la que versó el aviso, esto es para conocer si se trató de servicios derivados del mercado de redes de telecomunicaciones o del mercado de radio y televisión.

Vale la pena señalar que incluso la propia redacción del diverso Artículo Trigésimo Noveno Transitorio resulta acorde a lo señalado anteriormente, dado que el propio legislador reconoce que el STAR, constituye un servicio relevante de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. Ello, sin que lo anterior implique la existencia de dos procedimientos sobre la misma materia, sino por el contrario, uno que atiende a las condiciones del mercado una vez que la LFTR inició su vigencia (Artículo Trigésimo Noveno Transitorio), y otro que atiende a las condiciones que tendrá el mercado con motivo de una concentración realizada bajo el régimen de excepción, en tanto exista un agente económico preponderante (Artículo Noveno Transitorio).

Bajo estas consideraciones, es de señalarse que la interpretación realizada por GTV para considerar que el Artículo Noveno Transitorio hace referencia a un mercado relevante es incorrecta, toda vez que el citado artículo hace referencia a un mercado en general, siendo

¹⁶³ Office of Fair Trading, "Market definition, Understanding competition law". 2004. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/oft403.pdf.

éste el mercado de redes, dentro del cual, de conformidad con lo señalado anteriormente, deben identificarse los mercados relevantes que resulten necesarios a efecto de analizar aquellos afectados por una concentración avisada en términos del artículo citado y velar por la protección al proceso de competencia.

No es óbice para concluir lo anterior el señalamiento de GTV en el sentido de que la finalidad del Artículo Noveno Transitorio fue el desarrollo de competidores viables y a largo plazo que compitan de manera efectiva con el preponderante, ya que aun cuando esa sea la finalidad del citado artículo, el propio legislador manifestó que el régimen de excepción previsto en tal precepto, no impediría que el Instituto realizara las investigaciones para determinar si el objetivo o efecto de la concentración correspondiente fuera el de obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica y, en caso de encontrar que existe poder sustancial en alguno de los mercados que integran el sector, podría imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la competencia y la libre concurrencia.

En este sentido, el hecho de que el legislador haya otorgado un beneficio a los agentes económicos que se concentraran bajo el régimen previsto en el Artículo Noveno Transitorio, de ninguna forma implica que deban dejarse de observar las disposiciones en materia de competencia económica para la determinación de mercados relevantes y la medición de poder sustancial dentro de los mismos. En ese sentido, es necesario apuntar que si bien la norma establece el beneficio con miras al sector, no deja de lado las condiciones de competencia en cada uno de los mercados relevantes que integran al mismo.

Por otra parte, no resulta errónea la interpretación del Artículo Noveno Transitorio realizada por la AI al momento de llevar a cabo una investigación respecto de la existencia de poder sustancial en el mercado del STAR, aun cuando el agente económico preponderante puede no participar en dicho mercado; ya que el régimen de excepción previsto en el multicitado artículo transitorio abarca a todas aquellas concentraciones realizadas dentro de los sectores donde existe dicho agente preponderante. Por ende, la posibilidad de investigar las concentraciones correspondientes, también abarca a todas esas transacciones, las cuales a su vez se encuentran dentro del propio sector.

Más allá de lo señalado por GTV, la razón de prever la investigación a que hace referencia el Artículo Noveno Transitorio tiene como objeto determinar si existen agentes con poder sustancial dentro de alguno de los mercados relevantes del sector de telecomunicaciones y, en su caso, emitir las medidas para proteger a los mercados de servicios distintos dentro de los sectores donde exista un preponderante, lo que implica que se protejan tanto a los mercados donde éste participe como a otros en los que si bien puede no participar dicho preponderante, sí son parte del sector al que pertenece.

Interpretar lo contrario, implicaría inclusive considerar que la concentración materia del expediente AVC-001/2014 no debió ser llevada conforme al régimen previsto en el Artículo Noveno Transitorio, dado que los servicios coincidentes entre las partes involucradas en la concentración no correspondían a los prestados por el AEPST. No obstante, el régimen de

excepción fue otorgado por el legislador de manera general, propiciando una mayor competencia económica dentro de un sector y no dentro de un mercado en específico, lo que implica que si el beneficio fue otorgado a todas aquellas concentraciones llevadas a cabo dentro del sector, la investigación que la AI debe llevar a cabo también abarca a todas ellas. Esto, con el objeto de determinar la existencia de poder sustancial en alguno de los mercados relevantes que integran los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión y, en su caso, imponer las medidas necesarias para su protección, sin importar si en dichos mercados participa el AEPST.

En virtud de las consideraciones anteriores es que resultan incorrectas las manifestaciones de GTV en cuanto a la definición del mercado relevante en el presente procedimiento.

Con independencia de lo anterior, el análisis integral de las pruebas ofrecidas por GTV para acreditar la supuesta indebida determinación del mercado relevante, corre agregada en el numeral 3.2., del apartado denominado "V. PRUEBAS".

6.7. Convergencia

GTV señala que a efecto de realizar un análisis del mercado de redes de conformidad con los criterios previstos en el artículo 58 de la LFCE, y con la finalidad de acreditar que el legislador no erró al referirse al mercado de redes en el Artículo Noveno Transitorio, sino que por el contrario lo identificó correctamente en términos de lo previsto por la propia legislación de la materia de competencia, es necesario entender la convergencia digital de las telecomunicaciones desde el punto de vista tecnológico, así como la evolución del marco jurídico que aplica a dicho mercado convergente.

La digitalización y la generalización en el uso de un protocolo para hacerlo, es la base tecnológica de la convergencia al eliminar las diferencias entre los servicios de voz, video y datos, al transformarlos en un flujo común binario que se transmite de la misma manera. La consecuencia de esto es la eliminación de las barreras que existían entre los distintos tipos de servicios de voz, video y datos, brindando a los usuarios un universo más amplio de alternativas para su entretenimiento, comunicación, información y desarrollo personal y profesional.

Al respecto, el estudio publicado en la oficina de CEPAL en Bogotá,¹⁶⁴ establece que la digitalización se constituyó como la precondition fundamental para el desarrollo de cualquier otro cambio tecnológico, el cual hizo posible el aprovechamiento de sinergias a través de toda la cadena de valor, facilitando la expansión de la frontera de posibilidades en las redes núcleo y de acceso de una manera eficiente, tanto desde la perspectiva tecnológica como desde la perspectiva de costos.

¹⁶⁴ "De las Telecomunicaciones a las TIC: Ley de TIC de Colombia". Publicado por la Oficina de la CEPAL en Bogotá. María del Rosario Guerra de la Espriella y Juan Daniel Oviedo Arango. pp 10. Disponible en <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/1/43371/LC-BOG-L.22.pdf>.

La convergencia de los servicios de voz, video y datos ha permitido y fomentado la integración de los contenidos de los mercados tradicionales de comunicación y entretenimiento pero también ha resultado en la creación de nuevos servicios y mercados.

El estudio mencionado señala que la convergencia y sus respectivos procesos de digitalización están redefiniendo la estructura del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones y lo seguirán haciendo en el futuro próximo ya que la conversión de la información transportada sobre las redes de telecomunicaciones en señales digitales permite que redes que previamente operaban en mercados distintos puedan competir ahora entre ellas por la provisión de un servicio. Ejemplo de lo anterior es que empresas que prestan el servicio de video por cable presten ahora servicios de datos y de la misma forma, los operadores de telecomunicaciones han comenzado a ofrecer servicios de video.

Una manera útil de entender cómo la tecnología digital ha afectado y desarrollado un mercado convergente de servicios de voz, video y datos, es visualizar las fases de evolución de sus cadenas de valor.

Tradicionalmente cada tipo de contenido (voz, datos y video) estaba asociado con redes, servicios y terminales distintas e independientes y sus mercados y regímenes jurídicos establecían cadenas de valor claramente separadas. Los servicios de voz eran transmitidos por empresas de telefonía, los datos y texto por servicios y redes de transmisión de datos y los programas audiovisuales por emisoras de contenidos o de medios de comunicación.

Cada uno de estos sectores tenía su propia tecnología y plataforma. Esto comienza a cambiar cuando se hace posible la digitalización de los diversos contenidos. Así, la digitalización de la telefonía comenzó con el uso de la transmisión digital, seguido por la introducción del control y conmutación digital, lo que resultó en una red telefónica digital integrada, tanto en servicios móviles como fijos. En el caso de los medios masivos de comunicación, como la televisión y la radio, el desarrollo de formatos de digitalización para la grabación o captura de contenidos, ha creado la posibilidad de transmitir esos contenidos por cualquier red de comunicación digital.

Al respecto, la especialista en telecomunicaciones Clara Luz Álvarez señala que: *"la evolución tecnológica ha permitido a esas redes (redes tradicionales) prestar otros servicios (p. ej., la de televisión por cable puede brindar también servicios de voz y datos), en gran medida gracias a la utilización de la tecnología IP y la conmutación por paquetes, que hacen un uso más eficiente de la infraestructura de telecomunicaciones que si utilizara la conmutación por circuitos"*.¹⁶⁵

Hoy en día, cualquier tipo de contenido de información digitalizado puede ser transmitido a través de cualquier red digital lo que resulta en la integración o convergencia de esas

redes. Una red basada en el protocolo TCP/IP¹⁶⁶ es igualmente capaz de transmitir voz, datos y programas audiovisuales. La combinación de voz, datos y servicios audiovisuales ofrece nuevas oportunidades de servicios multimedia basados en TCP/IP. En el ámbito de los usuarios, las terminales son capaces de integrar esos servicios en una sola consola: los teléfonos móviles inteligentes son de hecho computadoras con capacidad de conectarse a la red para recibir información, video y audio y con cámaras y teclados que le permiten digitalizar todo tipo de información y compartirla o emitirla a través de esa misma red, desde el mismo aparato.

Por lo anterior, las cadenas de valor de voz, datos y video se han fusionado: la convergencia horizontal y una cierta integración de los servicios, redes y terminales es claramente identificable, por lo que puede conformarse una cadena de valor única con capas horizontales. El resultado ha sido el surgimiento de un sector de servicios de voz, video y datos unificado y de un mayor tamaño.

Las comunicaciones electrónicas proporcionan la infraestructura digital necesaria para los servicios y aplicaciones de contenidos digitalizados, por lo que el proceso de convergencia digital se ha ampliado naturalmente a todas las funciones de tecnología de la información y medios de comunicación. El mismo mensaje de forma digital se utiliza en la industria informática para la transmisión de mensajes dentro de y entre las computadoras, junto con el uso operacional de computadoras dentro de las telecomunicaciones (como por ejemplo los teléfonos móviles inteligentes), lo que resulta en una síntesis entre el sector de las telecomunicaciones y el sector de la información basada en computadoras. Las soluciones basadas en TCP/IP, tanto en las industrias de la informática, las telecomunicaciones y los medios de comunicación masiva, han generado una estructura integrada para el procesamiento, almacenamiento, acceso y distribución de la información y contenidos.

Los medios de comunicación electrónicos y la producción y gestión de contenidos también han participado en el proceso de convergencia (convergencia de los medios), utilizando las oportunidades ofrecidas por las telecomunicaciones basadas en TCP/IP y las comunicaciones informáticas. Los servicios de contenidos electrónicos y aplicaciones basadas en tecnologías web y entregados a través de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas se han concretado, por ejemplo, en *e-business*, *e-commerce*, *e-salud*, *e-learning*, *e-gobierno*, la casa inteligente, oficinas y ciudades inteligentes, y sistemas inteligentes de transporte y energía. En general se les puede llamar

¹⁶⁶ TCP/IP son las siglas de Protocolo de Control de Transmisión/Protocolo de Internet (en inglés, Transmission Control Protocol/Internet Protocol). El protocolo que mejor describe a Internet. Originalmente diseñado para sistemas operativos UNIX, el software TCP/IP es ahora disponible para cualquier sistema operativo mayor. Para poder tener una conexión a Internet una computadora requiere TCP/IP. En otras palabras, Internet como red global, utiliza un lenguaje común que garantiza la intercomunicación de los diferentes participantes, que es el TCP/IP. Comisión Federal de Telecomunicaciones, Glosario, http://www.cofetel.gob.mx/es_mx/Cofetel 2008/

e-contenidos, o aplicaciones Infocomunicación, servicios de contenido y servicios electrónicos.

La cadena de valor unificada consiste en la integración de las telecomunicaciones con las computadoras y los sistemas de software, middleware, y almacenamiento necesarios para permitir a los usuarios crear, acceder, almacenar, transmitir y manipular información. En otras palabras, las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) consisten en tecnologías de la información, así como las telecomunicaciones, los medios de difusión y la transmisión de audio y video, y las redes y funciones de control y gestión de la información digital.

Asimismo, las TIC incluyen a todos los tipos de sistemas y servicios de voz, video y datos (por de cobre, coaxial, espectro radioeléctrico, móvil, satelital y fibra óptica), el equipo informático, programación, redes y servicios, contenido de productoras, gestión de los sistemas multimedia, tecnologías de Internet y sus servicios y aplicaciones, aplicaciones de máquina-a-máquinas, y otros.

Incluso la CFC ha reconocido la convergencia de las redes que prestan servicios de voz, video y datos, refiriéndose a éstas conjuntamente como *"redes de nueva generación"* o *"redes de la siguiente generación"*, término definido por la UIT.

La CFC ha señalado que: *"No obstante, actualmente, gracias a la evaluación tecnológica, la digitalización y la convergencia de los SERVICIOS (servicios de telefonía fija, televisión restringida y acceso a Internet) una misma red puede prestar todos los SERVICIOS."* Lo anterior implica que, actualmente, una red que fue concebida originalmente para prestar un solo SERVICIO puede prestar cualquier SERVICIO.

Por su parte, la Cofetel, autoridad competente y especializada en materia de telecomunicaciones, ha señalado lo siguiente:

*"En efecto, dicha evolución tecnológica ha permitido que tales redes se conviertan en redes multiservicios basadas principalmente en técnicas de conmutación de paquetes y protocolos de comunicación comunes, lo que facilita la interoperabilidad, además de permitir al operador establecer diferentes niveles de calidad en función del tipo de servicio, aunque por otro lado también se traslada la inteligencia de la red hacia los equipos terminales o de los usuarios, creando un fenómeno de generación y aprovechamiento de contenidos y/o aplicaciones."*¹⁶⁷

Asimismo, en dos mil siete la OCDE señalaba que:

"Las RSG pueden verse como una evolución lógica de las infraestructuras de redes separadas, convirtiéndose en una única red para las comunicaciones electrónicas basadas en IP. Los participantes de la industria de telecomunicaciones consideran a las RSG como un progreso de

¹⁶⁷ En relación con el expediente CFT/DO3/USI/JU/1686/12, Comisión Federal de Telecomunicaciones, unidad de Servicios a la Industria, p.22, mismo que se puede encontrarse en la foja 008542 del expediente E-IFI/DGIPM/PMA/0001/2013 de Instituto Federal de Telecomunicaciones.

*la tecnología actual hacia una red global multiservicios, segura, basada en paquetes, que permitirá ofrecer calidad de servicio y facilidad de acceso a los usuarios finales.*¹⁶⁸

Uno de los cambios más importantes de esta convergencia tecnológica es el hecho de que el control del valor en el mercado pasa del distribuidor de los bienes o servicios al consumidor. Esto se aplica, por supuesto al mercado de los medios de comunicación y de contenidos.¹⁶⁹

Las RSG "(...) permiten a los usuarios tener acceso irrestricto a redes y a proveedores de servicios en competencia y a los servicios de su elección. (...) Esta nueva arquitectura de redes que separa la operación de la red y la prestación de los servicios, aplicaciones o contenidos, ha influido en los nuevos modelos de negocio de las empresas, y posibilita abandonar la estructura tradicionalmente "vertical" para convertirse paulatinamente en una "horizontal" en la cual puede elegir una gama de servicios. Contenidos o aplicaciones".¹⁷⁰

Por supuesto, los beneficios de la expansión del Internet de banda ancha y de la convergencia en telecomunicaciones no se dan sólo en el mercado de contenidos sino en el resto de la economía: desde las operaciones bancarias en línea (que tienen como consecuencia la disminución de costos de transacción y obligan a los bancos a concentrarse en la intermediación financiera, lo que favorece a la competencia), el comercio electrónico (todavía incipiente pero creciente en México) hasta el tratamiento y asistencia técnica en procedimientos médicos a distancia, incluidas cirugías complejas.

En resumen, la convergencia digital incrementa las posibilidades de una creciente competencia entre las diferentes redes públicas de telecomunicaciones en la medida en que éstas pueden ser sustituidas unas por otras para proveer diferentes servicios.

¹⁶⁸ OCDE, Next generation network development in OECD countries, París, 'Organisation for Economic Cooperation and Development, DSTI/ICCP/TISP(2004)4/FINAL, 2005, p. 4. Citado por Álvarez, Clara Luz, Derecho de las Telecomunicaciones, UNAM Posgrado, 2a Ed. 2013, p. 72 (traducción de la autora.)

¹⁶⁹ Ver, por ejemplo, Trends in Multichannel TV and Online Video in the United States, p.5: "These new technologies have shifted control away from the companies that publish and distribute commercial content. Previously, content was formatted in channels or bundles that were controlled by professional programming staff; today on the Internet, control has shifted towards the consumers who wish to consume content on the day of their choosing at a time that is convenient. Consumers have adopted tools and technology that enable them to "unbundle" content and repackage it to suit their consumption preferences." Traducción libre: "Estas nuevas tecnologías han desplazado el control fuera de las compañías que publicitan y distribuyen el contenido comercial a otros. Anteriormente, el contenido era formateado en canales o paquetes que eran controlados por personal de programación profesional, hoy en Internet, el control se ha pasado al consumidor, quien quiere consumir el contenido en el equipo que desee y en el tiempo que sea conveniente. Los Consumidores han adoptado herramientas y tecnología que les permite "desempaquetar" su contenido y repaquetarlo para ajustarse a sus preferencias de consumo."

¹⁷⁰ Información generada por la Dirección General de Investigaciones de Prácticas Monopólicas Absolutas, Comisión Federal de Competencia, Oficio de Probable Responsabilidad, expediente No. DE-012-2011, pp.45. Actualmente expediente E-IFT/DGIPM/PMA/0001/2013.

Convergencia del marco normativo

La convergencia digital ha resultado en el establecimiento de marcos jurídicos uniformes, como se refleja en la reciente reforma constitucional en México y los marcos normativos uniformes en otras jurisdicciones, como la Unión Europea.

Los países miembros de la OCDE, acordaron en mil novecientos noventa y ocho definir el sector de las TIC¹⁷¹ como una combinación de manufacturas y servicios de las industrias que capturan, transmiten y muestran datos e información electrónicamente.

En dos mil nueve, la OCDE presenta la definición de la Economía de la Información incluyendo dos tipos de productos: a) bienes y servicios de las TIC y b) bienes y servicios de contenido y medios. Los bienes y servicios de las TIC tienen como propósito el procesamiento y comunicación de información por medios electrónicos, mientras que los de contenido y medios se refieren a mensajes organizados por el hombre y publicados en medios masivos de comunicación, así como actividades relacionadas con los medios.

Bajo esta clasificación, los servicios de telecomunicaciones incluyen los siguientes:

Servicios de Telecomunicaciones

Servicios de *carrier*

Servicios de telefonía fija (acceso y uso)

Servicios de telefonía fija (funciones de llamada)

Servicios de telefonía móvil (acceso y uso)

Servicios de telefonía móvil (funciones de llamada)

Servicios de red privados

Servicios de transmisión de datos

Otros servicios de telecomunicaciones

Servicio troncal de acceso a Internet

Servicio de acceso a Internet de banda estrecha (*Narrowband*)

En dos mil once, la OCDE estableció una serie de normas para medir y comparar la sociedad de la Información entre los países, incluyendo las definiciones y clasificaciones de las TIC, así como los contenidos y medios como productos de la economía de la información. En consecuencia, los productos de las TIC deben estar orientados a satisfacer o permitir la función de procesamiento de la información y la comunicación por medios electrónicos, incluyendo su transmisión y presentación al usuario; los contenidos publicados

¹⁷¹ Information Economy, Product Definitions Based on the Central Product Classification (version 2), OECD, páginas 11 y 17, Digital Economy Papers No. 158, June 2009.

en los medios de comunicación, tales como contenidos impresos, audiovisuales y en línea y servicios relacionados no son considerados productos de las TIC.

Al respecto, la ex comisionada de la Cofetel y especialista en Telecomunicaciones Clara Luz Álvarez señala que: *"una de las distinciones fundamentales entre las redes tradicionales y las RSG (redes de la siguiente generación) es que en aquéllas están integradas las redes de transporte y los servicios prestados, mientras que en las RSG existe una separación, por una parte, entre las redes de transporte y, por la otra, entre los servicios y aplicaciones utilizados por los usuarios".*¹⁷² A efecto de distinguirlas la autora presenta como ejemplo la Voz sobre el Protocolo de Internet (conocido en inglés como (VoIP), señalando que: *"es importante no confundir la VoIP (voz sobre el Protocolo de Internet) con las RSG, en atención a que la VoIP es un servicio basado en éstas. Sin embargo dichas RSG tienen capacidad para soportar otros servicios y aplicaciones".*

Más aún, la Dra. Álvarez define la Arquitectura de una RSG conforme a los cuatro planos o capas que la conforman según su función en la comunicación, mismos que se señalan a continuación:

1. Capa de acceso: La comunicación entra en contacto con la red de telecomunicaciones sin importar cuál es el equipo terminal (por ejemplo, si es un celular, un teléfono fijo, una computadora o un televisor) ni cuál es la tecnología que se emplea para dicho acceso (por ejemplo, inalámbrica o alámbrica).
2. Capa de transporte. Ésta es la parte de la red formada por troncales o ejes principales (backbones) que conducen el mayor tráfico, recorren grandes distancia (p.ej., un país o región) y utilizan rutas de transmisión de las más altas velocidades.
3. Capa de servicios. Ésta se halla separada de la capa de acceso y de la de transporte, lo que permite que el usuario final acceda a la red de telecomunicaciones con cualquier medio (p.ej., cable coaxial de su servicio de televisión por cable o par de cobre de la última milla) y, empleando la red de transporte, puede hacer uso de cualquier servicio (voz, datos y video, o cualquier combinación de éstos) y de cualquier aplicación (p.ej., consulta remota a bases de datos, realización de operaciones bursátiles).
4. Capa de control. Ésta monitorea y dirige las capas de acceso, transporte y servicios".

En el caso de México, las reformas constitucionales, especialmente al artículo veintiocho y sus transitorios, reconocen la convergencia tecnológica, lo cual permite hablar de un mercado relevante de redes de telecomunicaciones y de contenidos, distintos entre sí, que diferencia el uso, aprovechamiento y explotación de redes de telecomunicaciones, de la prestación propiamente dicha de servicios en y a través de estas redes.

Lo anterior queda de manifiesto en el artículo 6º constitucional, tercer párrafo, en donde se señala que: *"El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones"*, marcando una

¹⁷² Álvarez, Clara Luz, Derecho de las Telecomunicaciones, UNAM Posgrado, 28 Ed. 2013, p. 73.

clara distinción entre las redes de transporte de información y los servicios de telecomunicaciones.

Lo anterior se puede ver claramente en el artículo 7° constitucional donde el legislador asegura la protección de dichas redes (todo tipo de vías, medios, tecnologías y demás bienes) utilizadas para la difusión de opiniones, información e ideas con el ánimo de asegurar la libertad de expresión y el derecho a la información.

Por otro lado, el artículo 28 constitucional al listar las funciones del IFT no deja lugar a duda de la distinción constitucional existente entre los distintos mercados que deberá regular, promocionar y supervisar el Instituto, diferenciándolos por un lado entre los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, y por el otro, todos aquellos medios necesarios para la prestación de dichos servicios, incluyendo el espectro radioeléctrico, las redes, la infraestructura activa y pasiva, y otros insumos esenciales necesarios para la prestación de dichos servicios.

El artículo 4° transitorio de las Reformas Constitucionales establece la obligación del Congreso de la Unión de: *"expedir un solo ordenamiento legal que regule de manera convergente, el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de radiodifusión y telecomunicaciones"*. Adicionalmente, dicho artículo menciona que: *"la ley establecerá que las concesiones serán únicas, de forma que los concesionarios puedan prestar todo tipo de servicios a través de sus redes, siempre que cumplan con las obligaciones y contraprestaciones que les imponga el Instituto Federal de Telecomunicaciones y en su caso, las contraprestaciones correspondientes"*.

La LFTR es consistente con lo establecido por el constituyente y reconoce dicha convergencia a lo largo de la misma, de este modo define la banda ancha y la concesión única, contenidas en el artículo 3, fracciones V y XII, de dicha disposición.

Adicionalmente, el propio legislador ha reconocido expresamente la existencia de un mercado relevante de redes de telecomunicaciones al prever en el Artículo Transitorio Noveno de la LFTR lo siguiente:

"El Instituto investigará dichas concentraciones en un plazo no mayor a noventa días naturales y en caso de encontrar que existe poder sustancial en el mercado de redes de telecomunicaciones que presten servicios de voz, datos o video o en el de radio y televisión según el sector corresponda, podrá imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la libre competencia y concurrencia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y la Ley Federal de Competencia Económica sin perjuicio de las concentraciones a que refiere el presente artículo"

Por su parte, la Dra. Álvarez reconoce dichos cambios al prever que: *"las RSG imponen retos técnicos, económicos y jurídicos significativos (...) (donde) la política de competencia deberá*

*considerar los cambios en el poder de los agentes del mercado y cuáles serán las nuevas áreas que requieran atención de la autoridad de competencia económica o antimonopolios".*¹⁷³

Las disposiciones anteriores reconocen la diferencia que existe entre los servicios y los medios de transmisión para que los contenidos y servicios lleguen a los consumidores y establecen que la regulación de los concesionarios es una regulación de redes y no de contenidos. De esta manera la regulación debe equiparar a las regulaciones en infraestructura tales como, sistemas de transporte y distribución de gas natural, carreteras, ferrocarriles y puertos.

Adicionalmente, la CFC se pronuncia a favor de considerar la convergencia del mercado. Al celebrar las Reformas Constitucionales reportó, en un comunicado de prensa oficial, lo siguiente:

"La iniciativa recoge los planteamientos que ha hecho reiteradamente la Comisión a los Poderes Ejecutivo y Legislativo para promover una mayor competencia en todos los mercados de telecomunicaciones y radiodifusión, a partir de octubre de 2005:

- La consolidación, en un solo marco normativo convergente, de la legislación en materia de telecomunicaciones y radiodifusión.*¹⁷⁴
- La autorización para que todas las redes de telecomunicaciones compitan en todos los servicios tecnológicamente factibles".*¹⁷⁵

Al ser objetivo del Constituyente que los concesionarios puedan prestar todo tipo de servicios a través de sus redes, éste reconoce, así como también la CFC y el legislador actual, que el video, la telefonía fija y móvil, el Internet y otros servicios, pueden ser transmitidos a través de todo tipo de redes de telecomunicaciones. Dados los avances tecnológicos, particularmente la digitalización, para la transmisión de todo tipo de contenidos, el par de cobre, los satélites, el espectro radioeléctrico, el cable coaxial y la fibra óptica, utilizadas por las redes de telecomunicaciones, son perfectos sustitutos en la oferta y forman el mercado de redes.

Lo anterior ya es incluso reconocido en la legislación de otros países, tal es el caso de la Ley de Telecomunicaciones de España (Ley 32/2003) cuyo anexo II define a la red de comunicaciones electrónicas como *"los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluida internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión*

¹⁷³ Álvarez, Clara Luz, *op cit*, p. 75.

¹⁷⁴ Opinión de la CFC sobre la "Ley Televisa", 8 de diciembre de 2005, disponible en <http://www.cfc.gob.mx/cfcresoluciones/Docs/Mercados%20Regulados/V2/7/1382555.pdf>

¹⁷⁵ Opinión de la CFC en materia de convergencia tecnológica en telecomunicaciones, 31 de octubre de 2005, disponible en <http://www.cfc.gob.mx/cfcresoluciones/Docs/Mercados%20Regulados/V2/7/1381001.pdf>

de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada."

Desde el punto de vista de la demanda, el consumidor puede escoger los distintos servicios de telecomunicaciones que requiera a través de las distintas modalidades de las redes. Un número importante de estos servicios son sustitutos entre sí, desde el punto de vista del consumidor.

Por todo lo anteriormente expuesto, es posible afirmar la existencia de un mercado relevante de las redes de telecomunicaciones para prestar los servicios de voz, datos o video con cobertura en toda la República Mexicana.

Esta autoridad encuentra que las manifestaciones anteriores no resultan idóneas para alcanzar los fines pretendidos por GTV, en virtud de lo siguiente:

En primer lugar, esta autoridad advierte la existencia de dos argumentos. El primero de ellos, según GTV tiene como objetivo concluir que la convergencia digital conlleva a un sólo mercado, el cual GTV identifica como el "mercado de redes" al que según su dicho, se refiere el Artículo Noveno Transitorio, y un segundo argumento que, derivado de la conclusión que arroja el primero, tiene como objetivo evidenciar una incorrecta definición del mercado relevante por parte de la AI, cuestión que fue abordada anteriormente y que como quedó acreditado, la determinación del mercado relevante realizada en el Dictamen Preliminar fue la adecuada.

Ahora bien, por lo que hace al primer argumento a que se hace referencia en el párrafo anterior, resulta necesario realizar las siguientes precisiones:

Como se puede observar en las manifestaciones de GTV, dicho agente económico se concentra en explicar lo que se debe entender por convergencia digital, y en describir cuál ha sido la evolución del sector de telecomunicaciones a partir de la tecnología digital, así como en señalar cuál ha sido su reconocimiento desde el punto de vista normativo, tanto en nuestro país como en otras jurisdicciones.

No puede negarse que GTV ha manifestado y documentado una realidad innegable, toda vez que el desarrollo de las telecomunicaciones a partir de una tecnología digital ha marcado una rápida evolución respecto de la forma en que los servicios de voz, datos y video son transmitidos a los usuarios, así como la tendencia que ésta muestra hacia un futuro.

Así bien, de acuerdo a las manifestaciones de GTV, así como a las referencias documentales, una red convergente es aquella que es capaz de transmitir voz, datos y video, conjuntamente.

La convergencia digital es un proceso de desarrollo continuo en el sector de telecomunicaciones que es reconocido desde hace tiempo en la literatura especializada, y que sólo puede responder a factores tecnológicos y normativas particulares para dimensiones geográficas determinadas.

Por tanto, es importante tener en consideración que una red convergente tiene las siguientes características fundamentales:

- Proporcionar de manera conjunta los servicios de voz, audio y video;
- Abandonar la estructura tradicionalmente vertical para convertirse en una estructura horizontal;
- La cadena de valor está unificada: (servicios, equipo informático, programación, tecnologías de Internet y sus servicios y aplicaciones, etc);
- Permitir a los usuarios tener acceso irrestricto a servicios que previamente operaban en mercados distintos;
- Las terminales de los usuarios son capaces de conectarse a la red para recibir información, video y audio, y compartirla o emitirla a través de esa misma red, desde el mismo aparato;
- Incrementar la competencia entre redes públicas porque pueden ser sustituidas unas por otras;
- Pertenecer a un sector de servicios unificados y de mayor tamaño; e
- Impactar no solo al mercado de contenidos sino a sectores como el bancario, el comercio y el de procedimientos médicos a distancia.

Las manifestaciones realizadas por GTV no resultan idóneas para determinar que la convergencia digital resulta equiparable al mercado de redes al que se hace referencia en el Artículo Noveno Transitorio, ni para demostrar que por virtud de la convergencia se haya constituido un solo mercado relevante.

Efectivamente, desde un punto de vista tecnológico, existen redes que tienen la capacidad de prestar múltiples servicios (voz, datos y video) a través de una misma red. Este hecho está reconocido en el marco normativo aplicable a la prestación de servicios a través de redes de telecomunicaciones, el cual expresamente permite la prestación de diversos servicios a través de una misma red.

Sin embargo, la interpretación de que sólo las plataformas con capacidad de prestar diversos servicios (por ejemplo tres o más como lo propone GTV) pueden ser consideradas en este análisis como parte del mercado relevante, nos llevaría al absurdo de concluir que las plataformas satelitales y de microondas, cuyas ofertas comerciales incluyen el STAR pero no otros servicios de telecomunicaciones (i.e. banda ancha y/o telefonía), no forman parte de un mercado de redes convergentes, como lo propone GTV.

Por lo anterior, la conclusión a que llega GTV de equiparar la convergencia digital con el mercado de redes a que se refiere el Artículo Noveno Transitorio resulta incorrecta.

Contrario a lo manifestado por GTV, una implicación de la convergencia es que posibilita tecnológica y normativamente la prestación de múltiples servicios a través de una misma plataforma o medio de transmisión. No obstante, el término *mercado de redes* adoptado en el quinto párrafo del Artículo Noveno Transitorio no se refiere a un *mercado relevante* en términos de lo que obliga el análisis en materia de competencia económica, sino que únicamente constituye un elemento que el Instituto debe considerar en su análisis en términos del artículo 58 de la LFCE.

El *mercado relevante* se determina caso por caso, aplicando los criterios establecidos en el artículo 58 de la LFCE a una situación o actividad económica particular; mientras que el término *mercado de redes* es un elemento previsto en el Artículo Noveno Transitorio que el Instituto debe considerar en el análisis que corresponda, pero no está obligado a adoptarlo a la literalidad.

En este sentido, el Instituto ha dado cabal cumplimiento a los criterios establecidos en el artículo 58 de la LFCE y el quinto párrafo en el Artículo Noveno Transitorio, pues ha considerado todas las redes que tienen la capacidad y prestan los servicios de STAR, sean o no a través de plataformas con capacidad de prestar otros servicios.

En este sentido, la convergencia digital implica la posibilidad de prestar los servicios de voz, datos y video, de manera conjunta, mientras que el *mercado de redes* al que se hace referencia en el Artículo Noveno Transitorio se refiere a la prestación en general de servicios de voz, datos o video, independientemente de la manera en que ello se realice.¹⁷⁶

Por tanto, las manifestaciones de GTV sobre las características y elementos que definen la convergencia digital y el desarrollo de las redes digitales de telecomunicaciones solo pueden entenderse de manera generalizada y no se ubican en un tiempo ni lugar determinado, y significan únicamente una referencia generalmente aceptada de lo que es una red convergente, mas no así como el *mercado de redes* al que se refiere el Artículo Noveno Transitorio y mucho menos, como el *mercado relevante* en el que este Instituto debe basar su análisis en materia de competencia económica.

Es necesario tomar en cuenta que los agentes económicos que operan plataformas con la capacidad de prestar múltiples servicios pueden comercializarlos de manera conjunta o separada y no prestan como tal un "*servicio convergente de telecomunicaciones*". En ese sentido, resultaría ajeno a la realidad reconocer la existencia de un solo mercado donde los mismos agentes económicos (Incluso GTV) reconocen, prestan y facturan servicios claramente distinguibles. Reconocer el argumento de GTV implicaría la realización de un análisis limitado únicamente a la prestación de los servicios en conjunto y una coincidencia en su prestación respecto de las zonas geográficas en que se prestan, sin que se comprendiera dentro de dicho mercado la prestación de servicios por separado.

Al respecto, la definición de un *mercado relevante convergente* implicaría que todos los prestadores de servicios a través de redes de telecomunicaciones ofrecieran únicamente los tres servicios propuestos por GTV en su conjunto y que los consumidores no tuvieran la

¹⁷⁶ A efecto de sustentar lo anterior, vale la pena transcribir nuevamente la parte conducente del Artículo Noveno Transitorio, en la cual se advierte cual fue la intención del legislador al hacer referencia a un mercado de redes. "El Instituto investigará dichas concentraciones en un plazo no mayor a noventa días naturales y en caso de encontrar que existe poder sustancial en el mercado de redes de telecomunicaciones que presten servicios de voz, datos o video o en el de radio y televisión según el sector que corresponda, podrá imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la libre competencia y concurrencia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y la Ley Federal de Competencia Económica sin perjuicio de las concentraciones a que se refiere el presente artículo". (Énfasis añadido)

posibilidad de contratar sólo uno de ellos de manera independiente o desagregada. Lo anterior resulta claramente contrario a la realidad que ocurre en la provisión del STAR, en donde concurren agentes económicos con ofertas comerciales que ofrecen sólo ese servicio.

En este sentido, no debe perderse de vista que la definición de mercado relevante parte de un bien o servicio y las posibilidades de sustituirlo dentro de un área geográfica. Así, referirse a la convergencia como un mercado relevante carece de sentido, pues dentro de un *mercado relevante* debe entenderse que todos los servicios en él comprendidos resultan sustitutos entre sí, por el lado de la oferta y la demanda. Concluir que el *mercado de redes* es un *mercado relevante* lleva al absurdo de concluir que el servicio de telefonía es un sustituto de la televisión restringida.

Lo anterior de ninguna forma implica que no se reconozca la existencia de una convergencia tecnológica, normativa o comercial. Al considerar el proceso de convergencia en el análisis de este asunto realizado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la LFCE, la AI concluyó que el *servicio relevante* corresponde a la prestación del STAR y se identifica que algunos de los agentes económicos que concurren en la provisión de este servicio, en efecto, operan plataformas que tienen la capacidad de prestar y ofrecer comercialmente los servicios de voz, datos y video de manera conjunta o separada, pero también se identificó que otros participantes que prestan el STAR, con plataformas satelital o de microondas, no ofrecen comercialmente otros servicios de telecomunicaciones.

Cabe advertir que como bien lo señala GTV, los artículos 6º, 7º y 28 Constitucionales, efectivamente tutelan el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones; asimismo aseguran la libertad de expresión y el derecho a la información, señalando las atribuciones con las que cuenta el IFT en materia de telecomunicaciones y radiodifusión. Sin embargo, de la literalidad de dichos preceptos, no se advierte el alcance que pretende GTV respecto de la supuesta determinación del mercado de redes, cuestión que como ha quedado debidamente acreditada en párrafos anteriores, se trata de diversos mercados a través de los cuales se prestan servicios de telecomunicación y radiodifusión.

Ahora bien, por lo que hace al artículo 4º transitorio de las "*Reformas Constitucionales*", es de señalar que efectivamente, este precepto establece la obligación de expedir "(...) *un solo ordenamiento legal que regule de manera convergente, el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de radiodifusión y telecomunicaciones*". Así como el que: "*la ley establecerá que las concesiones serán únicas, de forma que los concesionarios puedan prestar todo tipo de servicios a través de sus redes, siempre que cumplan con las obligaciones y contraprestaciones que les imponga el Instituto Federal de Telecomunicaciones y en su caso, las contraprestaciones correspondientes*". Sin embargo, dichas precisiones distan mucho de la interpretación pretendida por GTV, respecto a que los señalamientos efectuados en torno a la convergencia conduzcan a un solo mercado y que éste sea el mercado de redes. Por el contrario, de las transcripciones antes señaladas se aprecia claramente que se habla de diversos servicios que pueden ser prestados a través de sus redes.

Con la finalidad de sustentar lo anterior, la LFTR recoge a cabalidad lo ordenado por el artículo 4° transitorio de las "Reformas Constitucionales" y a lo largo de sus disposiciones contempla una regulación que tutela la convergencia para el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de radiodifusión y telecomunicaciones.¹⁷⁷

En términos de los artículos de la LFTR, con toda claridad es posible concluir que la LFTR habla sobre una pluralidad de mercados convergentes de redes y servicios y no de un solo mercado de redes, por lo que como se ha precisado con antelación el Artículo Noveno Transitorio de manera general se refiere al mercado de redes a través del cual se presten servicios de voz, datos o video.

Por otro lado, y como GTV lo señala, la convergencia digital continúa hacia el futuro, es decir, no se puede hablar de un estado final de convergencia. Ello también se desprende del propio Dictamen de las Comisiones Unidas de Comunicaciones y Transportes, al señalar lo siguiente:

"Para fomentar la participación de nuevos jugadores y otorgar certidumbre a inversiones que benefician la competencia, dado el carácter altamente litigioso del sector de telecomunicaciones en nuestro país, se propone un régimen de excepción en materia de

¹⁷⁷ Así pues, de forma enunciativa más no limitativa, tenemos que el artículo 3°, de la LFTR señala:

Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

I. (...)

V. Banda ancha: Acceso de alta capacidad que permite ofrecer **diversos servicios convergentes** a través de infraestructura de red fiable, con independencia de las tecnologías empleadas, cuyos parámetros serán actualizados por el Instituto periódicamente;

(...)

XII. Concesión única: Acto administrativo mediante el cual el Instituto confiere el derecho **para prestar de manera convergente, todo tipo de servicios públicos de telecomunicaciones o radiodifusión**. En caso de que el concesionario requiera utilizar bandas del espectro radioeléctrico o recursos orbitales, deberá obtenerlos conforme a los términos y modalidades establecidas en esta Ley;

El artículo 54, de la LFTR por su parte establece:

Artículo 54. El espectro radioeléctrico y los recursos orbitales son bienes del dominio público de la Nación, cuya titularidad y administración corresponden al Estado.

(...) Al administrar el espectro, el Instituto perseguirá los siguientes objetivos generales en beneficio de los usuarios:

I. (...)

II. (...) III. La competencia efectiva en **los mercados convergentes** de los sectores de

V. (...) VI. La inversión eficiente en infraestructuras, la innovación y el desarrollo de la industria de **productos y servicios convergentes**;

(...)"

Por último el artículo 60, de la LFTR establece:

"Artículo 60. El programa anual de uso y aprovechamiento de bandas de frecuencias deberá atender los siguientes criterios:

I...

III. Promover la **convergencia de redes y servicios** para lograr la eficiencia en el uso de infraestructura y la innovación en el desarrollo de aplicaciones."

(Énfasis añadido)

concentraciones para los sectores en donde exista un agente económico preponderante, en el contexto del tránsito hacia un sector de servicios convergentes (...)."

En virtud de las consideraciones anteriores resulta claro que la convergencia digital no se encuentra en un estado final y que no existen razones para considerar un único mercado de redes como el referido en el Artículo Noveno Transitorio.

Lo anterior es claro cuando observamos la disponibilidad real de oferta de servicios de telecomunicaciones a la que los consumidores en México se enfrentan, resaltando el hecho de que no todas las redes públicas de telecomunicaciones pueden ofrecer los mismos servicios de manera conjunta, ya sea por condiciones regulatorias, tecnológicas o de mercado, de tal forma que los consumidores no puede sustituir entre redes, sino solo entre servicios individuales.

En el sector de telecomunicaciones actualmente existen dos concesionarios que proveen el STAR a través de tecnologías satelitales, SKY y Dish. Estos no ofrecen comercialmente los servicios de telefonía a los usuarios finales, porque dadas las necesidades tecnológicas requeridas esto supondría mayores costos para los concesionarios que se traducen en altos precios para los consumidores¹⁷⁸. De la misma forma, existe un proveedor del servicio de TV restringida por microondas (MMDS), MVS, que tampoco ofrece el servicio de telefonía.

Lo anterior se corrobora a partir de la oferta comercial de velocidades del servicio de internet disponible en las páginas de Internet de los concesionarios.¹⁷⁹ Es así como las redes satelitales y de microondas están lejos de poder proporcionar servicios convergentes, es decir, voz, datos y video, en condiciones comerciales competitivas.

Si bien es cierto que existen plataformas con la posibilidad tecnológica de prestar múltiples servicios, no todas ellas tienen la capacidad para hacerlo. En la siguiente tabla se presentan las características de las ofertas comerciales de distintos operadores para el servicio de Internet.

¹⁷⁸ Una instalación fija para telefonía satelital consiste generalmente en grandes componentes electrónicos junto con antenas giratorias para rastrear la ubicación de los satélites. El servicio de telefonía satelital requiere generalmente de una línea directa de vista al satélite, por lo que tiene poca o baja recepción en interiores. La fuerza y calidad de la señal también se ve afectada por la presencia de edificios, árboles y otras obstrucciones. Las llamadas a teléfonos celulares desde teléfonos fijos y celulares son más costosas así como también son costosas las llamadas entre compañías de telefonía satelital. Los teléfonos generalmente requieren de conectores para antenas externas instaladas en vehículos y edificios. Si bien existen teléfonos modernos similares a los smartphones celulares, en general aún son muy caros y los más comunes tienen un tamaño mayor y cuentan una antena retráctil. Los teléfonos normalmente son fabricados bajo licencia o pedido, por lo que es difícil que sean producidos por fabricantes comerciales. Típicamente son utilizados para comunicaciones desde lugares remotos y por tanto su uso se enfoca en áreas específicas como la aviación, servicios de emergencia, uso gubernamental, marítimo y militar.

¹⁷⁹ <http://www.mvs.com/general/divisiones>; <http://www.sky.com.mx/paquetes-y-servicios/>

Agente económico	Velocidad del Internet
Axtel (DSL)	Hasta 2 Mbps (Paquete Básico)
Axtel (Fibra Óptica)	10, 30 y 200 Mbps
Telmex infinitum (DSL)	10 Mbps (Paquete Básico) y 20 Mbps hasta 50 Mbps
Maxcom (DSL)	3 Mbps, 6 Mbps y 8 Mbps
Total Play (Fibra Óptica)	10 Mbps (Paquete Básico) 20, 40, 100, 200 y 300 Mbps
Izzi (Cable)	10 Mbps (Paquete Básico) 20, 50 y 100 Mbps
Cablecom (Cable)	5 Mbps (Paquete básico) y 10 Mbps
Cablemas (Cable)	3 Mbps, 6 Mbps, 10 Mbps, 30 Mbps y 100 Mbps

Fuente: Elaboración propia a partir de la información de las páginas de Internet de los proveedores (<http://axtel.mx/residencial/internet/acceso-universal>; <http://new.axtel.mx/residencial/internet/axtel-x-tremo>; <http://www.telmex.com/web/hogar/conexion-internet>; <http://www.maxcom.com.mx/en-tu-hogar>; http://www.totalplay.com.mx/landings/2015/noviembre/df?gclid=CLzx_7Tt9MgCFQYlaQodlrMEDw; <https://www.izzi.mx/productos/internet#position-saver>; <http://www.cablecom.com.mx/internet.php>)

A partir de comparar los parámetros de velocidad de las ofertas comerciales disponibles en México, se desprende que no todas éstas alcanzan niveles de mínimos en calidad y servicio (QoS, por sus cifras en inglés) requeridos para la transmisión del STAR a través de IPTV. Sirven de referencia los requerimientos mínimos QoS que ha propuesto la *IEEE* (Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos, por sus siglas en inglés), como se refiere en la *IEEE Communications Magazine*,¹⁸⁰ que corresponden a:¹⁸¹

SDTV → 1 – 4 Mbps (dedicados para una TV)

HDTV → 4 – 12 Mbps (dedicados para una TV)

Por lo tanto, no podemos considerar que todas las redes son convergentes en el sentido que GTV plantea, ya que sólo algunas plataformas tienen la capacidad tecnológica para prestar dos o más servicios de telecomunicaciones y sólo algunos han desarrollado ofertas comerciales para ofrecerlos a los usuarios finales en condiciones económicamente viables.

La tabla a continuación muestra la disponibilidad efectiva de servicios y de la cual se observa que no es posible que los consumidores puedan sustituir entre redes públicas de telecomunicaciones para acceder a los servicios de voz, datos y video de manera conjunta, en el sentido que GTV señala.

¹⁸⁰

<https://ritdml.rit.edu/bitstream/handle/1850/11668/FHuArticle2007.pdf?sequence=1>

¹⁸¹

Esto es equivalente a lo señalado en el DP, nota de pie de página 188. Folio 13813 del Expediente.

Disponibilidad de servicios de telecomunicaciones según concesionarios de telecomunicaciones.					
Agentes económicos que completan en el mercado de redes convergentes	Tipo de negocio	VOZ	DATOS	TELEVISIÓN RESTRINGIDA	CONCESIÓN
América Móvil (Telmex, Telcel y Telcel)	Uso Comercial	•	•		Voz/Datos
Cablevisión	Uso Comercial	•	•	•	Voz/Datos/Tv
Cablemás	Uso Comercial	•	•	•	Voz/Datos/Tv
TVI	Uso Comercial	•	•	•	Voz/Datos/Tv
Bestel	Uso Empresarial	•	•		Voz/Datos
Cablecom	Uso Comercial	•	•	•	Voz/Datos/Tv
Megacable	Uso Comercial	•	•	•	Voz/Datos/Tv
Alestra	Uso Empresarial	•	•		Voz/Datos
Metrored	Uso Empresarial	•	•		Voz/Datos
Iusacell	Uso Comercial	•	•		Voz/Datos
Marcatel	Uso Comercial	•	•		Voz/Datos/Tv
Axtel	Uso Comercial	•	•	•	Voz/Datos/Tv
Maxcom	Uso Comercial	•	•	•	**
Total Play	Uso Comercial	•	•	•	Voz/Datos/Tv
Comisión Federal de Electricidad	Uso Empresarial		•		Datos

Disponibilidad de servicios de telecomunicaciones según concesionarios de telecomunicaciones.					
Agentes económicos que compiten en el mercado de redes convergentes	Tipo de negocio	VOZ	DATOS	TELEVISIÓN RESTRINGIDA	CONCESIÓN
Red de Servicios de Telecomunicaciones (Resetel)	Uso Empresarial (Internet comercial)	•	•		**
Unión Telefónica Nacional	Uso Comercial	•	•		Voz/Datos
México Red de Telecomunicaciones	Es la razón social del nombre Metrored				
VPN de México	**	•	•		Voz/Datos
Bestcable	**	•	•	•	**
Internet por Fibra	**	•	•	•	Voz/Datos/Tv
Protel I-Next	**	•	•		Voz/Datos
Startel	**	•	•		Voz/Datos
Conexión XXI (pluz conexxion)	**	•	•	•	Datos/Tv
Cóporación de Telecomunicaciones Regionales	**	•	•		Voz/Datos
IP Matrix	**	•	•		Voz/Datos

Disponibilidad de servicios de telecomunicaciones según concesionarios de telecomunicaciones.					
Agentes económicos que compiten en el mercado de redes convergentes	Tipo de negocio	VOZ	DATOS	TELEVISIÓN RESTRINGIDA	CONCESIÓN
Operadora de Comunicaciones (Nextel)	Uso Comercial	•	•		Voz/Datos
Kio Networks	Uso Empresarial		•		
Grupo Hevi	**	•	•	•	Voz/Datos/Tv

Concesiones recientes otorgadas a agentes económicos para prestar servicios de telecomunicaciones convergentes*					
Agentes económicos que compiten en el mercado de redes convergentes	Tipo de negocio	VOZ	DATOS	TELEVISIÓN RESTRINGIDA	CONCESIÓN
Creatividad Internet enlaces S.A. de C.V. (xcien)	Uso Empresarial		•		Voz/Datos/Tv
Procom, Servicios Inteligentes S.A. de C.V.	Uso Empresarial	•	•		Voz/Datos/Tv
Naviga Comunicación, S.A. de C.V.	**				Voz/Datos/Tv
Electrónica Ingeniería y Comunicaciones, S.A. de C.V. (elcsa)	Uso Empresarial	• radiocomunicación	•		Voz/Datos/Tv
Masergy Comunicaciones, S. de R.L. de C.V.	Uso Empresarial		•		Voz/Datos/Tv
VMNO de México S.A. de C.V.	**				Voz/Datos/Tv
Operadora Mobitel, S. de R.L. de C.V.	**				Voz/Datos/Tv
Orange Business Services, S.A. de C.V.	**		•		Voz/Datos/Tv
Intercomunicaciones Móviles Satelitales, S.A. de C.V. (inmosat)	Uso Comercial	•	•		Voz/Datos/Tv

Concesiones recientes otorgadas a agentes económicos para prestar servicios de telecomunicaciones convergentes*					
Agentes económicos que cumplen en el mercado de redes convergentes	Tipo de negocio	VOZ	DATOS	TELEVISIÓN RESTRINGIDA	CONCESIÓN
Impulsora Balder, S.A. de C.V.	**			—	Voz/Datos/Tv
Corporación de Radio y Televisión del Norte de México S. de R.L. de C.V. (SKY)	Uso Comercial		•	•	Tv/Música/Conducción de señales
Comercializadora de Frecuencias Satelitales S. de R.L. de C.V. (Dish)	Uso Comercial			•	Tv/Servicios Satelitales

0 Fuente: Elaboración propia a partir de la información de las páginas de Internet de los proveedores y del Registro Público de Concesiones del IFT.

1 *Listado de operadores del mercado de redes, según manifestaciones de GTV.¹⁸²

2 ** El instituto no pudo corroborar la información correspondiente para este AE.

Lo anterior confirma que no es posible que los consumidores puedan optar por sustituir redes de telecomunicaciones, pues no pueden encontrar los mismos servicios con todos los oferentes en el mercado y por tanto lo que los consumidores obtienen son servicios por separado, pues incluso es probable que dadas las limitaciones tecnológicas o las ofertas comerciales de los proveedores el usuario final puede optar por distintos proveedores para distintos servicios, o bien, un mismo proveedor para todos los servicios disponibles, cuando esta alternativa está disponible.

Finalmente, en la siguiente tabla que se reproduce del Dictamen Preliminar,¹⁸³ quedó señalado que el 81.4% (ochenta y uno punto cuatro por ciento) de los suscriptores del STAR en los municipios donde se llevó a cabo la operación de adquisición, contrata este servicio de manera individual, incluso de los mismos concesionarios que también ofrecen los servicios de doble y triple play, por lo que se confirma que en México actualmente los consumidores encuentran incentivos para contratar servicios de telecomunicaciones de forma individual o empaquetada y no entre redes.

Distribución percentual de los suscriptores del STAR que lo consumen de manera individual y en paquete, en las zonas geográficas donde tiene efecto la concentración, 2014

Medio de Transmisión	Nombre Comercial/Concesionario	Sólo STAR	Doble Play		Triple Play
			STAR+TF	STAR+BA	STAR+TF+BA
Satelital					
Cable					
IPTV					
Microondas					
Total		81.4%	0.7%	7.5%	10.3%
Suscriptores (Millones)		1.77	0.014	0.163	0.22

Nota: Los totales podrían variar debido al redondeo de las cifras.

Fuente: Elaborado por la AI a partir de información de suscriptores que consta en el expediente, fojas de acuerdo a Anexo XIV denominado "Índice de fojas de suscriptores".

Si bien no existe un *mercado relevante* que corresponda al mercado de redes en el sentido que GTV lo señala, esta Autoridad reconoce la existencia de plataformas con la capacidad de prestar múltiples servicios en forma individual o empaquetada. Las plataformas que cuentan con esta posibilidad tecnológica pueden optimizar sus inversiones en infraestructura a través de la prestación de distintos servicios, siempre y cuando alcancen una masa crítica que haga económicamente viable realizar tales inversiones.

Por lo anterior, un operador multiservicios que intente incrementar el precio del STAR, se encontrará con que una parte de sus suscriptores consume dicho servicio en forma conjunta con otro u otros servicios, esta situación influye sobre la rentabilidad de un incremento unilateral del precio del STAR. Por ejemplo, es factible considerar que un incremento de los precios de los paquetes podría ser no suficientemente rentable y crear una desventaja competitiva para el oferente de servicios convergentes quienes no sólo ofrecen el STAR. En este sentido, la oferta de servicios de telecomunicaciones empaquetados debió ser analizada para efectos de determinar de qué forma afecta la capacidad de establecer precios o la oferta del STAR. Este elemento no está contenido en el Expediente y por tal razón se carece de un elemento necesario para determinar si existe poder sustancial en la provisión del STAR.

Este análisis no está en el DP y tampoco se encuentran elementos suficientes contenidos en el Expediente que permitan a esta Autoridad evaluar si existe un agente económico con poder sustancial en la provisión del STAR.

Si bien el DP consideró la presencia de los proveedores multiservicios en el entorno competitivo, no analizó propiamente la dinámica de competencia consecuente de dicha presencia, es decir, no analizó la dinámica competitiva que puede incidir en la determinación de los precios que resultan ante la participación de plataformas con la capacidad tecnológica y comercial de prestar otros servicios de telecomunicaciones. En consecuencia, este Pleno considera que no se aportaron los elementos suficientes para evaluar el impacto que dichas plataformas juegan en la dinámica de competencia de los prestadores del servicio STAR, en sus dimensiones tanto local como a nivel nacional.

Una vez precisado lo anterior y a efecto de atender el segundo argumento que propone GTV, mismo que tiene como objetivo evidenciar la incorrecta definición de un mercado relevante, vale la pena advertir que si bien GTV no formula sus manifestaciones como un silogismo categórico, esta autoridad reitera que, de conformidad con lo señalado tanto en el apartado denominado "6.6. Omisión en la determinación del mercado relevante en los términos del Artículo Noveno Transitorio", como al inicio del presente, no puede determinarse que el mercado relevante definido en el Dictamen Preliminar sea incorrecto, dado que la convergencia no implica la identificación de un mercado relevante de redes, debido a que el concepto "convergencia" no atiende a las condiciones que mostró el mercado al momento de llevar a cabo la concentración, sino a la simple posibilidad tecnológica y normativa que se ha otorgado para prestar servicios de telecomunicaciones de manera conjunta.

Aun suponiendo sin conceder que la convergencia se equiparara al mercado de redes al que se refiere el Artículo Noveno Transitorio, éste no puede constituir el mercado relevante definido en el Dictamen Preliminar, pues dicho mercado de redes sólo constituye un mercado en un sentido amplio que no puede entenderse como el mercado relevante en sí mismo,¹⁸⁴ dentro del cual se debe analizar la prestación de los servicios de voz, datos o video de manera independiente, atendiendo a las condiciones que presenta el mercado, para con ello poder determinar si con motivo de la concentración respectiva se adquiere o refuerza PSM por alguno de los agentes económicos involucrados en la concentración, respecto de algún mercado relevante determinado.

Es necesario reiterar que un mercado relevante debe ser definido a partir del análisis de los elementos dispuestos en los artículos 58 y 59 de la LFCE que constituye una valoración compleja acotada por los mismos preceptos legales. En el dictamen preliminar se analizaron los elementos referidos y se encontró que, efectivamente, se prestan diversos servicios a través de las redes y que a partir de cada servicio pueden encontrarse diversos mercados relevantes.

Por último, y por lo que hace a las manifestaciones efectuadas por GTV respecto a las citas bibliográficas de la especialista en telecomunicaciones Clara Luz Álvarez, es de señalar que efectivamente éstas hablan de un avance tecnológico para las redes de nueva generación que facilitarán la convergencia de los servicios de telecomunicaciones que se presten a través de ellas; independientemente de que éstas sean posturas particulares de su autora, no se desprende que a partir de la convergencia digital exista como tal únicamente el mercado de redes.

Por lo que hace a la cita del expediente CFT/DO3/USI/JU/1686/12, de la extinta Cofetel, así como la cita de la OCDE, estas simplemente confirman que la evolución tecnológica ha permitido que las nuevas redes se conviertan en redes multiservicios basadas principalmente

¹⁸⁴ / Sirve de apoyo a lo anterior el siguiente criterio judicial: "**MERCADO RELEVANTE. EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 33 BIS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, DEBE DEFINIRSE EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014).** El precepto citado establece un procedimiento que tiene una fase de investigación, iniciada de oficio o a petición de parte afectada, en la que la autoridad emite un acuerdo de inicio, cuyo extracto se publica en el Diario Oficial de la Federación, el cual deberá contener el mercado materia de la declaratoria, con el objeto de que cualquier persona coadyuve en el desarrollo de la investigación correspondiente (fracción III); una vez concluida, si se obtienen elementos para determinar la existencia de poder sustancial, procede la emisión de un dictamen preliminar (fracción V); con el que inicia una segunda fase, en la que intervienen agentes económicos con interés para manifestar y demostrar lo que a su derecho convenga (fracción VI); hecho lo anterior, la autoridad deberá emitir la resolución correspondiente (fracción VII); momento en el que se define el mercado relevante y, en su caso, la existencia de poder sustancial. Consecuentemente, el mercado materia de la declaratoria a que se refiere la fracción III del artículo citado y que se indica en el acuerdo de inicio, debe entenderse bajo un concepto genérico de mercado en el que se desarrolla la investigación y, con base en el que, al emitir la resolución definitiva, se delimitará el mercado relevante, que es un concepto técnico y específico disímil del concepto de mercado genérico". Localización: Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 8, Julio de 2014, Tomo II, Tesis: I.2o.A.E.5 A (10a.), Página: 1176.

en técnicas de conmutación de paquetes y protocolos de comunicación comunes, sin que lo anterior lleve a acreditar las pretensiones de GTV respecto a la determinación del mercado relevante.

Con relación a la cita del Anexo II, de la Ley de Telecomunicaciones de España (Ley 32/2003) es de recordar a GTV que al tratarse de una legislación extranjera, esta no es aplicable al derecho mexicano. Por otra parte, es de advertirse que, dicha norma fue abrogada.¹⁸⁵

6.8. Incorrecta definición del mercado relevante de conformidad con el artículo 58 de la LFCE.

GTV manifiesta que el mercado de redes está conformado por un gran número de redes públicas de telecomunicaciones que permiten prestar a los usuarios, a través accesos de las mismas, los servicios de voz, datos y video, ya sea por redes propias o de terceros, lo que hace que dichas redes sean sustitutas entre sí, por lo que a su decir tal definición cumple con diversas fracciones del artículo 58 de la LFCE.

Al respecto, adquiere especial relevancia el aclarar que, no existen elementos para concluir que lo esgrimido por GTV sea una posición determinante en el mercado del STAR. No obstante, a lo largo del análisis del numeral "III.4. Mercado Relevante", mismo que se reitera a continuación, es posible concluir que efectivamente la AI actuó conforme a lo dispuesto en el artículo 58 de la LFCE para definir el mercado relevante. Si bien la AI actuó en apego al precepto referido, sus conclusiones no se comparten por esta autoridad por motivos que se expresan en las conclusiones de la presente resolución.

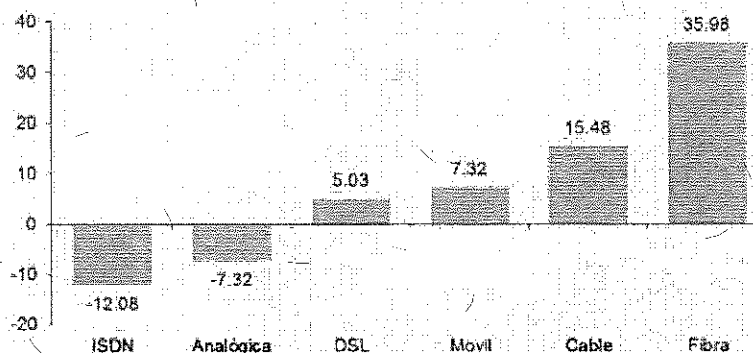
Por lo que hace a la fracción I, GTV manifiesta que en los dos últimos años, de acuerdo al reporte "OECD Telecomunicaciones Outlook 2013", el crecimiento de los puntos de acceso a las redes de telecomunicaciones se ha dado en fibra óptica, cable y tecnología móvil. Se reproduce de sus manifestaciones la siguiente gráfica al respecto. A su decir, esto es por sí mismo, indicativo de la sustituibilidad de las diferentes de redes de telecomunicaciones.

¹⁸⁵

https://www.boe.es/legislacion/legislacion.php?campo%5B0%5D=ID_SRC&dato%5B0%5D=&operador%5B0%5D=and&campo%5B1%5D=DEROG&operador%5B1%5D=and&campo%5B2%5D=TIT&dato%5B2%5D=ley+32%2F2003&accion=Buscar&checkbox_solo_fit=S&operador%5B2%5D=and&page_hits=40&sort_field%5B0%5D=PESO&sort_order%5B0%5D=desc&sort_field%5B1%5D=ref&sort_order%5B1%5D=asc

OCDE: Crecimiento porcentual en puntos de acceso por tipo de tecnología

2009-11



Fuente: OECD Telecommunications Outlook 2013, p.95.

Adicionalmente, por el lado de la oferta, las redes públicas de telecomunicaciones son perfectos sustitutos ya que todas ellas permiten la transmisión de cualquier contenido. Por lo anterior, el costo y el tiempo de ofrecer cualquiera de los tres servicios por cualquiera de las redes son bajos. Por tanto, los consumidores pueden utilizar las distintas redes para recibir los contenidos y servicios que demandan.

Parte del objeto de las reformas constitucionales es permitir a potenciales competidores o incluso competidores existentes prestar los servicios de telecomunicaciones a través de una RPT no propia, por lo que esto disminuye las restricciones normativas que existían anteriormente para la prestación de servicios de telecomunicaciones, ampliando las posibilidades del surgimiento de potenciales competidores o de que los competidores actuales presten servicios de telecomunicación adicionales a los que ya prestaban.

Por otro lado, y respecto a las manifestaciones de GTV relativas a que el crecimiento en los puntos de acceso a las redes de telecomunicaciones es indicativo de la sustituibilidad de las diferentes redes de telecomunicaciones a la que los consumidores se enfrentan, éstas no resultan correctas por las razones que se desarrollaron en el apartado "6.7. Convergencia" de la presente resolución.

La AI realizó un extenso análisis sobre la sustituibilidad del servicio de audio y video restringido, que va de la página 58 a la página 107 del Dictamen Preliminar, de conformidad con la fracción I del artículo 58 de la LCE, del que concluyó que *"el servicio relevante corresponde al servicio de televisión y audio restringidos, provistos a través de cualquier tecnología de transmisión"*.

Para arribar a dicha conclusión, la AI primero estableció que el STAR se provee a través de diversas tecnologías: i) medios de distribución cableados (par de cobre, cable coaxial y fibra óptica), incluida la tecnología IPTV; ii) vía satélite, también conocida como DTH y; iii) vía

microondas o MMDS. En seguida, se describieron los aspectos técnicos de cada una de las tecnologías de transmisión señaladas estableciendo algunas de las características comunes de las tecnologías de transmisión, lo que le permitió establecer un primer elemento para considerar que los STAR provistos a través de cualquier tecnología son sustitutos.¹⁸⁶

- Los concesionarios del STAR reciben las señales de varios proveedores quienes, usualmente, hacen llegar dichas señales de forma cifrada.
- Los concesionarios proveedores del STAR, utilizan un CC¹⁸⁷ para captar e integrar las señales y contenidos audiovisuales de los diferentes proveedores en sus distintos formatos.
- En el CC, la señal es decodificada, integrada o empaquetada y codificada de nuevo para su envío a los suscriptores.
- Los suscriptores deben contar con un aparato decodificador, así como con una conexión a la RPT del concesionario (el cual se puede dar a través de una antena de microondas o satelital, o a través de un cable).
- Todas las tecnologías arrojan estándares de calidad en el STAR similares, no obstante diferencias de capacidad de transmisión, distancias que soportan y susceptibilidad a interferencia.

Otro de los elementos que se analizaron para establecer que los STAR provistos a través de cualquier tecnología son sustitutos, fue lo relacionado con los aspectos comerciales, particularmente, las características de la oferta comercial y los modelos de negocio del STAR. Destaca del análisis que los usuarios contratan el STAR a través de métodos de comercialización similares (cambaceo, módulos o puntos de venta, telemarketing y a través de comisionistas mercantiles) y las condiciones de contratación son equivalentes: se debe contratar como mínimo un paquete básico y en caso de que los suscriptores deseen obtener más contenidos audiovisuales tienen la posibilidad de solicitar un mayor número de canales o programas bajo demanda por un pago adicional. En cuanto a los concesionarios proveedores del STAR, en la búsqueda de captar el mayor número de clientes, han configurado paquetes de canales muy similares en cuanto a la variedad y tipo de contenido, independientemente de la tecnología de transmisión que utilicen para proporcionar el servicio.¹⁸⁸

De la misma forma, se consideraron los aspectos normativos para proveer el STAR, a lo que destaca que los concesionarios, independientemente del medio de transmisión que utilicen, requieren de una concesión única, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la LFTR. En el caso de los operadores del STAR vía satélite, no adquieren una concesión de

¹⁸⁶ Página 69 del Dictamen Preliminar. Folio 13815 del Expediente.

¹⁸⁷ Las Cabeceras o CC, también denominadas Centros de Recepción, Transmisión y Control (CRC o CTC), son los sitios donde se reciben todas las señales a difundir en la red del concesionario que presta el STAR. En el CC también se administran las interconexiones con otras redes de transporte fijas y móviles, así como con los servidores de acceso a otros servicios, por ejemplo, telefonía e internet.

¹⁸⁸ Página 75 del Dictamen Preliminar. Folio 13818 del Expediente.

espectro radioeléctrico para la prestación del servicio pero deben contratar con un tercero los recursos orbitales que requieran, mientras que los concesionarios que prestan el servicio vía microondas sí requieren una concesión para el uso del espectro radioeléctrico. Por último, los operadores que ofrecen el STAR vía cable, a fin de desplegar sus redes cableadas, deben cumplir con los requisitos que establecen los gobiernos locales en materia de autorizaciones, permisos y pago de derechos de vía.

Finalmente, el DP concluye que a partir del análisis realizado, los STAR provistos mediante cualquier tecnología de transmisión se consideran sustitutos desde la perspectiva del usuario final. Si bien las manifestaciones de GTV no son suficientes para desvirtuar las consideraciones de la AI, tampoco es posible respaldar completamente las conclusiones de la AI, en virtud de que se reconoce la existencia de diversos paquetes que requieren de insumos diversos. Por una parte los paquetes Premium requieren de contenidos de mayor valor que aquellos ofrecidos en los paquetes básicos. En ese sentido, no existe información y análisis que permitan descartar que los diversos paquetes no constituyen segmentos diversos en los que la dinámica competitiva funciona de manera diversa como se indica en las conclusiones del presente documento.

En el análisis de sustituibilidad que realiza el DP de conformidad con la fracción I, del artículo 58 de la LFCE, también incluye el análisis de la posible sustitución entre el STAR y otros servicios que permiten acceder a contenidos audiovisuales, tales como: **i)** la televisión radiodifundida o televisión abierta; **ii)** los OTT; **iii)** el servicio de exhibición de películas en salas, así como la compra y/o renta de material audiovisual en diversos formatos, como lo son el CD, DVD y Blu ray; y **iv)** el empaquetamiento de servicios de voz, datos y video (triple play).

Respecto a la sustituibilidad entre el servicio de televisión abierta y el STAR, se realizó el análisis de sustitución tanto por el lado de la oferta como de la demanda y concluyó que cada uno de ellos pertenece a mercados distintos, por lo cual no se consideran sustitutos entre sí. Entre las razones que le permitieron llegar a tal conclusión destacan las siguientes:

- Mientras que el servicio de televisión abierta es gratuito, el de TV Restringida no lo es;
- La cantidad y la variedad de los contenidos audiovisuales a los que puede acceder el usuario a través de los dos servicios es diferente;
- Mientras que los usuarios del STAR requieren una relación contractual con el concesionario por lo que se establecen canales de comercialización para tal fin, estos canales no existen entre los usuarios de televisión abierta y los concesionarios;
- Empresas que ofrecen el servicio de televisión abierta tienen una posibilidad limitada de ofrecer el servicio del STAR debido a que tendrían que realizar ajustes importantes en su infraestructura y modelo de negocio.

En cuanto al análisis de sustitución entre el servicio de distribución de contenidos a través de internet (OTT) y el STAR, se realizó un amplio análisis del que concluyó que por las características específicas de cada uno de los servicios, éstos actualmente no son sustitutos. Entre las características de los OTTs que los hacen diferentes del STAR destacan principalmente que no todos los proveedores del servicio OTT incluyen canales de televisión en su servicio o

no incluyen todas las categorías ni los canales de mayor audiencia, se enfocan en ofrecer contenidos audiovisuales en catálogo, requieren del servicio de banda ancha y dispositivos de acceso al internet, los cuales actualmente en México muestran baja penetración, no requiere de una concesión para la operación de una RPT, entre otras. Desde la perspectiva de la oferta, para que las empresas de OTT pudieran ofrecer el STAR deberían desplegar la infraestructura necesaria, asumiendo los costos económicos y normativos que ello implica, lo que limita la sustitución por el lado de la oferta. Cabe señalar que en los apartados "*El servicio relevante que se analiza es el STAR*" y "*Los servicios OTT no son sustitutos del STAR*" se abordan, en contraste a las manifestaciones de GTV, las razones por las que los OTTs no son sustitutos del STAR para efectos del mercado relevante del presente procedimiento.

Respecto al análisis de sustitución entre el STAR y el servicio de exhibición de películas en sala y la venta o renta de películas grabadas en diversos formatos (Blu-Ray, DVD, etcétera) se determinó que no son sustitutos por las siguientes razones principales:

- La diferencia de precios entre los dos servicios es muy amplia;
- Los consumidores no pueden disponer en la misma medida de los contenidos de películas;
- La experiencia del consumidor es marcadamente diferente;
- Un proveedor del servicio de películas en sala o de venta tendría que ajustar su infraestructura para proveer el STAR, particularmente, desplegando una RPT, lo que implica una limitación de infraestructura y normativa.

Finalmente en el DP se analiza si la provisión conjunta de los servicios de telefonía, acceso a Internet y el STAR (Triple play) constituye un solo mercado relevante o si el STAR configura un mercado independiente. Desde la perspectiva del consumidor, los servicios de telefonía fija, acceso a Internet y el STAR, satisfacen necesidades diferentes, de manera que no resultan sustitutos entre sí. Destaca que los usuarios tienen la posibilidad de adquirir cada uno de estos servicios de manera separada, y para el año dos mil catorce sólo una baja proporción de los consumidores contrata el STAR de manera conjunta con el de telefonía y/o acceso a Internet, mientras que aproximadamente 81.4% (ochenta y uno punto cuatro por ciento) de los suscriptores contrata el STAR de manera individual, de acuerdo a la información proporcionada por los agentes económicos que proveen el STAR en las áreas geográficas donde tiene efectos la concentración.¹⁸⁹ Una razón principal de esto es que los proveedores del STAR a través de la tecnología satelital (DTH) enfrentan limitaciones económicas y técnicas para proveer los servicios de internet y telefonía. Por el lado de la oferta, en general, la provisión de un servicio adicional requiere que los concesionarios realicen adecuaciones específicas en su infraestructura, las cuales pueden resultar muy costosas. Por otro lado, cada uno de los servicios que conforman el Triple Play requiere de insumos particulares y que no se comparten con el resto de servicios, tal es el caso de los contenidos audiovisuales que son un insumo relevante para el STAR y no así para los servicios de telefonía fija y acceso a internet.

¹⁸⁹ Tabla 18 del Dictamen Preliminar. Folio 13832 del Expediente.

Por lo anterior, el DP concluye que los tres servicios de manera conjunta no forman parte del mismo mercado relevante y por tanto el STAR configura un mercado relevante en sí mismo.

Resultado del análisis realizado de conformidad con la fracción I del artículo 58 de la LFCE) la AI concluyó que el servicio relevante es el de televisión y audio restringidos.

Por lo que hace a la fracción II del artículo 58 de la LFCE, GTV manifiesta que dado que las redes de telecomunicaciones requieren de su tendido hasta los domicilios de los usuarios cuando son alámbricas, o con la suficiente infraestructura de transmisión en el caso de las inalámbricas, no es factible su distribución o importación de sustitutos sin montos importantes de inversión. Es precisamente por esta razón, manifiesta GTV, que es oportuno y necesario evaluar el nivel de competencia existente en el mercado de redes y la capacidad de los participantes de competir eficaz y creíblemente con el agente económico preponderante en el sector telecomunicaciones, América Móvil.

Por lo que hace a la fracción III, del artículo 58, de la LFCE, GTV manifiesta que las redes públicas de telecomunicaciones de naturaleza fija son utilizadas en el ámbito de la localidad, en función de las concesiones otorgadas, mientras que las redes inalámbricas tienen una cobertura nacional. Los costos para el desarrollo de las redes públicas de telecomunicaciones y los insumos relevantes para ello varían en función del costo de la infraestructura para el tendido (o alquiler) de cables, así como el costo del espectro radioeléctrico y del equipo para la transmisión de señales de satélite.

La interconexión es un insumo relevante para que operen todos los servicios de las redes públicas de telecomunicaciones. Los usuarios y consumidores pueden acudir a los diferentes proveedores de servicios de redes públicas de telecomunicaciones en la medida que éstas existan y estén bien desarrolladas.

Finalmente, GTV manifiesta respecto a la fracción IV, del artículo 58, de la LFCE, que las barreras normativas para entrar a este mercado y la operación de redes públicas de telecomunicaciones requieren del otorgamiento de concesiones por parte de la autoridad. De acuerdo al artículo Cuarto Transitorio de las reformas constitucionales y la LFTR, los concesionarios de una RPT podrán ofrecer todo tipo de servicios de telecomunicaciones a través de las mismas.

Las reformas constitucionales y la LFTR permiten a potenciales competidores o incluso competidores existentes prestar los servicios de telecomunicaciones a través de una RPT no propia permitiendo un verdadero mercado de redes, ampliando las posibilidades del surgimiento de potenciales competidores o de que los competidores actuales presten servicios de telecomunicación adicionales a los que ya prestaban a través de la utilización de otras redes públicas de telecomunicaciones.

GTV basa su análisis de cada una de las fracciones del artículo 58 de la LFCE, a partir de una premisa equivocada, consistente en que el mercado relevante es el de redes, por tanto únicamente puede arribar a conclusiones equivocadas. Es claro que el servicio relevante definido a partir de la fracción I del artículo citado no enfrenta alternativas de abastecimiento

desde otras regiones y del extranjero en términos de la fracción II del mismo precepto, lo cual no es un elemento suficiente que pueda hacer valer GTV para considerar que el agente económico preponderante en telecomunicaciones AMX participa en el mercado relevante del STAR. Los agentes económicos que proveen el servicio relevante del STAR son los concesionarios de una RPT listados en la Tabla 6 "*Concesionarios del STAR*" del Dictamen Preliminar.¹⁹⁰

Las manifestaciones de GTV respecto a que los consumidores pueden acudir a los diferentes proveedores de servicios de redes públicas resultan gratuitas y no presentan ningún elemento de valoración respecto a los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados. De lo anterior se deduce que GTV parte de la premisa equivocada de un mercado relevante de redes; sin embargo, esta premisa no tiene sustento como se ha señalado en apartados anteriores.

Respecto a la posibilidad que quedó establecida en el marco normativo actual para que prestadores de servicios obtengan una concesión única para participar en el mercado de telecomunicaciones no es un elemento suficiente para determinar que el mercado relevante es el de redes además de que GTV no otorga mayores elementos con los que sustente sus afirmaciones más allá de los argumentativos.

Respecto al resultado del análisis que la AI realizó de conformidad con las fracciones II, III, IV y V, del artículo 58, de la LFCE, a fin de delimitar la dimensión geográfica del mercado relevante, es posible concluir que dado "*que la cobertura geográfica que se establece en los títulos de concesión para los operadores de redes cableadas y de microondas es, principalmente, por municipio y/o población, (...) se adoptó como unidad geográfica de análisis el municipio*"¹⁹¹. A continuación se presentan las razones principales que sustentan dicha conclusión.

Fracción II, artículo 58 de la LFCE: "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;"

Para proveer el STAR, un concesionario requiere que su RPT esté desplegada hasta el domicilio del usuario final, por lo que los costos de distribución asociados a la provisión del STAR son los costos asociados a instalar una RPT. Así, la capacidad de un concesionario para entrar a proveer el servicio a un municipio (efecto sustitución de la oferta), dependerá de su capacidad para desplegar una RPT en dicha dimensión geográfica, la cual se ve limitada por los costos que implican en términos de tiempo y dinero atender las cuestiones normativas y físicas:

¹⁹⁰ Página 45 del Dictamen Preliminar. Folio 13803 del Expediente.

¹⁹¹ Página 120 del Dictamen Preliminar. Folio 13840 del Expediente.

- Las limitaciones físicas para desplegar la RPT a las que se enfrenta un concesionario que provee el STAR dependen del medio de transmisión que utiliza para dar el servicio. Por ejemplo, el despliegue de cableado y colocación de nueva infraestructura y equipo, derechos de vía y contratación de mano de obra y ventas, para los proveedores por cable; para los proveedores por microondas, incrementar el tamaño y cobertura de la RPT implica invertir en repetidores y amplificadores que transmitan las señales desde el CC hasta los domicilios de los usuarios en las poblaciones donde se desea ampliar el área de cobertura; gastos en fuerza de venta adicional y personal para proveer apoyo técnico y atención a clientes, entre otros, en el caso de los proveedores vía satelital, que no requieren de gastos en infraestructura adicionales.
- Las limitaciones normativas para proveer el STAR, son las asociadas a los títulos de concesión que se requieren para poder prestar el servicio y que también dependen de la tecnología empleada para transmitir el servicio. Por ejemplo la concesión única (artículo 3, fracción XII de la LFTR) y la concesión de espectro radioeléctrico.

Por tanto, de acuerdo con el DP, la dimensión geográfica del mercado relevante desde el punto de vista de la oferta, es local, ya que una expansión de la RPT para abarcar un municipio adicional tiene limitaciones en términos de tiempo y erogaciones importantes de recursos financieros. Sin embargo, no es posible determinar si la dimensión geográfica efectivamente es local cuando existe un operador que no establece sus precios de acuerdo a localidades en específico, sino a nivel nacional.

Fracción III, artículo 58 de la LFCE: *"Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;"*

Los usuarios del STAR sólo pueden acudir a los proveedores con capacidad de infraestructura y normativa para la provisión del servicio en la zona en donde se encuentre ubicado su domicilio, lo que determina la existencia de una oferta heterogénea en términos de: i) cuáles y cuántos proveedores están presentes en su población; ii) las condiciones de la oferta disponible (número de canales y precio, canales locales de TV abierta); y iii) la calidad del servicio de la oferta disponible en su población. Esto hace que incluso los paquetes de un mismo concesionario puedan variar en precio y número de canales en distintos municipios.

Si se toma en cuenta solo a los proveedores del STAR vía satélite, se podría considerar la dimensión geográfica como nacional, debido a que éstos, en general, no varían el número de canales ni el precio por área geográfica. Sin embargo, esta Autoridad advierte que no existe un análisis de la dinámica competitiva desde el lado de la oferta en la que se pondere la situación descrita.

Fracción IV, artículo 58 de la LFCE: *"Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos;"*

No existen restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de los usuarios finales a fuentes de abasto alternativas, en todo caso, las restricciones

para abastecerse de otras fuentes están determinadas por las condiciones de la oferta disponible en las zonas geográficas en donde se encuentre el domicilio donde los usuarios quieran recibir el servicio. Tampoco existen restricciones normativas que limiten el acceso de los proveedores de este servicio a clientes alternativos, dentro de la zona en donde están autorizados a prestar sus servicios, si bien los concesionarios que proveen el STAR por cable o microondas se pudieran enfrentar a una serie de trámites para acceder a clientes ubicados fuera de las zonas que tienen concesionadas, éstos no constituyen una barrera en términos del precepto legal analizado.

"V. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión."

Las DRLFCE no establecen criterios técnicos adicionales a tomar en consideración para determinar el mercado relevante.

Como resultado del análisis de las fracciones I a V del artículo 58 de la LFCE, en el DP se concluye que el mercado relevante corresponde a la provisión del servicio de televisión y audio restringidos, a través de cualquier tecnología de transmisión.

No obstante, respecto a la dimensión geográfica de los Mercado Relevantes del STAR esta Autoridad advierte que el DP determinó que corresponde a los 102 (ciento dos) municipios involucrados en la concentración.

Este Pleno considera que no se debió partir para la definición de la dimensión geográfica del ámbito donde se llevó a cabo la concentración, pues el propósito del procedimiento de poder sustancial que establece el artículo 96 de la LFCE es determinar si existe un agente económico con poder sustancial en un mercado relevante. Por tanto metodológicamente el DP debió primero determinar la dimensión geográfica y la dimensión de servicio del mercado relevante y, con base en ellos evaluar si existe un agente económico con poder sustancial de mercado, pero no restringirse únicamente al ámbito geográfico en el que ocurrió la concentración.

Una vez establecida la omisión metodológica del DP, se considera que para realizar el análisis para determinar si un agente económico cuenta con la capacidad de fijar precios, se debió considerar esa capacidad no solo en el ámbito geográfico en donde tuvo efectos la concentración, sino en un ámbito geográfico mayor que hubiera resultado de analizar que GTV tiene presencia en más localidades de las analizadas en el DP, situación que podría influir significativamente en el análisis. Además, en el Expediente no se encuentran elementos para verificar cómo es que los agentes económicos determinan sus precios y ofertas de servicios a nivel local, como se determinó la dimensión geográfica del mercado relevante en el DP, por lo que no es posible concluir que el PSM se presenta a nivel local.

Conforme a lo anterior, los elementos contenidos en el Expediente permiten prever que, por lo menos en cuanto a las plataformas satelitales que proveen el STAR, sus precios y la composición de sus servicios son uniforme a nivel nacional y no exhiben diferencias en el

ámbito local. Tampoco se tienen elementos que permitan determinar cómo es que la participación de los demás proveedores que operan redes terrestres (por ejemplo cable) y sus estrategias para determinar sus precios y composición de las ofertas comerciales del STAR impactan en los proveedores satelitales y viceversa. Es en este sentido, se debió tomar en consideración que los proveedores que operan plataformas satelitales, quienes a junio de dos mil quince tienen el 55.2% (cincuenta y cinco punto dos por ciento) de los suscriptores a nivel nacional, determinan sus precios y la composición del STAR (i.e. el número de canales por paquete y servicios accesorios) a nivel nacional¹⁹² a fin de llevar a cabo una determinación sobre la dimensión geográfica.

Al respecto, se señala que la sustitución del lado de la oferta por parte de los operadores de DTH puede representar una restricción a las posibilidades de incrementos locales en los precios. Esto debido a que el bajo costo para expandir la oferta de un operador de DTH (comercializar e instalar codificadores) y una mínima limitante geográfica para su comercialización, implican que los oferentes de DTH podrían tener la capacidad de expandir su operación, por lo menos en la dimensión técnica.

Respecto a la composición de las ofertas comerciales del STAR, si bien el DP acredita que existen distintas categorías, no analiza la dinámica competitiva que puede derivar de dicha diferenciación. Es cierto que un paquete básico no tiene el mismo contenido de canales que uno de categoría Premium y tampoco se ofrecen a los mismos precios. En consecuencia, el análisis debió explicar por qué forman parte del mismo servicio relevante si los atributos y los precios no permiten prever que sean completamente sustitutos entre sí para los usuarios finales. Debido a que la oferta de paquetes del STAR está diferenciada con base en los atributos de los paquetes y la valoración y disposición a pagar de los usuarios, por ejemplo, básicos, Premium y otros, debió analizarse la posibilidad de que tal categorización diera lugar a una dinámica competitiva distinta entre éstos, ya sea dentro de un mismo mercado relevante o dimensiones geográficas más amplias, en particular, tomando en cuenta que los operadores de DTH determinan sus paquetes y precios a nivel nacional.

Es de esperarse que en el servicio de bajo costo los suscriptores perciban los paquetes ofrecidos por los operadores como intercambiables, por lo que la competencia sería más intensa intra-categoría. Por su parte, en la categoría Premium los paquetes incluirían contenidos exclusivos de alto valor para clientes con mayor disponibilidad a pagar en condiciones de menor intensidad de la competencia. Lo anterior, no fue completamente analizado en el DP, por lo que se estima que al existir categorías y dinámicas competitivas distintas en cada categoría y entre categorías, esto impacta en la determinación de precios, dado que este análisis es necesario también para que esta autoridad pueda verificar si efectivamente la capacidad que GTV tiene para contratar contenidos audiovisuales exclusivos disponibles en la categoría Premium del STAR le brinda una ventaja que sus competidores no pueden replicar.

¹⁹² Segundo Informe Trimestral Estadístico 2015 del IFT.

El DP menciona la posibilidad de la contratación exclusiva de contenidos como una barrera a la entrada al segmento Premium, aun para operadores que ya están presentes en el segmento de bajo costo. Sin embargo, el análisis de competencia realizado en el DP no fue suficiente para poder concluir sobre diferencias entre segmentos y sus dinámicas competitivas. En particular, si en efecto, el acceso a los contenidos Premium generan una ventaja a GTV que limita la capacidad de los demás participantes para competir, ya sea en la provisión del STAR sin importar el paquete específico como lo propone el DP, o bien, si esas ventajas son específicas para un solo segmento.

Asimismo, si bien el DP menciona una hipótesis según la cual GTV habría buscado evitar la entrada de Dish al segmento Premium a partir de ofertas de bajo costo o "marcas de combate", dicha hipótesis no se sustentó adecuadamente ni se respaldó con evidencia empírica.

6.9. Incorrecto Análisis de Sustituibilidad de los Servicios.

GTV manifiesta que en la Sección "III.4.2.2.2. Servicio de distribución de contenido a través de Internet (OTT) como posible sustituto del STAR" del Dictamen Preliminar,¹⁹³ la AI describe al servicio OTT y analiza su posible sustitución tanto por el lado de la demanda como por el de la oferta, arribando a conclusiones erróneas por no considerar elementos actuales en el mercado.

La AI acotó su investigación a proveedores de STAR sin realizar un análisis exhaustivo de otras posibles tecnologías sustitutas tales como los OTT haciendo una evaluación parcial y poco fundamentada. El DP no agotó todos los medios para recabar información y conocer el servicio de OTT a profundidad, así como a los agentes económicos que prestan el servicio OTT, para determinar la posible sustitución con los STAR. Prueba de ello son:

- De la Tabla 1 y 2 del DP se desprende que no se requirió información a ningún agente económico que ofrezca servicio OTT y que no ofrezca otro tipo de servicios de telecomunicaciones, siendo que existen varios proveedores de dicho servicio. Más aún, si bien del Dictamen Preliminar se desprende que la AI utilizó información del expediente de investigación AI/DC-001-2014, es importante señalar que incluso en éste únicamente se requirió información a un par de agentes económicos que ofrecen servicios de OTT de manera independiente a otros servicios de telecomunicaciones y ninguno de éstos fue uno de los principales proveedores de OTT, [REDACTED] quien ha reportado más de [REDACTED] en México, y que por tanto resultaba de vital importancia conocer su información y punto de vista.
- De las Tablas 1 y 2 se desprende que la AI requirió información de al menos dos cámaras o asociaciones relacionadas con la prestación de servicios de audio y video asociado a través de tecnología por cable, mientras que no solicitó a ninguna asociación o cámara relacionada a la prestación de los mismos servicios vía Internet como puede ser la

Asociación Mexicana de Internet, A.C. Lo mismo se desprende del expediente de investigación AI/DC-001-2014 por lo que no tuvo conocimiento de puntos de vista e información relevante para considerar a los OTT como posibles sustitutos del STAR.

- La Tabla 11 contenida en la página 78 (setenta y ocho) del DP se desprende que no se solicitó ni se valoró la percepción que tienen los proveedores de servicios OTT; y,
- La Tabla 13 contenida en la página 89 (ochenta y nueve) del DP se desprende de la fuente que su análisis de la posibilidad de sustitución de toda una tecnología que como lo reconoció el propio legislador ha generado cambios significativos en el mercado relevante debido a los avances tecnológicos se limitó a la información proporcionada por un único agente económico.

Esta autoridad encuentra que lo anterior se trata de manifestaciones generales que de ninguna forma tienen por objeto pronunciarse sobre cuestiones de competencia efectiva o el poder sustancial determinado a GTV en los Mercados Relevantes, ni cuestiona la información y aplicación en lo sustancial y concreto de los hechos y criterios metodológicos o regulativos utilizados en el Dictamen Preliminar.

GTV señala que la AI arribó a conclusiones incorrectas por no considerar elementos actuales en el mercado; sin embargo, omite expresar cuáles son los elementos que a su decir fueron omitidos y con los cuales la AI pudo arribar a conclusiones diversas a las establecidas en el Dictamen Preliminar, a efecto de que esta autoridad las considerara en la presente resolución. Debe observarse que GTV señala de manera particular la omisión por parte de la AI de analizar de manera exhaustiva otros posibles sustitutos del STAR, particularmente los OTT; no obstante, tal afirmación está precedida por el reconocimiento expreso por parte de GTV de que la AI describió los OTT y analizó su posible sustitución tanto por el lado de la oferta como de la demanda.

GTV afirma que la AI no recabó información suficiente para conocer el servicio OTT y los agentes económicos que prestan dichos servicios. No obstante, como se muestra en el apartado "III.4.2.2.2." del DP, la AI presenta por un lado una descripción del servicio OTT respecto a la cual GTV no presenta manifestación alguna, y por el otro un análisis de proveedores de OTT que transmiten contenidos que podrían ser considerados potenciales sustitutos del STAR. Más aún, en la página 109 (ciento nueve) del DP, se evidencia que la AI sí valoró la percepción de los proveedores de OTT:

"Por otro lado, algunos agentes económicos que proveen estos servicios realizaron algunas manifestaciones al respecto. Por ejemplo, DISH Móvil indicó que, tanto los hábitos de los consumidores, como las circunstancias tecnológicas (baja penetración y calidad de la banda ancha), hacen que en México los servicios OTT y los STAR sean considerados actualmente como complementos y no como sustitutos. Por su parte, Cinépolis Klic señaló que no considera como sus competidores a los oferentes del STAR, toda vez que éstos ofrecen: i) contenido diferente; ii) televisión lineal (no bajo demanda) y iii) solamente están disponibles en televisores, no en otros dispositivos como PC's, tablets, teléfonos, etc.

Las consideraciones señaladas por las empresas que proveen el servicio OTT y el STAR son coincidentes con la conclusión del análisis precedente, en el sentido de que dichos servicios no se consideran como sustitutos desde la perspectiva del consumidor."

Como se observa del apartado referido del DP, los elementos analizados resaltan diferencias entre el STAR y los OTT que permiten concluir que dichos servicios no son sustitutos y por lo tanto no forman parte del mismo mercado relevante.

6.9.1. Acceso al STAR y al OTT

La AI señala que para acceder al OTT el usuario requiere contar con el servicio de acceso a Internet de banda ancha, así como con algún dispositivo con acceso a Internet. Asimismo, señala que el usuario requerirá pagar un monto periódico que 'puede' resultar superior al de STAR si se compara con el paquete básico del STAR, ya que tienen que pagar el precio para acceder al servicio de acceso a Internet, así como el precio del servicio del OTT.

Por otro lado, señala que contrariamente el usuario de los servicios STAR únicamente requiere establecer una relación contractual con el concesionario que provee el servicio, quien proporcionará los medios técnicos para acceder a su RPT a cambio de un pago periódico.

A efecto de analizar a detalle las diferencias de acceso al servicio señaladas por la AI, a continuación se presenta un cuadro con las diferencias de cada servicio:

Requisitos de Acceso al Servicio por parte del Usuario de acuerdo con los criterios del IFT	
OTT	STAR
Requiere contar con acceso a Internet	—
Requiere un dispositivo con acceso a Internet	—
Pago periódico	Pago Periódico
Costo de acceso a Internet y costo de servicio OTT	—
—	Relación contractual

Como se desprende de la representación gráfica anterior, pareciera que los OTT únicamente comparten una característica con los STAR. No obstante, como se desprende de la siguiente tabla, la AI omitió considerar elementos adicionales de los OTT que resultan fundamentales para hacer una correcta evaluación de su sustituibilidad.

Requisitos de Acceso al Servicio por parte del Usuario en términos del Mercado	
OTT	STAR
Ambos requieren contar con una RPT, lo cual es consistente con lo dispuesto por el legislador en la definición de mercado relevante.	
Ambos requieren un dispositivo que les permita el acceso a la RPT.	
Ambos requieren realizar un pago periódico.	
El costo del servicio puede variar en atención a los productos contratados. Como se demuestra a continuación, el costo de recibir OTT por lo regular es incluso más económico que recibir STAR.	
Ambos requieren tener una relación contractual con el proveedor del servicio.	

Esta autoridad encuentra que las manifestaciones de GTV anteriores carecen de sustento, toda vez que la AI sí analiza los distintos elementos señalados por GTV como omisos. Respecto a la necesidad de que el STAR y los OTT cuenten con una RPT, la AI señaló en el DP:

(El STAR):

*"Es un servicio final que se presta mediante una relación contractual entre los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones (oferentes) y los suscriptores (demandantes)"*¹⁹⁴.

(...)

*Es un servicio que se distribuye a través de redes públicas de telecomunicaciones (RPT), por lo que puede ser provisto mediante de (sic) diversas tecnologías de transmisión (medios de distribución cableados, satélite y microondas)"*¹⁹⁵

(Los OTT)

*"El proveedor da tratamiento a los contenidos de tal forma que los pone en medios de almacenamiento en línea a disposición de los usuarios, quienes utilizan la RPT de un tercero para conectar sus dispositivos a Internet y así acceder al contenido audiovisual deseado"*¹⁹⁶.

La cita anterior también evidencia que la AI reconoce la necesidad de que los usuarios OTT cuenten con dispositivos que les permitan acceder a la RPT; en este sentido, y por lo que respecta al STAR, la AI señaló en el DP:

¹⁹⁴ Página 50 del Dictamen Preliminar. Folio 13805 del Expediente.

¹⁹⁵ Página 51 del Dictamen Preliminar. Folio 13806 del Expediente.

¹⁹⁶ Página 88 del Dictamen Preliminar. Folio 13824 del Expediente.

*"Es un servicio de acceso restringido, en el cual los oferentes del servicio codifican las señales transmitidas, para que sólo puedan ser utilizadas por los usuarios finales que cuenten con los dispositivos decodificadores correspondientes, que el proveedor proporciona y autoriza utilizar."*¹⁹⁷

Respecto a la relación contractual y la existencia de pagos periódicos tanto para OTT como el STAR, la AI señaló en el DP:

*"Al consumir el STAR, los usuarios pueden adquirir un paquete básico que incluye un número determinado de canales a un precio fijo, por el plazo que el contrato estipule."*¹⁹⁸

"En general, los servicios OTT se pueden dividir de acuerdo a su modelo de negocio y el tipo de contenido audiovisual que ofrecen. El modelo de negocio puede ser:

- a) Transaccional: (...)*
- b) Por suscripción: (...)*
- c) Respalados por publicidad: (...)."199*

Como se puede observar, la manifestación de GTV respecto a que ambos servicios, STAR y OTT, requieren realizar un pago periódico, es cierto para los servicios STAR pero no necesariamente cierto para los OTT, los cuales pueden estar basados en publicidad, ser transaccionales o por suscripción, como se analiza en la página 89 (ochenta y nueve) del DP.

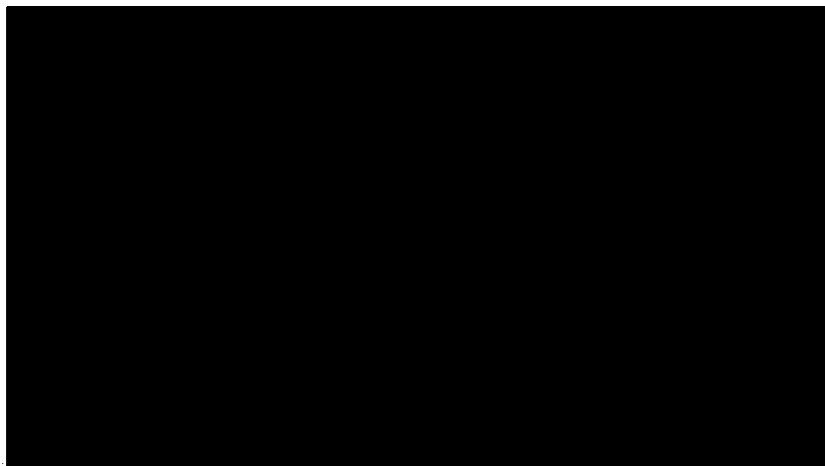
La diferencia señalada anteriormente es sólo una de las resaltadas por la AI que, en conjunto, le llevan a concluir que los servicios en cuestión no son sustitutos, pese a que existen algunas características similares. De cualquier modo, esta situación no desvirtúa el hecho de que el acceso a un servicio OTT invariablemente dependa de un servicio de acceso a internet de banda ancha.

Por lo que hace a la supuesta diferencia en el costo de los servicios, a continuación se presenta una tabla con un comparativo del costo final que representa para un usuario contratar el servicio de OTT contra un servicio de paquete básico de STAR, considerando que el costo de los paquetes básicos de los STAR puede variar significativamente dependiendo de la tecnología utilizada para prestarlos y el proveedor, en ese sentido el comparativo se hace únicamente con el precio del servicio básico de SKY para efectos ilustrativos.

¹⁹⁷ Página 50 del Dictamen Preliminar. Folio 13805 del Expediente.

¹⁹⁸ Página 53 del Dictamen Preliminar. Folio 13807 del Expediente.

¹⁹⁹ Páginas 88 y 89 del Dictamen Preliminar. Folio 13824 y 13825 del Expediente.



Como se desprende del cuadro anterior, el costo de los servicios de audio y video asociado a través de RPT es similar. Más aún, no es correcto equiparar el costo de un OTT sumando el costo total del servicio de acceso a Internet toda vez que dicho servicio es un servicio independiente que brinda al usuario servicios adicionales que solo recibir audio y video asociado.

Según lo manifestado por GTV, el costo o precio del servicio OTT al usuario es el único precio a tomar en cuenta para efectos de comparación con el servicio STAR. De esta forma, afirma GTV, el OTT tendría un precio similar al del servicio STAR. Sin embargo, GTV no presenta argumentos en favor de un precio aislado de OTT como el precio relevante para efectos de comparación más allá de calificar a la banda ancha como un servicio independiente del OTT.

Si bien la conexión de banda ancha puede tener usos alternativos distintos al de transmisión de servicios OTT, para algunos usuarios la adquisición de la banda ancha es parte del costo total para acceder a un servicio OTT. En particular, para los usuarios potenciales que no tienen actualmente banda ancha, el precio de acceder a los servicios de OTT es cercano o igual a la suma de los precios de banda ancha y OTT.

Luego entonces, un usuario que demanda contenido de servicios OTT percibe el precio de dicho servicio conformado por el pago al proveedor de OTT y el pago correspondiente al proveedor de banda ancha. Lo anterior es especialmente cierto de aquellos usuarios que no tienen acceso a Internet de banda ancha y que tendrían que contratar dicho servicio para poder disfrutar del servicio de OTT. De esta forma, se justifica el que, para efectos de sustitución y comparación, el DP haya considerado que el precio total del OTT, visto por los consumidores, debe incluir el costo de la banda ancha.

Para determinar el servicio relevante, es necesario considerar las posibilidades de sustituir el STAR con otros servicios, como la expresa el artículo 58, fracción I, de la LFCE. El servicio de Internet de banda ancha con velocidad suficiente es indispensable para tener acceso al

servicio de OTT y en tal sentido se requiere considerar su costo para efectos de analizar la posible sustitución.

La AI realizó un análisis sobre el precio y la disponibilidad de los servicios OTT. En todos los casos señalados por GTV, desde Crackle hasta Veo, se tiene que contratar una conexión de banda ancha. Como lo presenta el DP, si se toma en cuenta el servicio de menor precio para cualquier usuario, de los proveedores OTT (Claro video), aunado al costo de banda ancha fija de Telmex. Por ejemplo, se tiene que el precio final para acceder al contenido de Claro Video es de \$344 mensuales. Lo anterior significa un costo superior a Dish Junior, [REDACTED] y SKY Básico, lo que permite descartar lo que señala GTV.²⁰⁰

6.9.2. Experiencia del Usuario.

GTV manifiesta que en la página 93 (noventa y tres) del DP se indica que la experiencia del usuario de un OTT al consumir este servicio puede ser distinta al que obtiene al consumir el STAR. Dicha conclusión se fundamenta en (i) la calidad de la transmisión del OTT (medida en términos de nitidez de la imagen, intermitencias del servicio, tiempo de espera para acceder al contenido, etc.), misma que está determinada por la capacidad de conexión a Internet de banda ancha; y (ii) el número de dispositivos por el cual el usuario puede acceder al servicio OTT y el tamaño de la pantalla de los mismos.

Si bien la experiencia del usuario de un OTT puede ser distinta, esta diferencia en la mayoría de los casos es benéfica para el usuario por lo que debiera considerarse como un elemento a favor de la sustituibilidad entre los OTT y los STAR y no al contrario.

Por lo que hace al punto (i), a continuación se presenta un comparativo de las diferencias en la calidad del servicio entre un OTT y los STAR:

	OTT	Cable	DTH	MMDS	IPTV
Nitidez de imagen	SD, HD, UHD Y 4K	SD, HD, UHD Y 4K	SD, HD, UHD Y 4K	SD, HD	SD, HD, UHD Y 4K
Continuidad del servicio	Alto Con variaciones de acuerdo al ancho de banda disponible	Alto	Alto Depende de factores climáticos (lluvia)	Alto Depende de factores climáticos (lluvia)	Alto
Ancho de banda necesario	0.5 Mbps - 25 Mbps La imagen se adapta al ancho de	0.8 - 20 Mbps por canal Dependiendo de la nitidez de	2.5 - 12.5 Mbps por canal Dependiendo de la nitidez de	2 - 15 Mbps por canal Dependiendo de la nitidez de imagen ofrecida	8 - 20 Mbps por canal Dependiendo de la nitidez de imagen ofrecida

	OTT	Cable	DTH	MMDS	IPTV
	banda disponible	imagen ofrecida	de imagen ofrecida		
Terminal del usuario final	Decodificador + TV, tableta, PC, Smartphone, consolas de videojuegos	Decodificador + TV	Decodificador + TV	Decodificador + TV	Decodificador + TV
Crecimiento de tecnología en México*	Muy alto >50%	Bajo <10%	Medio 10-20%	En desaparición	Medio 10-20%
Contenido bajo demanda	PPE y VoD	PPE y VoD	PPE	PPE	PPE y VoD
Facilidad de instalación	Inmediata si existe banda ancha disponible	Instalación especializada	Instalación especializada	Instalación especializada	Instalación especializada o inmediata si existe banda ancha disponible
Posibilidad de movilidad del cliente	Alta	Nula	Nula	Nula	Nula

*Fuente: Dataxis

De la tabla anterior, se desprende que si bien existen diferencias en la calidad del servicio, estas variaciones existen en todas las tecnologías por lo que será un elemento que el usuario debe considerar al contratar uno u otro servicio.

Por otra parte, al momento de hacer el análisis de sustitución entre los diferentes STAR, en el DP reconoce diferencias entre la calidad de la transmisión de cada uno de los STAR, como IPTV²⁰¹ y DTH.²⁰² La posibilidad de que existan posibles interrupciones en el servicio o incluso el retraso en la provisión del mismo no es suficiente para considerar que dichos servicios no son sustitutos.

201

GTV cita la página 77 del DP. Folio 13819 del Expediente.

202

GTV cita la página 79 del DP. Folio 13820 del Expediente.

Aunado a lo anterior, dado que el costo de los servicios OTT es menor, es dable asumir que los usuarios estarán dispuestos a tolerar dichas diferencias a cambio de un ahorro el costo del servicio de audio y video asociado.

Por lo que hace al punto (ii), el hecho de que el OTT tenga la posibilidad de ofrecer a sus usuarios medios alternativos para acceder a los servicios de audio y video asociado, no implica que no sea sustituto de los STAR porque el usuario tiene la posibilidad de recibir los servicios de OTT en una televisión al igual que el resto de los STAR; sin embargo, amplía los beneficios al usuario para que éste elija métodos alternos para recibir los servicios.

De igual forma, todos los servicios de audio y video asociado a través de una RPT tienen otras diferencias en cuanto a la experiencia del usuario que los caracterizan y distinguen uno del otro.²⁰³ Cada medio de transmisión genera experiencias distintas al usuario sin que ello implique que no deban considerarse como sustitutos.

Esta autoridad considera que las manifestaciones son imprecisas puesto que la determinación por parte de la AI en cuanto a que los OTT y el STAR no son sustitutos no se basa únicamente en las diferencias de calidad entre OTT y STAR.

Por lo que respecta a las diferencias en calidad del STAR a través de distintas tecnologías (cable, IPTV, DTH y MMDS), la AI señaló en el DP, luego de analizar a cada una de ellas, que:

"Todas las tecnologías arrojan estándares de calidad en el STAR similares, a pesar de las diferencias que presentan en términos de capacidad de transmisión, distancias que soportan y susceptibilidad a interferencia.

*En suma, es posible concluir que las tecnologías de transmisión disponibles señaladas anteriormente, permiten generar servicios de televisión y audio restringidos con características equivalentes para el usuario, de tal forma que éste puede disfrutar de los servicios provistos con un nivel de satisfacción similar. Este es un primer elemento para considerar que los STAR provistos a través de cualquier tecnología son sustitutos."*²⁰⁴

En cuanto a las diferencias en calidad entre OTT y STAR, la AI destacó que éstas se dan por la baja "velocidad de bajada promedio" en el servicio de Internet de banda ancha:

"(...) Además, la calidad del servicio es de las más bajas entre los países miembros. En México la velocidad de bajada promedio en el servicio de Internet de banda ancha, es de 11,221 Mbit/s y la mediana es de 5,120 Mbit/s.²⁰⁵ Estas cifras se encuentran muy por

²⁰³ GTV señala que en la páginas 64 y 65 del DP se reconoce: "la posibilidad de enviar la señal en segmentos, lo que permite al usuario, por ejemplo, reproducir una película desde la mitad antes de transmitir el contenido previo".

²⁰⁴ Páginas 69 del Dictamen Preliminar. Folio 13815 del Expediente.

²⁰⁵ Respecto de la calidad del servicio de banda ancha en México, el informe de la OCDE 2012 (Review of Telecommunication Policy and Regulation in Mexico) señala que "los servicios de banda ancha son muy caros en México y las velocidades que se ofrecen son muy lentas comparadas con el promedio de la OCDE". Folio 37109.

debajo del promedio de estos indicadores para los países miembros de la OCDE (promedio de 44,438 Mbit/s y mediana de 20,480 Mbit/s)" (DP, pág. 96).

Esta afirmación no considera el alto costo que representa para los usuarios el pagar por velocidades de Internet que le permitan acceder a OTT en calidades similares a las que se obtendrían a través del STAR. Asimismo, de los folios del expediente, se observa que las velocidades a que hace referencia GTV, corresponden con velocidades reportadas en ofertas comerciales y no a velocidades reales relacionadas con la provisión del servicio de Internet.

Al respecto, debe señalarse que el mismo GTV proporciona elementos que exhiben la existencia de diferencias en calidad entre STAR y OTT, como resultado de las bajas velocidades del servicio de Internet. En el Dictamen Pericial en Materia de Telecomunicaciones, se señala lo siguiente:²⁰⁶

"La velocidad de acceso a Internet necesaria para la transmisión de audio y video tiene una relación directa con la cantidad de información a transmitir (medida en bits o Bytes, 8 bits = 1 Byte) en un determinado periodo de tiempo (medido en segundos). (...)

Por otro lado, la calidad del servicio también está directamente relacionada con la cantidad de información requerida para la transmisión/difusión de un servicio de audio y video; por ejemplo, el ancho de banda requerido para una transmisión con calidad standard ("Standard Definition, SD", en inglés) es diferente a la información requerida para transmitir el mismo contenido en alta definición ("High Definition, HD", en inglés). Entre mayor sea la resolución/calidad del video, mayor va a ser la cantidad de información que es necesario transmitir.

Como ejemplo, veamos al proveedor de servicios Netflix. Netflix recomienda los siguientes anchos de banda en el acceso a Internet:

0.5 Mbps como conexión mínima requerida

1.5 Mbps como conexión recomendada

3.0 Mbps es el ancho de banda recomendad para video en definición standard

5.0 Mbps para video de alta definición

25 Mbps para video de Ultra alta definición

(...)

Con esto se puede concluir que desde un punto de vista técnico, la percepción de la calidad de los servicios OTT se ve afectada directamente por la velocidad de acceso a Internet del usuario final. La oferta puede ser la misma independientemente de la velocidad de acceso, pero la

²⁰⁶ Página 8 a 9 del Dictamen Pericial. Folios 19708 y 19709 del Expediente.

calidad que perciba el usuario será distinta y estará en función de la velocidad de acceso a Internet”.

Adicionalmente, según información de Netflix proporcionada por GTV, únicamente dos proveedores de Internet en México ofrecen velocidades superiores a 3 Mbps.²⁰⁷ Por lo anterior es posible concluir que la calidad de los OTT difiere de la entregada a través del STAR, toda vez que, la velocidad del servicio de Internet es, en promedio, inferior a la requerida por los OTTs para entregar un contenido de “definición estándar” similar al provisto por el STAR. Obsérvese, adicionalmente, que mayores velocidades de Internet están asociadas con mayores tarifas del servicio, lo cual implicaría mayores gastos por parte de los usuarios en caso de que quisieran sustituir el STAR por OTTs.

De manera que el argumento de GTV es incompleto al limitarse a enumerar características sin proveer una línea de argumentación respecto a cómo estas características, y las circunstancias en las que se ofrecen dichos servicios, implican que los OTT son sustitutos del STAR. De esta forma, los argumentos de GTV sobre similitudes y diferencias en tecnologías de transmisión no controvierten el análisis presentado por el DP en páginas 87 (ochenta y siete) a 98 (noventa y ocho).

6.9.3. Contenidos Audiovisuales.

GTV manifiesta que en la página 90 (noventa) del DP la AI señala que los OTT no son sustitutos de los STAR toda vez que los contenidos audiovisuales ofrecidos no son equiparables, ya que (i) no cubren todas las categorías, ni los canales de mayor audiencia; (ii) el número de canales de televisión que ofrecen es en todos los casos menor al de los paquetes de canales de STAR; y (iii) los OTT se enfocan principalmente en ofrecer contenidos audiovisuales en catálogo en contraste con el STAR que por lo regular se enfoca en canales de televisión.

Lo anterior es genérico y sin fundamento porque no aporta elemento de validez para justificar su dicho. El único elemento que AI aporta para justificar su dicho es el número de canales de los proveedores de DTH y aquellos de las redes cableadas. No obstante, dicho fundamento es inútil e ineficaz porque no proporciona ni hace comparativo de los canales de televisión que tienen los OTT por lo que es imposible concluir que éstos tienen un menor número de canales.

En vista de lo anterior, es imposible tomar como válida la distinción para acreditar la no sustituibilidad de los OTT. No obstante, GTV se encuentran en estado de indefensión porque la AI no acreditó como llegó a sus conclusiones. El contenido audiovisual ofrecido por los OTT y los STAR sí es similar y por consiguiente es un elemento adicional para acreditar la sustituibilidad entre dichos servicios de audio y video asociado.

²⁰⁷ Información contenida en el folio 90244 del expediente AI/DC-001-2014, misma que fue integrada al Expediente.

Por lo que hace al dicho de la AI del punto (i) referente a que no cubren todas las categorías, ni los canales de mayor audiencia y por consiguiente no pueden ser sustitutos, esta justificación es infundada y errónea toda vez que en la Tabla 9 contenida en las páginas 74 del DP denominada '*Presencia de canales, por categoría en los paquetes básicos*', si bien no se le ha dado acceso a GTV para su adecuada defensa, ésta señala que existe un recuadro en blanco denominado '*NO incluye canal en esta categoría*' para aquellos casos en los cuales alguno de los servicios de audio y video asociado a través de las tecnologías satelital, cable, IPTV y microondas no cuenten con algún canal de alguna de las categorías identificadas en la Tabla 9.

Más aún, al describir el contenido de esta Tabla, el DP establece que *"De la tabla 9, se desprende que todos los concesionarios del STAR, independientemente de su medio de transmisión, por lo general, incluyen al menos un canal de cada categoría (celdas sombreadas). Además, se observa que frecuentemente los oferentes incluyen en sus paquetes los canales de mayor audiencia"*. Como se puede apreciar del texto anterior los adverbios '*por lo general*' y '*frecuentemente*' implican que no todos los STAR cuentan con todas las categorías ni que todos incluyen en sus paquetes los canales de mayor audiencia.

En ese sentido, es imposible utilizar como criterio de sustitución la categorización de los canales de televisión y la audiencia de los mismos porque varían de proveedor en proveedor en atención al paquete que cada proveedor de servicios de audio y video asociado considere le generará una mayor audiencia.

Por otra parte, el DP no hace un análisis de los criterios de categorización de los canales de televisión sino que únicamente se agrupan en las categorías determinadas por la AI en la Tabla 7, denominada '*Número de canales del STAR por categoría*'. Sin embargo, esa Tabla no considera el total de los canales disponibles en el mercado por lo que le resulta imposible a GTV confirmar si los OTT no cuentan con todas las categorías ni los canales que decir de la AI tienen mayor audiencia.

Por lo que hace al punto (ii) en relación a que el número de canales de televisión que ofrecen los OTT es en todos los casos menor al de los paquetes de canales de STAR; y al punto (iii) referente a que los OTT se enfocan principalmente en ofrecer contenidos audiovisuales en catálogo en contraste con el STAR que por lo regular se enfocan en canales de televisión, la AI tampoco proporcionó elementos en el DP ni obra en el Expediente algún análisis que permita justificar su dicho.

Ahora bien, si fuera cierto lo anterior, la AI fue omisa al elaborar el análisis de sustitución respecto a este punto puesto que no considera que cada proveedor de servicios de audio y video asociado generan un contenido programático diverso esperando generar una preferencia por parte del usuario que le permita tener una mayor audiencia y por consiguiente mayores utilidades. En ese sentido, habrá siempre en el mercado proveedores que estén interesados en ofrecer una mayor cantidad de contenidos en catálogo y una menor cantidad de paquetes de canales y viceversa por considerar que de esa forma atenderán mejor las necesidades de sus clientes.

Al respecto, en el peritaje en materia de Determinación de Poder Sustancial de Mercado el en su opinión experta en materia económica, que se ofrece como documental privada, agregándose y relacionándose en el capítulo de pruebas correspondiente, establece que la definición de STAR establecida en la LFTR no se limita a programación lineal y como de hecho sucede los proveedores actuales también ofrecen producción no lineal (como puede ser a través de PPV). Al respecto, en el peritaje en materia de Determinación de Poder Sustancial de Mercado el en su opinión experta en materia económica (sic), que se ofrece como documental privada, agregándose y relacionándose en el capítulo de pruebas correspondiente, establece que la definición de STAR establecida en la LFTR no se limita a programación lineal y como de hecho sucede los proveedores actuales también ofrecen producción no lineal (como puede ser a través de PPV). En ese sentido, en el Dictamen Pericial se señala que "(...) En ese sentido, en el dictamen pericial se señala que "(...) los oferentes de OTT ofrecen programación, si bien no siempre es lineal, es similar a la programación que brindan los oferentes del STAR. Es decir, tanto los proveedores de STAR como los oferentes de OTT distribuyen películas, series y eventos deportivos a suscriptores. Por lo tanto, estos servicios cumplen con los criterios de equivalencia funcional para ser considerados sustitutos y parte del mismo mercado relevante".

Esta autoridad considera que las manifestaciones y pruebas aportadas por GTV no acreditan lo que pretenden probar, por las razones que se expresan a continuación:

GTV sostiene que es incorrecta la determinación de la AI, respecto de que los OTT no son sustitutos del STAR en virtud de que los contenidos audiovisuales no son equiparables; sin embargo, esta manifestación es genérica y carece de sustento.

Esta autoridad no pasa inadvertido que diversa información de las tablas 7, 9 y 14 referidas tiene el carácter de confidencial, sin embargo, esto atiende a las reglas que debe seguir el Instituto para el resguardo de aquella información sensible de los agentes económicos, tal y como se indicó en el apartado "VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO DE UNA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS, RECONOCIDO EN LA CPEUM Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LOS QUE EL ESTADO MEXICANO ES PARTE", de la presente resolución, donde se atendieron las manifestaciones formuladas por GTV en torno a la clasificación de información confidencial que obra en el Expediente.

En ese sentido, el hecho de que GTV no tenga acceso a información confidencial de la cual no es titular, no implica que el Dictamen Preliminar no cuente con la información para realizar sus conclusiones.

Precisado lo anterior, en el apartado III.4.2.2.2.1. del DP, la AI no sólo describe el modelo de distribución de servicios OTT, sino que presenta un análisis de los sistemas comerciales utilizados por los proveedores de tales servicios así como el tipo de contenidos audiovisuales por ellos transmitidos (ver particularmente la Tabla 14 del DP).

Uno de los elementos considerados por la AI le permiten afirmar que:

"De la Tabla 14, se observa que no todos los proveedores del servicio OTT incluyen canales de televisión en su servicio y si lo hacen, por lo general, no incluyen todas las categorías, ni los canales de mayor audiencia. Asimismo, se observa que los servicios OTT se enfocan, principalmente, en ofrecer contenidos audiovisuales en catálogo, en los que el usuario puede elegir el momento y la secuencia en que los consume."

La Tabla 14 del DP contiene la lista de proveedores de servicios OTT y las categorías que incluyen en su programación de canales. A partir de esta tabla se puede concluir que, en efecto, todos los proveedores de OTT enlistados ofrecen contenido por catálogo, una baja oferta de canales "to go", además que ninguno ofrece todas las categorías de contenidos, ni incluye los canales más populares. Por su parte, de la tabla 9 del Dictamen Preliminar, el 81% (ochenta y uno por ciento) de los proveedores de servicios STAR ofrecen todas las categorías y los restantes solamente omiten la categoría de Noticias. Además, del total de paquetes, todos los concesionarios tienen algún paquete con todas las categorías de canales. Como queda de manifiesto las categorías de canales y la existencia de audiencias de cada categoría, son elementos que los proveedores del STAR toman en cuenta en sus prácticas.

GTV afirma que es imposible categorizar los canales pues éstos varían de proveedor a proveedor, y que cada proveedor ofrece los paquetes que considere le generarán una mayor audiencia. Lo anterior, sin embargo, no es un argumento en contra de la categorización, pues el solo hecho de afirmar que los paquetes de canales varían entre proveedores, o que los paquetes se ofrecen con fines de atraer a las audiencias no descarta que existan categorías de canales. Por el contrario, la búsqueda de una mayor audiencia se logra con una oferta amplia de contenidos y una selección de los canales apropiados para cada tipo de audiencia. En consecuencia, la inclusión de diferentes categorías de canales en la oferta de los proveedores de STAR tiene por objeto atraer las distintas categorías de audiencia.

En contraste a lo argumentado por GTV, es adecuado analizar los contenidos de STAR por categorías, tal y como se realizó en el Dictamen Preliminar en virtud de que los STAR practican criterios de inclusión similares y sus categorías de canales reflejan característica de la demanda ya que los usuarios STAR en general demandan una canasta de contenidos o categorías de canales complementarios.

Por otro lado, la categorización de canales no es arbitraria en virtud de que existe la práctica común en la industria de agrupar canales por categoría. Lo anterior se verifica, por ejemplo, en el hecho de que es práctica común colocar los canales agrupados en la parrilla de canales en números adyacentes de acuerdo al tipo (tv abierta, deportes, entretenimiento, infantil, películas, música, noticias).

De la misma forma, no es necesario que la AI determine directamente a cuál categoría pertenece cada uno de los canales ofrecidos en la actualidad, pues eso generalmente se deriva de la práctica de clasificación en la industria o de la auto clasificación de los mismos

canales que generalmente reconocen ser canales especializados (deportes, infantil, películas, entre otros).

Por último, GTV manifiesta que la AI *"fue omisa al elaborar el análisis de sustitución respecto a este punto (iii) puesto que no considera que cada proveedor de servicios de audio y video asociado generan un contenido programático diverso esperando generar una preferencia por parte del usuario"* y que *"habrá siempre en el mercado proveedores que estén interesados en ofrecer una mayor cantidad de contenidos en catálogo"*. Sin embargo, GTV no ofrece argumentos específicos de por qué considera que la tendencia de los proveedores a diferenciar los contenidos de sus ofertas y competir con catálogos más amplios altera el análisis del DP, pues se trata de características y tendencias de la oferta que son compatibles con la existencia de un mercado relevante de STAR que no incluye los servicios de OTT.

Por otra parte, GTV refiere que en el peritaje en materia de Determinación de Poder Sustancial de Mercado se afirma que los proveedores de STAR y OTT *"distribuyen películas, series y eventos deportivos a suscriptores. Por lo tanto, estos servicios cumplen con los criterios de equivalencia funcional para ser considerados sustitutos y parte del mismo mercado relevante"*. El Perito concluye que ambos servicios son sustitutos. Sin embargo, no se refiere a los argumentos del DP que planteó diferencias en la oferta y los medios de transmisión y comercialización de ambos servicios. Al respecto el DP afirma que los consumidores perciben diferencias entre ambos servicios relacionadas al costo, velocidad y disponibilidad de la banda ancha, calidad de transmisión, la necesidad de dispositivos, formas de comercialización y contratación, contenidos en catálogo versus canales lineales, rango de categorías de canales disponibles en cada servicio, entre otros.

De esta forma, el solo hecho de que STAR y OTT distribuyan películas, series y eventos deportivos no es suficiente para establecer que ambos servicios son parte de un mismo servicio relevante.

Como se menciona en el DP, los proveedores del STAR ofrecen contenidos "no lineales", tales como servicios de Video Sobre Demanda (VOD por sus siglas en inglés) y Pago Por Evento (PPV por sus siglas en inglés),²⁰⁸ no obstante tal similitud con los OTT, el mismo DP señala que los OTT proveen una oferta limitada de contenido lineal que no cubre el total de las categorías de canales que generalmente cubren los proveedores de STAR, además de que requieren de la contratación de servicios de Internet y la adquisición de otros equipos para poder acceder a tales servicios, elementos que contribuyen a que no sea considerado como un sustituto del STAR.

Cabe observar que otras autoridades de competencia han considerado la diferencia entre transmisión lineal y por catálogo como una diferencia suficiente para concluir que los OTT y el STAR no son sustitutos. Por ejemplo, el órgano regulador estadounidense (FCC) también

²⁰⁸

Páginas 53 y 70 del DP. Folios 13807 y 13815.

distingue entre tipos de transmisión de contenidos, en particular si se proveen de forma lineal pre-programada.²⁰⁹

Otro elemento que esta autoridad considera relevante en la evaluación de una posible sustitución entre el STAR y los OTTs, es el relacionado con la secuencia y tiempos aproximados en los que se estrenan las películas a través de diferentes servicios. Si bien el DP presenta esta información cuando analiza la posible sustitución entre el STAR y los servicios de exhibición de renta y venta de películas, la misma información también es relevante para comparar los contenidos transmitidos por el STAR y los OTTs.

Como se puede observar en la Figura 8, página 100 del DP, las "películas de estreno" se transmiten inicialmente en la televisión de paga y posteriormente en los OTTs. El DP señala al respecto que:

"La estrategia de negocios de las empresas distribuidoras, por lo general, suelen lanzar las películas primeramente en cine, después en su formato DVD o Blu-Ray, luego llegan a los canales de televisión restringida y posteriormente a los canales de televisión radiodifundida."

Figura 8. Secuencia y tiempos aproximados en los que se estrenan las películas a través de los diferentes servicios.



Fuente: Elaboración de la AI con base en información proporcionada por Cámara Nacional de la Industria de Telecomunicaciones por Cable (CANITEC): "Over-The-Top: Como convertirse en proveedor de contenido OTT". Folio: 31896.

De la Figura 8 se observa que los tiempos transcurridos para empezar a exhibir películas a partir de su estreno en salas de cine son típicamente menores para el STAR que para los OTTs.

Con independencia de lo anterior, el análisis integral de las pruebas ofrecidas por GTV para acreditar la supuesta indebida determinación del mercado relevante, corre agregada en el numeral 3.2., del apartado denominado "V. PRUEBAS".

²⁰⁹ FCC (2014). Notice of Proposed Rulemaking, In the matter of promoting innovation and competition in the provision of multichannel video programming distribution services. Federal Communications Commission. Versión en inglés disponible en: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-14-210A1.pdf. La FCC somete a opinión pública la definición del servicio de Distribución de Programación de Video con Múltiples Canales (Multichannel Video Programming Distribution). En la consulta pública se pregunta sobre lo acertado de incluir en la definición la transmisión de video a través de Internet; sin embargo, sugieren que mantendrán la distinción entre transmisión de contenidos lineal y pre-programada.

6.9.4. Servicios Complementarios.

GTV manifiesta que en desacuerdo con teoría económica,²¹⁰ la AI señala en la página 93 (noventa y tres) del DP que el hecho de que los servicios OTT puedan ser complementarios del STAR precluye la posibilidad de que exista una relación de sustituibilidad entre ellos. No obstante, la AI confunde conceptos económicos y afirma que la complementariedad en cantidad excluye la sustituibilidad en precio.

Como se acredita en el dictamen económico, *"(...) se está ante bienes o servicios sustitutos — en precio— cuando la elasticidad precio demanda cruzada entre ellos es positiva. Es decir, si aumenta el precio de un bien y debido a ese cambio la demanda por el otro bien aumenta. Por otro lado, en el caso de los bienes complementarios —en precio— la elasticidad cruzada de la demanda es negativa. Es decir, si aumenta el precio de un bien y debido a ese cambio la demanda por el otro bien disminuye."*²¹¹ Si se considera así la relación entre elasticidades, tomando al precio como denominador, efectivamente nos encontramos con que bienes sustitutos y bienes complementarios tienen entre sí el carácter de antónimos (...).²¹²

No se trata de una variación en el precio, precisamente el elemento que da pie a esa antonimia, sino de una variación en la cantidad, dado que los proveedores del STAR amplían su oferta agregando un servicio OTT, en otras palabras, aumentan la variedad y la calidad de sus productos. Es a esta especie de complementariedad a la que alude el DP al describir el STAR, en el apartado *"III. 1.1. Demandantes del servicio"*,²¹³ donde establece que *"Los usuarios que demandan el STAR lo hacen, primordialmente, con fines de entretenimiento. Estos usuarios tienen preferencias heterogéneas, por esta razón los paquetes que se ofrecen en el mercado incluyen una mezcla de canales de distintas categorías, tales como películas, deportes, diversión, cultura, noticias, música, infantil, etc. Dado que los consumidores valoran la disponibilidad de diversas categorías al contratar el STAR a un proveedor en particular, se considera que cada una de ellas es complementaria de las demás"*.²¹⁴

Asimismo se establece en dicho dictamen económico, que esta complementariedad en cantidad entre bienes o servicios es congruente con las llamadas *economies of scope* o economías de gama o de enfoque. Mientras una economía de escala se refiere

²¹⁰ Nicholson, Walter. *Teoría microeconómica*. Principios básicos y aplicaciones. Cengage Learning. ISBN 9788497323048.

²¹¹ El Instituto ejemplifica la complementariedad en precio claramente al hablar del STAR como un mercado de dos lados, pero la denomina "interdependencia": establece que en él existen dos grupos de clientes, los televidentes y los anunciantes, quienes interactúan a través de la transmisión de televisión. Las demandas de estos dos tipos de clientes son interdependientes. Son interdependientes ya que, por ejemplo, un incremento en el precio del STAR puede afectar la demanda por publicidad. El aumento del precio puede disminuir el número de suscriptores del STAR, de manera que los espacios publicitarios serían menos atractivos para los anunciantes, ya que el número de compradores potenciales a los que llegaría su mensaje publicitario sería más pequeño; DP, Expediente AI/DC-001-2014, Página 67.

²¹² Lo anterior se acredita con la encuesta relacionada en el capítulo de pruebas respectivo.

²¹³ Página 65 del DP. Folio 13813 del Expediente.

²¹⁴ Página 63 del DP. Folio 13812 del Expediente.

principalmente a la eficiencia asociada con cambios en el lado de la oferta, tales como incrementar o decrementar la escala de producción de un único tipo de producto, las economías de gama o de enfoque se refieren a la eficiencia asociada principalmente con cambios en el lado de la demanda, tales como el incremento o disminución del alcance del marketing y la distribución de diferentes tipos de productos. Comúnmente, al incrementar el número de productos promovidos y usar los medios masivos de comunicación, se llega a más gente con los recursos invertidos. Éste es un ejemplo de economía de gama.²¹⁵ Es exactamente en este sentido que los diversos canales que forman parte de una parrilla de programación (incluidos potencialmente los DTH) son complementarios entre sí en cantidad. A mayor disponibilidad de programas mayor el atractivo de la parrilla. Esto no quiere decir que no sean sustitutos en precio entre ellos. Es decir, que si sube el precio de uno, del servicio OTT, por ejemplo, suba la demanda por televisión restringida.

Como puede verse, se trata de conceptos económicos que, aunque relacionados, no son excluyentes. Cuando los proveedores del STAR aumentan su oferta comercializando un servicio OTT, se da una relación de complementariedad en cantidad entre ambos servicios. Lo que no obsta para que exista entre ellos de manera simultánea una relación de sustituibilidad en precio, tal y como a la que alude la fracción I, del artículo 58, de la LFCE.

Más aún, evidencia clara de que los OTT no son complementarios sino sustitutos de los STAR es la reciente reducción en el número de usuarios de los servicios STAR en EUA, por ejemplo, se ha empezado a dar un cambio en la estructura del sector al crecer de manera importante los usuarios de OTT 24% (veinticuatro por ciento) y decrecer el número de suscriptores de televisión por cable.

Prueba de lo anterior es el Reporte Décimo Sexto de treinta y uno de marzo de dos mil quince emitido por la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos, mediante el cual se establece que cuando un mismo contenido audiovisual se ofrece a través de un OTT y STAR puede percibirse como un reemplazo. Dicho análisis se acredita con la documental pública que se adjunta al presente escrito, y su correspondiente traducción al español, y se relacionan en el capítulo de pruebas correspondiente.

En México, los *cord cutters* representan un 42% (cuarenta y dos por ciento) de los usuarios que dieron de baja la TV de paga y hoy están suscritos a un SVOD. Por otro lado, los *cord nevers* se estimaron en 42% (cuarenta y dos por ciento) de quienes nunca tuvieron TV de paga y hoy están suscritos a un SVOD (página veinticinco). Ello se acredita con las fes de hechos de la consultora *Business Bureau* en su reporte *BB-New Media Book* dos mil catorce,

²¹⁵ J. Panzar and R. Willig, "Economies of Scale and Economies of Scope in Multi-Output Production," Econ. Disc. Paper No. 33, Bell Laboratories, 1975. The paper was split in two and published as "Economies of Scale in Multi-Output Production," Quarterly Journal of Economics 91: 481-493 (1977); and as "Economies of Scope" American Economic Review, Vol. 71, No. 2, Papers and Proceedings (May, 1981) (Traducción Propia).

para multiplataformas y TV de paga, las cuales se acompañan al presente escrito en el capítulo de pruebas correspondiente.

Finalmente, Luis Borrel y Roland Husson han establecido la reducción de televisión de paga, mientras que los servicios de SVOD continúan atrayendo más usuarios, lo cual sugiere que son sustitutos. Dicho análisis se acredita con la documental pública que se adjunta al presente escrito, y su correspondiente traducción al español, y se relacionan en el capítulo de pruebas correspondiente.

Esta autoridad determina que la información aportada por GTV no logra probar que el servicio OTT sea sustituto del STAR, por las razones que a continuación se expresan.

GTV y el perito que elaboró el dictamen en materia de Economía realizan manifestaciones que pretenden aclarar el uso de los términos "sustitución" y "complementariedad"; no obstante, su argumentación resulta confusa, por lo siguiente:

Primero, el Perito se refiere a la teoría microeconómica que define "sustitutos" y "complementos" con base en la elasticidad precio de la demanda cruzada.²¹⁶ En palabras del Perito, dos productos (bienes o servicios) son "sustitutos en precio" si la elasticidad precio demanda cruzada es positiva, y "complementos en precio" si la elasticidad precio demanda cruzada es negativa. Es decir, dos productos son "sustitutos en precio" si un aumento en el precio de un producto aumenta la demanda por el otro, y "complementos en precio" si un aumento en el precio de un producto reduce la demanda por el otro.

Asimismo, en el peritaje en materia de Economía se hace uso del término "complementos en cantidad" que se interpreta es usado para referirse a la existencia de sinergias en la producción o distribución. Por su parte la existencia de "economías de gama", "economías de enfoque" o "economías de alcance" (*"economies of scope"* en inglés) se refieren a la disminución de costos como consecuencia de producir dos o más servicios, en el caso particular significa que existe una complementariedad relevante en la producción para las decisiones de empaquetamiento de los servicios por parte de los oferentes y no necesariamente tiene relación con el concepto de complementariedad desde la perspectiva de los consumidores, entendida como la disminución en el consumo de un bien ante incrementos del precio del otro bien.

Al respecto, es pertinente la aclaración que hace GTV en el sentido de que los OTT y STAR pueden ser, en su dicho, "complementos en cantidad", lo cual no excluye que sean, al mismo tiempo, "sustitutos en precio". La aclaración anterior es pertinente en virtud de que el DP se refiere en varias ocasiones a que el servicio de OTT es o puede ser complementario del servicio STAR, sin aclarar si se refiere a complementariedad desde la perspectiva del consumidor

²¹⁶ Nicholson, Walter. Teoría Económica. Principios básicos y aplicaciones. Cengage Learning. ISBN 9788497323048.

("complementariedad en precio" según los términos utilizados por el Perito) o a la existencia de economías de alcance en la provisión del STAR y los OTTs.

Por ejemplo, además del apartado citado por GTV, en la página 93 del DP se afirma:

"Hay elementos que indican que los servicios OTT son complementarios al STAR. En los últimos años, algunos proveedores del STAR han comenzado a incluir dentro de su oferta comercial, el acceso a contenidos audiovisuales a través de Internet (...)"

De lo comentado se desprende que la existencia de economías de escala en la provisión del STAR y los OTTs no implica que, desde la perspectiva del consumidor, tales servicios sean sustitutos o complementos. De hecho, aun existiendo economías de alcance, desde la perspectiva de un consumidor los servicios en cuestión sólo podrían ser sustitutos o bien complementos, pero no los dos.

No obstante lo anterior, se menciona que el análisis de sustitución, a efectos de determinar si dos bienes o servicios pertenecen a un mismo servicio relevante, no sólo requiere que la elasticidad de sustitución sea positiva, sino que los consumidores en la práctica cambien sus patrones de consumo ante cambios del precio, de forma que la sustitución sea una restricción competitiva.

De esta forma, la definición de la teoría microeconómica según la cual dos bienes o servicios son sustitutos si la elasticidad-precio cruzada de la demanda es positiva es distinto al concepto de sustitución para fines de determinar el servicio relevante, el cual requiere que los consumidores realicen la sustitución en la práctica, en cantidades suficientes ante un incremento significativo de precios, por ejemplo del 5% (cinco por ciento), de forma que esta sustitución sea una restricción competitiva para los oferentes en el mercado.

Por ejemplo, bajo el criterio de sustitución basado exclusivamente en elasticidad positiva, es probable que cualquier forma de entretenimiento (libros, cine, teatro, música, videojuegos, radio, Internet, televisión abierta, televisión restringida,) se consideren "sustitutos" entre sí, pues podría argumentarse que un incremento en el precio de uno de esos bienes o servicios resultaría en un incremento (probablemente pequeño pero positivo) en el consumo de los otros servicios. Sin embargo, incluir todos los servicios en un solo mercado significaría que no podrían existir monopolios en uno de estos servicios (monopolio de libros, monopolio de cine, etcétera), pues se podría argumentar que existen otras formas de entretenimiento "sustitutas".

Se hace mención que el "Test del Monopolista Hipotético" es una de las principales referencias analíticas a nivel internacional para que autoridades de competencia determinen el servicio relevante. Dicho test tiene como objeto determinar un conjunto de bienes o servicios que son suficientemente intercambiables a efecto de constituir un servicio relevante.

Al respecto, se menciona que el grupo de productos que satisface el test del monopolista hipotético generalmente no incluye el rango completo de sustitutos para los cuales la elasticidad cruzada es positiva. El Test del Monopolista Hipotético puede determinar que un conjunto de productos como un servicio relevante aun cuando algunos clientes sustituyen

significativamente hacia productos fuera de ese grupo en respuesta a incrementos de precio.²¹⁷

Asimismo, la importancia competitiva de sustitutos distantes es poco probable que sea proporcional a su participación en un mercado amplio. Incluirlos podría exagerar su importancia competitiva en proporción a su participación porcentual en el servicio relevante.

Cabe notar que, una alternativa para determinar los mercados relevantes ante la imposibilidad de contar con información para desarrollar el Test del Monopolista Hipotético es el criterio de intercambiabilidad y equivalencia funcional, el cual es desarrollado por la AI. En consistencia con tal criterio, en el DP no sólo se analizaron las características de distintos servicios, sino que identificaron los posibles obstáculos y costos que impiden el desplazamiento de la demanda de un servicio a otro y por lo tanto permiten determinar si tales servicios son o no sustitutos para efectos de determinar el servicio relevante.

Al respecto, el DP presenta un análisis consistente con el criterio de intercambiabilidad y equivalencia funcional a partir del cual es posible identificar la dimensión producto de los Mercados Relevantes.²¹⁸ Al seguir el principio de intercambiabilidad y equivalencia funcional deben tenerse en cuenta otros aspectos antes de concluir que dos productos o servicios son sustitutos además de las características intrínsecas de los productos, tales como la utilización que hacen los consumidores, la intercambiabilidad de funciones, la similitud de la forma en que los consumidores valoran las diferentes características. Obstáculos y costos relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutos, restricciones regulatorias, necesidad de inversiones de capitales específicas, reducciones de la producción cuando se utilizan insumos alternativos, localización de los consumidores, entre otros.²¹⁹

En conclusión, es errónea la afirmación según la cual todos los contenidos audiovisuales son sustitutos entre sí para efectos de determinación de los Mercados Relevantes.

Debe observarse que las condiciones para la sustitución entre STAR (el equivalente a los servicios STAR) y OTT seguramente difieren en México y Estados Unidos. La penetración de los servicios de Internet y la calidad de dicho servicio no permiten que los OTT en México sean

²¹⁷ Estos criterios coinciden con los utilizados por otras autoridades de competencia a nivel internacional. Por ejemplo véase el documento: Horizontal Merger Guidelines. 2010, autoridades de competencia de Estados Unidos de América. Disponible en:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31997Y1209(01)).

²¹⁸ Estos criterios son congruentes con la literatura sobre el tema. Por ejemplo, Chang, H., Evans, D. y Schmalensee, R. (2011). Market definition, Documento de referencia sobre definición de mercado relevante preparado para la Comisión Federal de Competencia.

<http://189.206.114.203/images/stories/Documentos/guias/doctoreferenciadefmercrelevant.pdf>.

²¹⁹ Dichos criterios coinciden con los de otras autoridades a nivel internacional. Ver, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Disponible en:

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

entregados con calidades similares a las del STAR, además que se requiere la contratación previa de los servicios de Internet.

Debe notarse que GTV señala como evidencia de sustitución entre el STAR y los OTT la reducción en el número de usuarios del STAR en Estados Unidos, el cual coincide con un crecimiento en el número de usuarios de OTT en dicho país. Esta misma afirmación es presentada en las respuestas a las preguntas adicionales relacionadas con el dictamen pericial en materia de Economía. No obstante, conforme al dicho del perito que elaboró el citado dictamen, la relación de sustitución entre STAR y OTT es una mera presunción (Página 18 de Respuestas a preguntas adicionales al Dictamen Pericial):

"(...) a continuación se ilustra el potente crecimiento de los servicios OTT en México, así como la tendencia de los suscriptores estadounidenses por contar o no contar con el servicio tradicional de televisión restringida, presumiblemente para optar por un servicio OTT".²²⁰

Adicionalmente, el citado dictamen pericial contiene manifestaciones contradictorias. Como ya se señaló, la supuesta relación de sustitución entre el STAR y los OTT se basa en una presunción que se deriva de la observación de un incremento en el número de usuarios de OTT en Estados Unidos y una reducción en usuarios del STAR. No obstante, la prueba pericial en materia de Economía contiene información que ilustra que este comportamiento no se presenta en México (página 22 de las respuestas a preguntas adicionales a dictamen pericial). El mismo perito señala:

"Según Dataxis, en números absolutos, los servicios OTT han registrado un crecimiento de 2,979,540 millones de suscriptores entre el último trimestre de dos mil doce y el último trimestre de dos mil catorce. Mientras tanto, durante el lapso de tiempo transcurrido entre el último trimestre de dos mil once y agosto de dos mil catorce, el STAR registró un crecimiento en términos de suscriptores de 4.1 millones. Esto quiere decir que en aproximadamente el mismo periodo de tiempo, los servicios OTT reportaron un crecimiento en términos de suscriptores de aproximadamente 70 por ciento del crecimiento del STAR, lo que sin lugar a dudas habla de un servicio que representa un competidor poderoso para el éste último".²²¹

Bajo la previa argumentación del perito, el crecimiento en suscriptores de OTT y la reducción en suscriptores del STAR indican que esos servicios son sustitutos; pero en el caso de que los dos servicios crecen, no es clara la conclusión a la que su argumentación debería llevar.

Al respecto, se señala que el sólo hecho de que la provisión de un servicio disminuya y otro se incrementa no implica que dichos servicios sean sustitutos. En todo caso, la sustitución de un grupo de consumidores como causa de la reducción es sólo una posibilidad. Más aún, si la reducción en un servicio se debe a que un conjunto de suscriptores realizaron la sustitución,

²²⁰ Página 18 de las Respuestas a las preguntas adicionales al Dictamen Pericial en materia de Economía. Folio 20104

²²¹ Páginas 22 y 23 de las Respuestas a preguntas adicionales al Dictamen Pericial en materia de Economía. Folios 20108 y 20109 del Expediente.

aun así no se puede concluir que los servicios son sustitutos, pues niveles de sustitución marginales o pequeños pueden presentarse sin que constituyan una restricción competitiva.

Es común que entre un par de servicios un grupo pequeño de suscriptores cambie uno por otro (sustitución al margen) sin que los servicios sean sustitutos. Por ejemplo, algunos suscriptores de STAR pueden considerar que la TV radiodifundida es un sustituto de la televisión restringida, lo cual no implica que ambos servicios sean sustitutos en el agregado de todos los consumidores, ya sea que se considere la definición de la teoría microeconómica o la que se emplea en la práctica de la competencia económica.

Es decir, los elementos aportados por GTV y el perito no permiten concluir que, en el caso de México, existe una relación de sustitución entre el STAR y los OTT.

Por otra parte, el reporte BB-New Media Book 2014 señala en la página 25 (veinticinco) que existe un 42% (cuarenta y dos por ciento) tanto de *cord cutters* como de *cord nevers* en México. Estos porcentajes parten de la base de usuarios que han dejado de contratar los servicios de TV de paga y de quienes nunca han contratado este mismo servicio, respectivamente.

En este contexto hay que señalar que dicho reporte no brinda las cifras de la base total de usuarios. Sin embargo, en forma agregada para Latinoamérica, reporta que sólo el 10% (diez por ciento) de los encuestados en los que se basaron sus conclusiones manifiestan haber tenido pero ya no contar más con el servicio de TV de paga, mientras que un siete por ciento afirma nunca haber contratado este servicio.

A partir de estas cifras y asumiendo que el comportamiento de los usuarios en México es similar al promedio de usuarios en Latinoamérica, se puede concluir que únicamente alrededor de un 4% (cuatro por ciento; aproximadamente cuarenta y dos por ciento de diez por ciento) ha dejado de pagar su servicio de TV de paga para empezar a pagar un servicio de video bajo demanda. Asimismo, de acuerdo al mismo reporte, se puede concluir con las mismas hipótesis anteriores, que menos del 3% (tres por ciento; aproximadamente cuarenta y dos por ciento de siete por ciento) de hogares nunca han contratado un servicio de TV de paga, pero actualmente cuentan con un servicio de video bajo demanda.

Una vez analizadas las cifras de los *cord cutters* y los *cord nevers* en contexto, 42% (cuarenta y dos por ciento) en ambos casos, se obtienen cifras que no son significativamente diferentes de lo que en su momento observó la Autoridad Investigadora en la página 95 del DP, el número de suscriptores del servicio OTT con respecto al número de suscriptores del STAR no supera el 15% (quince por ciento). Debe observarse que la cifra presentada por la AI, no puede considerarse como la cifra real de "*cord cutters*" y "*cord nevers*", pues en realidad no es posible identificar del total de suscriptores a OTTs a aquellos que al mismo tiempo cuentan con una suscripción al STAR.

GTV sugiere que el crecimiento de suscriptores de OTTs, en conjunto con la reducción de suscriptores del STAR por medios cableados, en Estados Unidos, implica la existencia de sustitución entre tales servicios. Tal conclusión es incorrecta considerando los elementos que se indican a continuación.

La *Federal Communications Commission* (FCC) indica que la proporción de hogares que nunca había contratado el STAR y cuenta con servicios OTTs ("cord nevers") en conjunto con la proporción de hogares que cancelaron sus suscripciones al STAR por contratar un OVD, se encuentra alrededor del cinco por ciento del total de hogares en Estados Unidos, aunque la mayoría de quienes ven contenidos de video a través de OVDs también están suscritos al STAR.²²² Asimismo, la FCC refiere que la reducción en el número de suscriptores del STAR entre el año dos mil doce y dos mil trece, combinado con un incremento en el número de hogares, se ha traducido en una reducción de la penetración del STAR en Estados Unidos.²²³ No obstante tales elementos, la FCC concluyó en el análisis de la concentración entre AT&T y DirecTV, en aquel país, que para muchos consumidores los servicios OVD no son sustitutos de los servicios MVPD. Pese a esto, la FCC reconoce al carácter de "potencial sustituto" de los OVD en relación con el STAR, por lo que se analizan potenciales efectos anticompetitivos de la concentración que pudieran retrasar o minimizar la entrada de los OVDs en el mercado.²²⁴

De lo anterior, se concluye que los datos presentados en el reporte referido por el Perito no permiten concluir que existe sustitución entre STAR y OTT.

6.9.5. Servicio de Reciente Desarrollo.

GTV manifiesta que en la página 95 (noventa y cinco) del DP se establece que el OTT es un servicio de reciente desarrollo en el mercado nacional frente al STAR. Asimismo, dispone que los suscriptores del servicio OTT con respecto al del STAR no supera el 15% (quince por ciento).

Se omite aportar pruebas que permitan concluir que el reciente desarrollo de los OTT y su presencia limitada pudieran suponer que los OTT no son sustitutos de los STAR generando con ello un argumento falaz. De acuerdo con información pública del mercado el total de suscriptores de OTT a diciembre de dos mil catorce era de 3,119,140 (tres millones ciento diecinueve mil ciento cuarenta) equivalente al [REDACTED]

[REDACTED] Por otra parte, el estudio de Dataxis relacionados con los servicios OTT, Netflix y América Móvil, también son evidencia de la sustituibilidad de los OTT, mismas que corren agregadas al presente escrito en el capítulo de pruebas correspondiente.

²²² FCC (2015). Annual Assessment of the Status of Competition in the Market for the Delivery of Video Programming, Federal Communications Commission, párrafos 84 y 85. Versión pública en inglés disponible en: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-41A1.pdf.

²²³ FCC (2015), párrafo 135.

²²⁴ FCC (2015b). Memorandum opinion and order, Applications of AT&T and DirecTV for consent to assign or transfer control of license and authorizations, párrafo, 68. Versión pública en inglés disponible en: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-94A1.pdf.

Por el contrario, dichos elementos confirman la importancia de los OTT en el mercado mexicano, así como su sustitución con los STAR. Ello es así toda vez que, si como señaló el DP en su página 87, los OTT aparecieron a inicios de esta década y en menos de cinco años han alcanzado un número de suscriptores equivalentes a aproximadamente el [REDACTED] de los suscriptores del STAR, es a todas luces evidente que su crecimiento anual ha sido descomunal.

Un crecimiento de tal magnitud en cinco años o menos está muy por encima del crecimiento registrado por el resto de los STAR en el Gráfico 2. Denominado "*Suscriptores por tipo de tecnología en los mercados afectados en la concentración, 2009- Agosto 2014 (dos mil nueve agosto dos mil catorce)*", excepto por el DTH, lo cual implica que los OTT siguen la misma tendencia que el resto de los servicios de audio y video asociado a través de RPT y que las superan por mucho siendo por tanto un competidor disruptivo (conocido también como en materia de competencia económica como *maverick*) en el Mercado Relevante como en su momento la CFC consideró lo fue Total Play.

Efectivamente, la CFC en el expediente citado,²²⁵ mismo que constituye un hecho notorio para ese Instituto, reconoce la existencia de "*competidores disruptivos*" en concordancia con lo establecido por la Guía de Concentraciones Horizontales, emitida por la División Antimonopolios del Departamento de Justicia y por la Comisión Federal de Comercio, ambas de EUA.²²⁶

De acuerdo con las multicitadas Guías se estará en presencia de un competidor disruptivo en el mercado en caso de que se presente alguno de los siguientes elementos: i) contar con nuevas tecnologías o modelos de negocio; ii) contar con incentivos para bajar los precios o resistirse a los precios de la industria; iii) contar con la habilidad y el incentivo para expandir su producción rápidamente usando su capacidad disponible; y/o iv) ser un agente económico que se ha resistido normalmente a las normas prevalecientes en el mercado correspondiente para la cooperación en la fijación de precios u otros temas de competencia.

Así, los servicios OTT cumplen a cabalidad con todos elementos anteriores, excepto por el iv) por no resultar aplicable, tal y como se acredita a continuación:

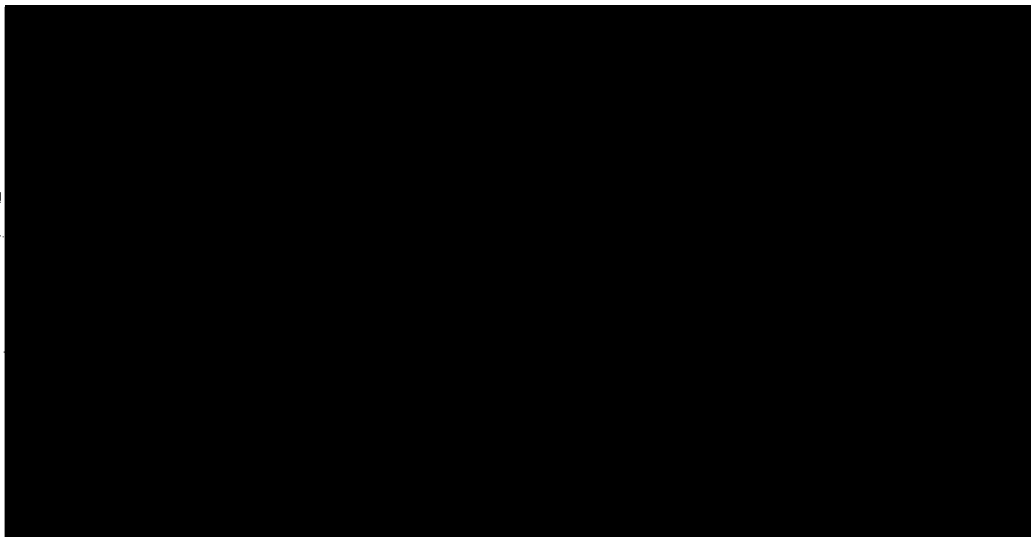
1. Los servicios OTT son una tecnología novedosa y lanzada en los últimos años. Asimismo, los servicios OTT han planteado un modelo nuevo de negocio, enfocado en atender las necesidades de los consumidores mediante la puesta a disposición de contenidos audiovisuales en el momento en que éste los requiere.

²²⁵ Si bien GTV señala un "expediente citado", lo cierto es que en la página 59 de su Escrito de Manifestaciones no se citó ningún expediente en relación esta manifestación. Folio 16452 del Expediente.

²²⁶ FTC y DOJ, *Horizontal Merger Guidelines*, 19 de agosto de 2010 ("*Guía de Concentraciones Horizontales*"), pp. 3 a 4. <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

2. Por lo regular los OTT ofrecen un precio inferior a aquel de los STAR. En ese sentido, es factible presumir que los precios de los OTT incluso han tenido un impacto en la baja en los precios de los STAR en los últimos años.

3. OTTs como Netflix han demostrado su habilidad e incentivo para expandirse rápidamente en México con la capacidad disponible con la que cuenta. Ello se acredita mediante el crecimiento en México en un [REDACTED] de usuarios por parte de Netflix entre el primer cuarto trimestre de dos mil trece y el cuarto de dos mil catorce. Más aún, ello se demuestra en la siguiente gráfica que representa el rápido crecimiento de suscriptores OTT en México, lo que sostiene el carácter disruptivo de estos servicios para los operadores del STAR.



La gráfica precedente muestra a los principales servicios OTT en México y su espectacular crecimiento, lo que presupone una habilidad y el incentivo para expandir su producción rápidamente usando su capacidad disponible. Dicho crecimiento descomunal no tiene precedente en el Mercado Relevante, ni siquiera la entrada de Dish en el año dos mil ocho que generó un fuerte impacto en los precios de dicho Mercado, ya que ningún otro competidor en el mercado ha logrado adquirir una participación de mercado tan alta en tan poco tiempo.

Por otra parte, el hecho que el OTT sea un servicio de un supuesto reciente desarrollo como indica AI, y que aún no cuente con una presencia igual al STAR no implica una imposibilidad para considerarse como sustitutos. Menos aún pudiera llevarse a cabo esta interpretación si existen muestras claras del interés por parte de los demandantes del servicio por adquirir el servicio de OTT.

De hecho, la CFC consideró a TotalPlay como *maverick* en el mercado de Internet de banda ancha fijo y del STAR con una participación de mercado de 0.01 cero punto cero

uno por ciento,²²⁷ mientras que actualmente los servicios OTT ya representan una proporción del 19.7% (diecinueve punto siete por ciento) del STAR en términos de suscriptores.

En virtud de lo anterior, es contundente que los OTT son un *maverick* en el mercado de audio y video asociado a través de RPT y que su reciente entrada al mercado únicamente corrobora su carácter como *maverick*.

Esta autoridad considera que, si bien GTV presenta elementos para concluir que el crecimiento del servicio OTT es acelerado y existen competidores que se presumen disruptivos en la prestación de ese servicio, no explica por qué un crecimiento acelerado del OTT, por sí sólo, deba implicar la sustitución de los servicios OTT y STAR para efectos de determinación de los Mercados Relevantes. Esta conclusión se basa en los siguientes elementos.

Afirma GTV que el DP omite aportar elementos de convicción que permitan concluir que el reciente desarrollo de los OTT y su presencia limitada pudieran suponer que los OTT no son sustitutos de los STAR. Al respecto, se advierte que, de acuerdo al Dictamen Preliminar, la presencia limitada de los OTT puede deberse a elementos como la falta de disponibilidad del servicio, el precio y la velocidad de Internet. Al respecto, el DP menciona otros elementos que influyen en la determinación del servicio relevante, como: diferencias en contenidos ofrecidos, la necesidad de dispositivos adicionales, el control de la transmisión por parte de los operadores STAR, diferencias en formas de comercialización y contratación, calidad de transmisión, entre otros.

Adicionalmente, GTV argumenta que el hecho de que los servicios OTT estén creciendo aceleradamente en los últimos años es un indicio de que son sustitutos del STAR. Al respecto, GTV no proporciona argumentos específicos más allá de sugerir que, en general, el crecimiento y el dinamismo implican sustitución.

Es de señalarse que, al menos durante los próximos años, un crecimiento acelerado del servicio OTT, por sí sólo, puede ser compatible con un escenario en el que un porcentaje alto de los usuarios contraten ambos servicios; de forma que OTT sea un complemento del servicio de STAR y no necesariamente contraten OTT y descarten el servicio STAR.

Por otro lado, manifiesta GTV que los OTT son un competidor disruptivo o "*maverick*" en el mercado de audio y video asociado a través de RPT. Lo anterior, sin embargo, es pertinente en la medida en que el competidor disruptivo sea un competidor dentro del mismo servicio relevante del STAR. En este sentido, al no identificarse elementos que permitan considerar a los OTT dentro del mismo servicio relevante que el STAR, el hecho de ser competidor con un acelerado crecimiento en número de suscriptores no lo hace un competidor agresivo de los prestadores del STAR.

²²⁷ GTV cita lo siguiente: CFC, expediente CNT-031-2011, Páginas 37 a 38.

Por lo señalado en el párrafo anterior, resulta irrelevante analizar el crecimiento de los servicios OTT y los del STAR. No obstante, debe notarse que incluso los elementos con los que GTV pretende argumentar el carácter de "maverick" de los OTT son contradictorios. Como se señaló en el peritaje en materia de Economía en respuesta a la pregunta adicional iv formulada en relación con su dictamen pericial, entre el último trimestre de dos mil doce y el último trimestre de dos mil catorce, el crecimiento de los OTT en México fue de setenta por ciento del crecimiento del STAR, lo que contrasta con la manifestación de GTV respecto a que el crecimiento de los OTT está por encima del STAR.

Asimismo, GTV no explica cómo la información contenida en los reportes de Netflix y AMX de "Pay-TV Operators Series 2015" publicados por Dataxis, que obran en los anexos del escrito de manifestaciones de GTV, evidencian la sustitución entre servicios OTT y los STAR para el caso mexicano, pues en todo caso, del análisis de tales reportes se observa que se encuentran en idioma distinto al español, por lo que con fundamento en el artículo 113, de la LFCE, esta autoridad no puede considerarlos.

6.9.6. Baja Penetración del Internet en México.

GTV señala que en las páginas 95 (noventa y cinco), 96 (noventa y seis) y 97 (noventa y siete) del DP se indica que la poca penetración de los OTT está asociado a la penetración y calidad del servicio de Internet en México. Más aún, la AI argumenta que existen marcadas diferencias en la disponibilidad de acceso a Internet entre las entidades federativas, así como que los precios de dicho servicio son altos y la calidad baja, en comparación con el promedio de los países de la OCDE.

No obstante lo anterior, el oficio de probable responsabilidad emitido por la AI en el expediente E-IFT/UC/DGIPM/PMR/0005/2013, de fecha veintisiete de febrero de dos mil quince, plantea una postura opuesta respecto al desarrollo de los servicios de acceso a Internet en el país reconociendo que los OTT hoy en día son una oferta viable gracias al desarrollo de la tecnología. A continuación se transcriben las partes conducentes para mejor referencia de ese Instituto:

"El desarrollo de la tecnología hizo viable la distribución de contenidos audiovisuales a través de Internet.

(...)

Bajo este contexto, con el incremento de las conexiones a Internet de banda ancha, los productores de contenidos, programadores de señales y los mismos prestadores de servicios a usuarios finales, comenzaron a utilizar tecnologías que utilizan protocolo de Internet como un medio más de distribución de sus obras, ya sea a través de la distribución gratuita de las señales en los mismos portales de los programadores de la señal o bien como servicios en la modalidad de SVoD.

(...)

Como puede observarse, existe una relación entre la penetración del servicio de Internet de banda ancha y la provisión del servicio de distribución de contenidos a través del Internet. El desarrollo del primero, permitió la entrada y crecimiento de participantes en la provisión de los segundos tal y como lo señaló Cablevisión".

De lo anterior se observa que la AI, no obstante considera que la calidad y cobertura de los servicios de acceso a Internet son superiores a otros países de la OCDE, reconoce que la calidad de los mismos ha sido lo suficientemente aceptable para el crecimiento de los proveedores de servicios de OTT.

Por otra parte, el DP señala que el porcentaje de hogares con acceso a Internet era del 34.4% (treinta y cuatro punto cuatro por ciento) respecto del total de hogares del país. Dicha cifra se obtuvo del INEGI en el año dos mil catorce. Dicho porcentaje es sumamente atractivo para los OTT porque implica un acceso inmediato y sin costos significativos ni barreras de entrada para acceder a más del 61% (sesenta y uno por ciento) del mercado que hoy en día tienen los STAR.

Es factible concluir lo anterior si consideramos que el 34.4% (treinta y cuatro punto cuatro por ciento) del total de hogares en México equivale a 9, 686,824 (nueve millones seiscientos ochenta y seis mil ochocientos veinticuatro) hogares²²⁸ y que el total de suscriptores STAR se estima en 15, 793,041 (quince millones setecientos noventa y tres mil cuarenta y uno) según se señala en la página 58 del DP.

En ese sentido, los proveedores de OTT como nuevos *mavericks* tendrían la posibilidad de contar con al menos 9, 686,824 (nueve millones seiscientos ochenta y seis mil ochocientos veinticuatro) suscriptores, es decir, 61% (sesenta y uno por ciento) de participación del Mercado Relevante sin necesidad de realizar inversiones en infraestructura física ni obtener concesiones para la prestación de un servicio de telecomunicaciones. Dichas cifras están subestimadas ya que se considera a un suscriptor por hogar cuando los servicios OTT permiten que haya más de uno por hogar toda vez que se puede acceder a sus servicios a través de diversos dispositivos (incluyendo computadoras, tabletas y celulares, entre otros).

Por otro lado, el DP sostiene que *"los precios de la banda ancha en el país son altos, equivalentes a 1.69 (uno punto sesenta y nueve) dólares por Mbps frente a los 0.51 (cero punto cincuenta y uno) dólares promedio entre los países de la (OCDE)."*¹³¹ En tratándose de la calidad del servicio, se asegura que *"es de las más bajas entre los países miembros. En México la*

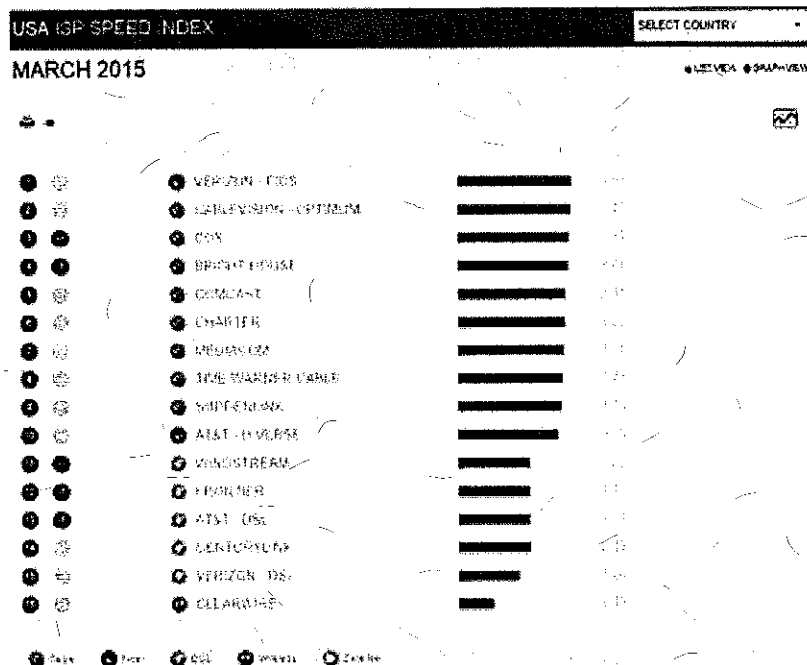
²²⁸ De acuerdo con el último censo del INEGI del 2010 el total de hogares en México era 28, 159,373, mismo que es información pública y que es un hecho notorio para ese Instituto toda vez que el mismo lo utiliza como fuente en el DP. También se puede encontrar en el siguiente vínculo de Internet: <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/mexicocifras/>

Nótese que dicha cantidad está subestimada toda vez que se encuentra al año 2010 por lo que de incluirse al año 2014 muy probablemente este número incrementaría.

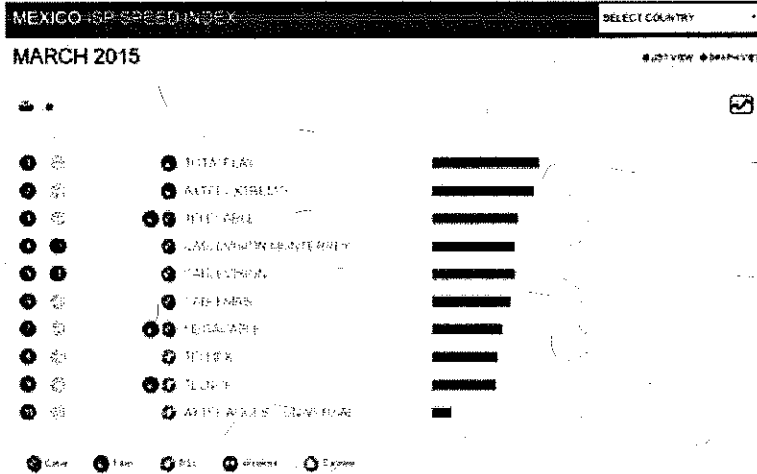
velocidad de bajada promedio en el servicio de Internet de banda ancha, es de 11,211 (once mil doscientos once) Mbit/s y la mediana es de 5,120 (cinco mil ciento veinte) Mbit/s".²²⁹

--Esta afirmación de la AI es incongruente con la definición municipal de los mercados relevantes que propone. Las afirmaciones sobre la disponibilidad y/o calidad de la banda ancha disponible debieran haberlas hecho y sustentado para todos y cada uno de los municipios que toma como mercados relevantes independientes.

La AI subestima la velocidad del Internet de banda ancha en México; no tiene más que consultarse el comparativo de velocidades a las que proveedores de Internet ofrecen el servicio a nivel global que Netflix ha puesto en línea, para confirmar su error. Netflix cuenta con 64 (sesenta y cuatro) millones de usuarios a nivel mundial, de quienes recaba información sobre las diversas experiencias con el *streaming* de su contenido, razón por la que su base de datos es una muestra de las características de las conexiones en diferentes países del mundo.²³⁰ A continuación se reproducen los comparativos correspondientes a EUA y México, de manera que pueda observarse que la velocidad de conexión no varía significativamente en ambos países.²³¹



Fuente: <http://ispspeedindex.netflix.com/usa>



Fuente: <http://ispspeedindex.netflix.com/mexico>

Como quedará plenamente acreditado en términos de la prueba pericial en telecomunicaciones que se relaciona en el Capítulo de Pruebas del presente escrito y se desahogará al tenor del cuestionario para tales efectos se acompaña la velocidad promedio en México de acceso a Internet al usuario final es suficiente para un servicio OTT como Netflix.

Se observa claramente en los comparativos reproducidos que la velocidad a la que se transmite por banda ancha el contenido audiovisual que compone el catálogo de Netflix es, para casi todos los proveedores o ISPs, por sus siglas en inglés, de México y EUA, similar, observándose aún que en México existen proveedores que ofrecen conexiones más rápidas.

Es esencialmente con esta percepción del desempeño de la banda ancha con lo que el Instituto asocia la aparición tardía del servicio OTT en el país, que sitúa en dos mil doce, y, lo que a su juicio es la propia baja penetración de éste, misma que únicamente estima con respecto a la provisión del STAR, en quince por ciento.²³²

La AI erróneamente centra su argumento en contra del carácter sustituto del servicio OTT en las limitaciones que presenta en México la banda ancha, en la medida en que se trata de una característica circunstancial, que varía según el servicio relevante que se esté analizando. No se trata de características intrínsecas de los servicios que los hacen inaptos en la sustitución, para el caso de que el precio de uno de ellos se

5

Incrementara más allá de niveles competitivos. El DP no contiene la naturaleza de sustitutos de ambos servicios, sino el alcance de la banda ancha necesaria para prestar el OTT. Lo que quiere decir que STAR y OTT son sustitutos cercanos donde sea que haya acceso a la banda ancha.

Esta autoridad considera que los elementos aportados por GTV son insuficientes para modificar la dimensión del servicio relevante, toda vez que la disponibilidad de Internet y la capacidad de este servicio constituyen un obstáculo para que los consumidores puedan sustituir el STAR por OTT.

GTV se refiere al oficio de probable responsabilidad emitido por la AI en el expediente E-IFT/UC/DGIPM/PMR/0005/2013. Afirma que en dicho expediente la AI considera que la calidad y cobertura de los servicios de acceso a Internet son superiores a "otros países de la OCDE", sin citar el párrafo donde la AI hace tal afirmación. Adicionalmente, GTV no especifica a qué, cuántos y cuáles de esos "otros países de la OCDE" se refiere. Es relevante saber el número e identidad de los países, pues, como está expresada, la afirmación de GTV es válida si tan solo México supera a dos países de la OCDE.

Por otra parte, de la cita que hace la AI, se encuentra el hecho de que la distribución de contenidos audiovisuales por Internet se haya convertido en una oferta viable gracias al desarrollo de la tecnología, y que exista una relación entre la penetración del servicio de Internet de banda ancha y la provisión del servicio de distribución de contenidos a través del Internet, no implica necesariamente que los OTT y el STAR sean sustitutos.

En todo caso, GTV omite expresar mediante argumentos económicos cómo es que la viabilidad, aparición y crecimiento de empresas de distribución de contenidos audiovisuales por Internet implica que dichos servicios son sustitutos del STAR. Así, esta autoridad se encuentra imposibilitada para determinar si realmente existen posturas opuestas entre el Dictamen Preliminar y el oficio de probable responsabilidad al que alude GTV.

No obstante lo anterior, se precisa que el DP establece varios elementos de análisis que permiten concluir que los OTT no son sustitutos, por ejemplo: que los contenidos transmitidos a través del STAR son lineales, mientras que los transmitidos por OTT son por catálogo; que el servicio de acceso a Internet es indispensable para tener acceso a los servicios OTT, cuyo costo debe tomarse en cuenta para considerar al OTT como un sustituto del STAR.

Respecto a la calidad de los servicios de Internet para la prestación de servicios OTT, se observa de la Información provista por el mismo GTV que las velocidades promedio de descarga en Internet en México, de acuerdo con el principal proveedor de servicios OTT por suscripción, Netflix, son menores a las requeridas para proveer contenidos a través de los OTTs con una calidad similar a la provista por el STAR.

Es decir, el hecho de que sea posible transmitir contenidos de video a través de Internet no implica que los servicios prestados a través de esa tecnología sean automáticamente sustitutos del STAR, pues el análisis de sustitución implica una valoración económica compleja

y discrecional, que evidentemente no puede derivarse sólo del hecho que exista una viabilidad técnica o económica de transmitir contenidos audiovisuales por Internet.

El hecho de que se encuentre desplegada una red de telecomunicaciones fijas evidentemente favorece y hace viable la provisión de servicios a través de Internet, lo cual no implica por sí sólo que OTT y STAR sean sustitutos. Como se señaló con anterioridad, el concepto de sustitución para fines de determinar un servicio relevante, requiere que los consumidores realicen la sustitución en la práctica, en cantidades suficientes ante un incremento significativo de precios, de forma que esta sustitución sea una restricción competitiva para los oferentes en el mercado. Alternativamente, puede efectuarse un análisis de intercambiabilidad y equivalencia funcional, que debe identificar los posibles obstáculos y costos que impiden el desplazamiento de la demanda de un servicio a otro y por lo tanto permiten determinar si tales servicios son o no sustitutos para efectos de determinar el servicio relevante. La simple afirmación de que una red de telecomunicaciones favorece la provisión de Internet no es un elemento que por sí mismo permita determinar la sustitución entre los servicios en cuestión conforme a los criterios aquí mencionados.

Si bien, en palabras de GTV, los OTT pueden acceder al 61% (sesenta y un por ciento) "*del mercado que hoy en día tienen los STAR*" sin costos significativos ni barreras de entrada, es de mencionarse que la determinación del servicio relevante se realiza con base al conjunto de características que incluyen la probable sustitución de ambos servicios desde el punto de vista de la oferta y demanda, no limitándose a la posibilidad de acceso de un conjunto de usuarios.

Las características de los OTT son diferentes a las del STAR en varios aspectos que difieren desde la perspectiva del consumidor. Incluyen, el acceso, costo y velocidad de la banda ancha, tipo de contenidos ofrecidos, necesidad de dispositivos, formas de comercialización y contratación, calidad de transmisión, control de la transmisión por parte de los operadores, entre otros. El DP, en páginas 100 a 110, analizó esta posibilidad de sustitución y concluyó que los OTT no se consideran sustitutos desde la perspectiva del consumidor.

Por otro lado, como correctamente afirma GTV, el DP presenta sólo información agregada a nivel nacional sobre niveles de acceso y velocidades de Internet. No obstante, GTV no señala que esta información no sea indicativa de las condiciones en que se provee el servicio en distintas dimensiones geográficas; más aún, el mismo GTV pretende acreditar que la velocidad de Internet para proveer OTT es adecuada presentando información que se asume corresponde con promedios nacionales, como se observa en sus siguientes manifestaciones. Cabe recalcar que si bien hubiera sido preferible contar con información desagregada a nivel municipal, el análisis se realiza con la mejor información disponible en términos del artículo 120 de la LFCE.

Respecto de las manifestaciones realizadas por GTV, cabe realizar las siguientes precisiones:

De la información ofrecida por el mismo GTV se observa que una mayor proporción de proveedores de Internet en Estados Unidos de los considerados por Netflix para elaborar su

reporte, rebasan las velocidades de 3 Mbps, a diferencia de lo observado en México, donde tal proporción de proveedores en condiciones de ofrecer tales velocidades es menor.

En relación con lo anterior, el dictamen pericial en materia de Telecomunicaciones señala lo siguiente:²³³

"La velocidad de acceso a Internet necesaria para la transmisión de audio y video tiene una relación directa con la cantidad de información a transmitir (medida en bits o Bytes, 8 bits = 1 Byte) en un determinado periodo de tiempo (medido en segundos). (...)

Por otro lado, la calidad del servicio también está directamente relacionada con la cantidad de información requerida para la transmisión/difusión de un servicio de audio y video; por ejemplo, el ancho de banda requerido para una transmisión con calidad standard ("Standard Definition, SD", en inglés) es diferente a la información requerida para transmitir el mismo contenido en alta definición ("High Definition, HD", en inglés). Entre mayor sea la resolución/calidad del video, mayor va a ser la cantidad de información que es necesario transmitir.

Como ejemplo, veamos al proveedor de servicios Netflix. Netflix recomienda los siguientes anchos de banda en el acceso a Internet:

0.5 Mbps como conexión mínima requerida

1.5 Mbps como conexión recomendada

3.0 Mbps es el ancho de banda recomendad para video en definición standard

5.0 Mbps para video de alta definición

25 Mbps para video de Ultra alta definición

(...)

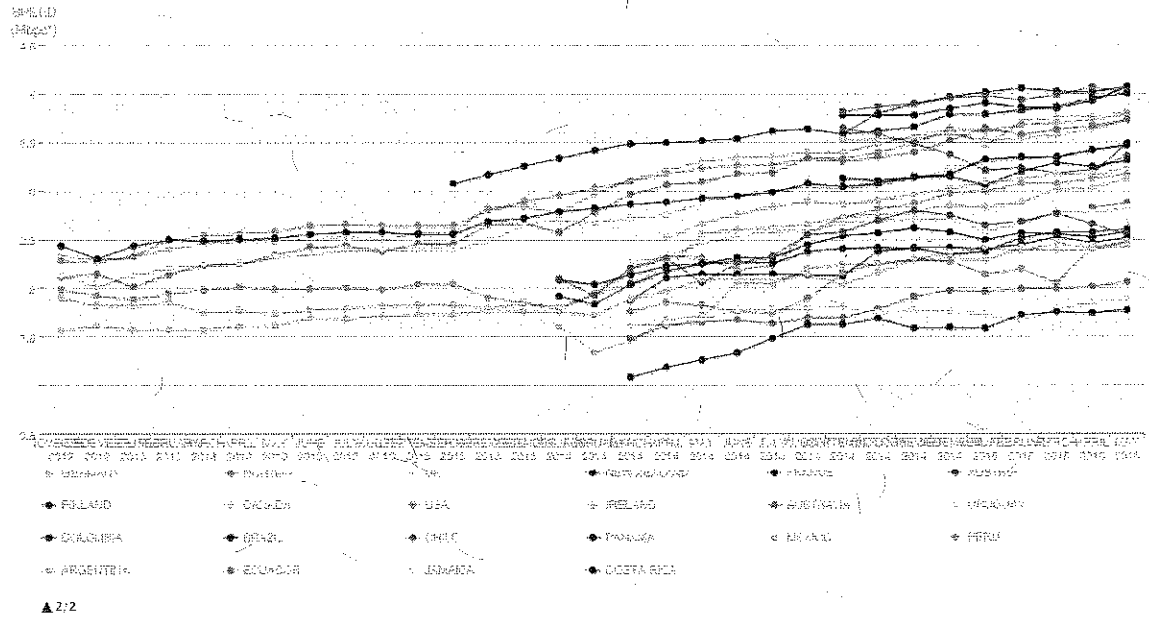
Con esto se puede concluir que desde un punto de vista técnico, la percepción de la calidad de los servicios OTT se ve afectada directamente por la velocidad de acceso a Internet del usuario final. La oferta puede ser la misma independientemente de la velocidad de acceso, pero la calidad que perciba el usuario será distinta y estará en función de la velocidad de acceso a Internet.

(...)

No obstante, y como se explica más adelante y, considerando la evolución reciente de las distintas tecnologías de compresión de video y la aplicación de sistemas ABRS, puede afirmarse que la calidad de los servicios OTT es razonable para usuarios con acceso a Internet con velocidad de bajada de 5.12 Mbps."

Si se utiliza información del sitio web de Netflix, se encuentra que existen diferencias entre México y el resto de países donde Netflix brinda sus servicios.

AVERAGES EXPORT



Fuente: <http://ispspeedindex.netflix.com/country-averages>

Como se puede observar en la gráfica, en mayo del dos mil quince México tenía una de las cinco velocidades más bajas (empatado con Perú) de veintiocho países analizados, sólo por arriba de países como Costa Rica, Jamaica, Ecuador y Argentina.

Al respecto, el mismo perito, en respuesta a la pregunta b) de las preguntas adicionales al Dictamen Pericial a su cargo, presenta información que acredita que la velocidad de Internet en México es inferior a la que recomienda esa misma empresa para ver contenidos en una calidad estándar. La tabla se reproduce a continuación:

La empresa Netflix en la página <http://ispspeedindex.netflix.com/mexico>, publica para México las velocidades de acceso a los diferentes servidores ISP y sus datos son los siguientes:

Empresa	Velocidad promedio (Mbps)
Total play	3.63
Axtel extremo	3.51
Telecable	3.29
Cablevisión	3.01
Cablemas	2.77
Megacable	2.665

Telnor	2.49
Cablevisión Monterrey	2.37
Telmex	2.26
Axtel acceso universal	0.69

El promedio publicado para mayo de dos mil quince es de 2.47 Mbps.

Comparando las velocidades mencionadas en el dictamen con las señaladas en la Tabla anterior, es posible concluir que las velocidades de Internet provistas en México no son suficientes para soportar servicios de video OTT de calidad comparable a la televisión de definición estándar o de alta definición.²³⁴ A pesar de que existen operadores en México que llegan a ofrecer velocidades comparables a las que se ofrecen en algunos países con mayor penetración de Internet, la velocidad promedio de descarga disponible para la mayoría de la población es baja.

De acuerdo con lo manifestado en la misma pericial en materia de telecomunicaciones:²³⁵

"(...) la velocidad de acceso a Internet influye directamente en la calidad que perciben los usuarios de servicios OTT. Si la velocidad de acceso es baja, la calidad del servicio será mala; en cambio, cuando el acceso comienza a ser de mayor capacidad, la calidad mejora generando así una mejor percepción de la calidad de los servicios".

La afirmación anterior es consistente con el señalamiento de la AI en cuanto a que la calidad con la que se proveen los STAR y los servicios OTT es otra de las diferencias cruciales entre los servicios aludidos.²³⁶ Cabe señalar que la conclusión contenida en el DP respecto a que los OTT y STAR no son sustitutos se basa, además de la calidad del acceso a banda ancha, en el tipo de contenidos ofrecidos, necesidad de dispositivos, formas de comercialización y contratación, calidad de transmisión, control de la transmisión por parte de los operadores, entre otros.

Siguiendo sólo el principio de intercambiabilidad y equivalencia funcional para definir el servicio relevante, parecería que el hecho de que los OTT pongan a disposición de los usuarios finales contenido de audio y video asociados a través de una RPT los hace sustitutos de los STAR. No obstante, otros aspectos deben tenerse en cuenta antes de concluir que dos productos o servicios son sustitutos. Entre estos: los obstáculos y costos relacionados con el

²³⁴ Respecto a la clasificación de los formatos de resolución ver:
<http://www.televisiondigital.gob.es/tecnologias/AD/Documents/GuiaHD.pdf>.

²³⁵ Página 9 del dictamen pericial en Materia de Telecomunicaciones. Folio 19709 del Expediente.

²³⁶ Página 97 del DP. Folio 13829 del Expediente. Asimismo, esta situación ya ha sido reconocida por el Pleno en los acuerdos P/IFT/010715/164 así como P/IFT/010715/165.

desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutos. Tal y como lo señala la Comisión Europea:²³⁷

"37. Los tipos de elementos que la Comisión considera pertinentes para determinar si dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda pueden clasificarse de la forma siguiente:

(...)

42. Obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos. Existen diversos obstáculos y costes que pueden impedir que la Comisión considere que dos productos sustitutivos a primera vista pertenecen a un único mercado de producto".

Es en este sentido que la disponibilidad de Internet y la calidad de dicho servicio constituyen un obstáculo para que los consumidores puedan sustituir el STAR por OTT. Además de esta consideración, el DP proporciona otros elementos que en conjunto permiten concluir que el STAR y los OTT no son sustitutos.

6.9.7. Evidencia adicional que soporta la sustituibilidad de los OTT.

GTV señala que el servicio de OTT es sustituto de cualquiera de los STAR porque todas tienen una misma finalidad consistente en poner a disposición del consumidor final contenido de audio y video asociados a través de una RPT. Lo anterior en razón de lo siguiente:

1.- Lo manifestado en diversos documentos por María Elena Estavillo Flores,²³⁸ la Comisión Europea,²³⁹ la Comisión Federal de Comunicaciones,²⁴⁰ el Departamento de Justicia de los EUA²⁴¹ y la Comisión de Competencia del Reino Unido.²⁴²

²³⁷ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Dicha comunicación se encuentra en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31997Y1209(01)).

²³⁸ Documento intitulado "Retos Regulatorios ante la Convergencia de los Servicios de Telecomunicaciones", mismo al que se hace referencia en la prueba identificada como numeral 3 del apartado de pruebas del Escrito de Manifestaciones de GTV y del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV. Folios 16876 al 16960 del Expediente.

²³⁹ Documento intitulado "Prepararse para la Convergencia Plena del Mundo Audiovisual: Crecimiento, Creación y Valores", mismo al que se hace referencia en la prueba identificada como numeral 4 del apartado de pruebas del Escrito de Manifestaciones de GTV y del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV. Folios 16961 al 16975 del Expediente.

²⁴⁰ Federal Communications Commission (2015). "Annual Assessment of the Status of Competition in the Market for the Delivery of Video Programming, Sixteenth Report". p. 4. Disponible en el siguiente sitio de Internet: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-41A1.pdf.

²⁴¹ Documento al que se hace referencia en la prueba identificada como numeral 6 del apartado de pruebas del Escrito de Manifestaciones de GTV y del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV. Folios 16992 al 17006 del Expediente.

²⁴² Documento al que se hace referencia en la prueba identificada como numeral 7 del apartado de pruebas del Escrito de Manifestaciones de GTV y del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV. Folios 17007 al 17142 del Expediente.

2. La herramienta conocida como "Perfiles" de Netflix que "permite que para cada cuenta de Netflix se creen hasta cinco perfiles distintos, con el objetivo de que varios miembros de una misma familia registren sus nombres en la pantalla para recibir recomendaciones conforme a sus gustos a partir de los contenidos previamente vistos".²⁴³

3. El Reporte Anual dos mil doce de Netflix "en donde presenta una lista de sus competidores" entre los que figuran en primer lugar los distribuidores de video por cable y otros servicios 'bajo demanda' de los proveedores de video a través de cable o fibra óptica; proveedores de DTH y proveedores de telefonía fija.

4. El Reporte Anual dos mil catorce de Netflix, en cual al referirse a sus competidores indica:

"El mercado del video de entretenimiento es altamente competitivo y sujeto a cambios rápidos. Competimos contra otros proveedores de videos de entretenimiento tales como distribuidores de programación de video multicanal ("MVPDs", por sus siglas en inglés), proveedores de contenido de TV y películas basado en Internet (incluyendo aquellos que proveen contenido pirata), así como tiendas de renta de DVD, y de manera más amplia, contra otras fuentes de entretenimiento que nuestros miembros podrían elegir en sus momentos de tiempo libre. También competimos contra proveedores de videos de entretenimiento para obtener contenido que les guste a nuestros miembros, tanto para contenido de transmisión con licencia como para proyectos de contenido original.

*A pesar de que los usuarios pueden mantener relaciones simultáneas con fuentes de entretenimiento múltiples, nos esforzamos para que los usuarios nos elijan en sus momentos de tiempo libre".*²⁴⁴

Empresas como Netflix, AppleTV, Google Play, Cinepolis Klic, ClaroVideo, TotalMovie, VUDU, Nuflick, Yuzu, Crackle, Terra TV, Fox Play, Uno TV, Cuevana, Tvolución, Roja Directa, Tele Yoo, TV Adictos, Justin TV, Series Yonkis, YouTube, Metacafe, Veoh y TV Azteca han penetrado al segmento del servicio de video de paga a los consumidores y se han convertido en una opción clara y cada vez más propagada entre los consumidores frente a proveedores que utilizan otras tecnologías como televisión por cable o fibra óptica, MMDS o DTH. Esto es cierto para la mayoría de los segmentos de la población, pero en particular para las nuevas generaciones que optan por no conformarse con las

²⁴³ Nota periodística publicada en el periódico El Universal el 4 de agosto de 2013. La nota puede ser consultada en la siguiente página de Internet: <http://archivo.eluniversal.com.mx/computacion-tecnologia/2013/netflix-perfiles-79474.html> misma a la que se hace referencia en la prueba identificada como numeral 8 del apartado de pruebas del Escrito de Manifestaciones de GTV y del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV. Folios 17143 al 17148 del Expediente.

²⁴⁴ Netflix. - Annual Report 2014. <http://files.shareholder.com/downloads/NFLX/619277149x0xS1065280-15-6/1065280/filing.pdf>, página 5.

opciones que ofrece la programación tradicional sino que prefieren una variedad de contenidos en el lugar y hora de su preferencia.²⁴⁵ Aunado a lo anterior, el éxito de los OVD y la rápida propagación de los OTT generan que constantemente nuevos proveedores de video incursionen en el mercado.

En su Informe Anual del año 2012 [REDACTED] afirma ser la compañía de televisión por Internet líder en el mundo y reconoce que existe mucha competencia en la provisión de video.²⁴⁶ El crecimiento de [REDACTED] en México y América Latina de diciembre de dos mil doce a diciembre de dos mil catorce ha sido espectacular y puede servir para predecir la futura penetración de OTT en México. Asimismo aporta un cuadro que muestra el número de suscriptores por país.²⁴⁷ Puede apreciarse que, en el caso de México, entre el primer cuarto trimestre de dos mil trece y el cuarto de dos mil catorce, los usuarios de [REDACTED] crecieron el [REDACTED]. Con excepción de Venezuela, la tasa de crecimiento para el resto de los países seleccionados fue también muy positiva.

En estimaciones más recientes, sólo para México, la misma fuente reporta el número de suscriptores para dos de los OVD en México al cierre de dos mil catorce fue la siguiente:

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

Dichas cifras demuestran el crecimiento acelerado y exponencial de los OTT en México, ya que en el caso de [REDACTED], el número de suscriptores desde el cuarto trimestre de dos mil doce [REDACTED] suscriptores. Por su parte, con tan solo un reducido periodo de tiempo de haber iniciado operaciones [REDACTED] ha alcanzado [REDACTED]

²⁴⁵ Ver por ejemplo el artículo de CNN Expansión: *Streaming* va por televidentes de paga, del 17 de julio de 2013. "Walmart de México calcula que en el país hay alrededor de cinco millones de usuarios potenciales del servicio de transmisión de contenido *streaming*". "En México existen 45.1 millones de usuarios de Internet, que se conectan alrededor de cinco horas diarias en promedio, según datos de la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI), lo que representa un interesante nicho de oportunidad para los proveedores de video *streaming*, reconoció el directivo de Walmart de México. <http://www.cnnexpansion.com/negocios/2013/07/16/streaming-acecha-a-clientes-de-tv-de-paga>.

²⁴⁶ United States Securities and Exchange Commission. "Annual Report Pursuant to Section 13 or 15 (d) of the Securities Exchange Act of 1934". Netflix, 2012. Pp. 1 y 2. Consultable en el siguiente sitio de Internet: <http://ir.netflix.com/secfiling.cfm?filingID=1065280-13-8>

²⁴⁷ Fuente: Dataxis.

Una tendencia similar de crecimiento del uso del IPTV (refiriéndose al OTT) en México es confirmada por la empresa SNL Kagan, que estimó que el número de suscriptores pasaría de 60,744 (sesenta mil setecientos cuarenta y cuatro) en dos mil diez a 678,062 (seiscientos setenta y ocho mil sesenta y dos) en dos mil catorce, lo que significa un crecimiento promedio anual compuesto de 82.4% (ochenta y dos punto cuatro).²⁴⁸ No obstante, como se aprecia del párrafo anterior estos cálculos han sido ampliamente sobrepasados.

Por otra parte, en la actualidad, los servicios de video utilizando cualquier tecnología, incluyendo cable, IPTV, DTH y OTT han ido asemejándose cada vez más, intentando satisfacer las necesidades de los consumidores, específicamente acceder a la programación deseada, de la forma más fácil, en un momento determinado y al menor costo posible. A través de los OVD, los OTT han logrado identificar y abastecer mejor dichas necesidades gracias a su agilidad, facilidad de sus interfaces y a los precios pagados por los contenidos que ofrecen principalmente debido a que no requieren adquirir todos los contenidos de uno o varios canales (tomando en cuenta que regularmente se venden en paquete), sino que única y exclusivamente adquieren aquellos contenidos que consideran puede ser de interés para sus usuarios. Una vez contando con la videoteca, elaboran un historial de los videos visualizados por cada usuario para posteriormente realizar recomendaciones a éstos con base en sus preferencias y así crear un canal único para cada uno de sus usuarios.

Para mejor referencia, a continuación se transcriben fragmentos del artículo publicado por el periódico *The Wall Street Journal* en el que confirma lo anterior:

"Google Inc. GOOOG -0.12% se está uniendo a muchas otras compañías de tecnología en la carrera para lanzar una versión en línea de televisión de paga.

Recientemente Google ha tenido un acercamiento con compañías de medios para lanzar su contenido por un servicio de TV por Internet que podrá permitir ver programación tradicional de TV, según dice gente relacionada con el asunto.

Si el gigante de la web sigue adelante con esta idea se uniría a varias otras compañías que planean ofrecer servicios que proporcionan paquetes de canales tipo TV por cable mediante conexiones de banda ancha.

Tanto Intel Corp. INTC -0.41% como Sony Corp. 6758.TO 0.00% están trabajando en propuestas similares, mientras que Apple Inc. AAPL +0.03% ha propuesto varias ideas de licencia de TV a compañías de medios en el último par de años.

(...)

Si se lanzara, el servicio de TV a través de Internet podría generar implicaciones mayores por el ecosistema tradicional de TV, creando nueva competencia para los operadores de TV de paga que actualmente ya están sufriendo por retener suscriptores de video.

Jugadores existentes de video en línea como Netflix Inc., NFLX +2.86%, Hulu y Amazon.com Inc. AMZN +0.59% ofrecen TV bajo demanda pero a sus esfuerzos más recientes están enfocados en ofrecer canales convencionales, permitiendo a los consumidores cambiar de canales tal y como lo harían en cable, así como de programación bajo demanda.

(...)

proveedores de TV de paga también están pidiendo a las compañías de entretenimiento derechos nacionales de transmisión vía Internet.

(...)

Intel, que tiene planes de lanzar su servicio a finales de este año, ha tenido discusiones por más de un año con varias compañías de medios para adquirir derechos para el servicio de banda ancha.

(...)

El estatus de los planes de Sony no son claros, sin embargo un ejecutivo de medios mencionó el martes que Sony podría lanzar su servicio antes que Intel. (...)”²⁴⁹

Lo anterior se acredita con la documental pública que se adjunta al presente escrito y se relaciona en el capítulo de pruebas correspondiente.

Aunado a lo anterior, CNet publicó en su página de Internet la noticia “Frente a frente: Playstation Vue vs. Sling TV”. En la misma se establece: “Este es el mejor momento para hacer streaming de video y también el peor momento para la televisión por cable tradicional (...)”. La mencionada noticia de dieciocho de marzo de dos mil quince, se acredita mediante una fe de hechos que se adjunta al presente escrito y se relaciona en el capítulo de pruebas correspondiente.

²⁴⁹ Traducción sin valor oficial del siguiente texto: “Google Inc. GOOG -0.12% is joining several other technology companies in the race to launch an online version of pay television. Google has recently approached media companies about licensing their content for an Internet TV service that would stream traditional TV programming, people familiar with the matter say. If the Web giant goes ahead with the idea, it would join several other companies planning to offer services that deliver cable TV-style packages of channels over broadband connections. Intel Corp. INTC -0.41% and Sony Corp. 6758. TO 0.00% are both working on similar offerings, while Apple Inc. AAPL +0.03% has pitched various TV licensing ideas to media companies in the past couple of years. (...) If launched, the Internet-TV services could have major implications for the traditional TV ecosystem, creating new competition for pay-TV operators that are already struggling to retain video subscribers. Existing online-video players like Netflix Inc., NFLX +2.86% Hu/u and Amazon.com Inc. AMZN +0.59% offer on-demand TV, but the latest efforts are aimed at offering conventional channels, allowing consumers to flip through channels just as they would on cable, as well as on-demand programming. (...) pay-TV providers are also asking entertainment companies for nation-wide streaming rights. (...) Intel, which plans to launch its service by year-end, has had discussions with several media companies to acquire broadband-service rights for more than a year. (...) The status of Sony's plans aren't clear, although one media executive said Tuesday Sony could launch its service before Intel. (...)” Sharma, A., Clark, D., Sherr, I. (July 16, 2013) Google Joins Race for a Web TV Service. The Wall Street Journal, p. 81. Ver también: Intel's IPTV service has competitors scared: <http://broadcastengineering.com/cable-amp-iptv/intels-iptv-service-has-competitors-scared>, <http://finance.yahoo.com/news/intel-offer-tv-soon-154002470.html>.

Más aún, en una entrevista realizada a David Cohen, Vicepresidente ejecutivo de *Comcast Corporation* (empresa que presta servicios de video y datos en los Estados Unidos), respecto a la posible adquisición de *Time Warner Cable* por parte de *Comcast Corporation*, éste deja claro que OVD tales como Netflix son actualmente una competencia directa para los proveedores de video por cable. David Cohen también reconoce la tendencia a la consolidación de las cableras, así como su importancia para lograr economías de escala que permitan realizar más inversión e investigación y desarrollo (R&D) a efecto de estar en posibilidad de brindar a los consumidores finales mejores productos.²⁵⁰ Dicho video se acredita con la documental pública que se adjunta al presente escrito y se relaciona en el capítulo de pruebas correspondiente.

En EUA, por ejemplo, ha empezado a darse un cambio en la estructura del sector al crecer de manera importante los usuarios de OTT 24% (veinticuatro por ciento) y decrecer el número de suscriptores de televisión por cable. En el caso de Europa, el RTL Group de radiodifusión reporta un incremento del 25% (veinticinco por ciento) de video en línea en dos mil doce. Menciona, además, que los teléfonos móviles y las tabletas han sido un foco clave para el grupo que opera canales de televisión en Alemania, Francia, Holanda y otros países.²⁵¹

Otro ejemplo de la sustitución de los OTT con los STAR es el estudio realizado por [REDACTED] en marzo de dos mil trece denominado "*Free to Move Between Screens*"²⁵² en donde se incluye el concepto de "Zero TV" para referirse a los hogares que reciben contenido a través de computadoras, televisión vía Internet, teléfonos móviles denominados *smartphones* y vía tabletas. La importancia de este concepto es que en las mediciones que hace [REDACTED] respecto al comportamiento de consumo de las audiencias se incorpora este nuevo concepto debido a la importancia que ha tomado en la preferencia de los consumidores, en donde no nada más se toma en cuenta la televisión tradicional, entendida ésta como un monitor con la habilidad de transmitir video de la forma tradicional; sino que también se consideran otras formas de transmisión de contenidos. A este respecto, es importante resaltar también la definición que hace [REDACTED] de "televisión tradicional", en donde además de la antena, cable y satélite, considera al Internet como una forma tradicional de transmisión de video.

²⁵⁰ La entrevista completa está disponible en el siguiente vínculo en <http://www.c-span.org/video/?318466-1/communicators-david-cohen>.

²⁵¹ "European broadcaster RTL Group reported a 25 per cent increase in online video consumption in 2012, with its services generating over 2.4bn user-requests for professionally-produced content. Mobile and Tablet devices have been a key focus for the group, which operates free-to-air TV channels in Germany, France, the Netherlands and other countries." En Online Video Growth for RTL Group, Richard Broughton, 30 de marzo 2013. www.rtlgroup.com

²⁵² Disponible en: <http://www.nielsen.com/content/dam/corporate/uk/en/documents/Nielsen-March-2013-Cross-Platform-Report.pdf>.

El potencial de crecimiento de los servicios de video por Internet de banda ancha será muy importante en los próximos años para México. Cisco (VNI Forecast Highlights)²⁵³ ha realizado importantes estimaciones de crecimiento para este mercado en México, mismas que se mencionan a continuación:

* En México el tráfico de video IP crecerá tres veces de dos mil doce a dos mil diecisiete, es decir, a una tasa compuesta de crecimiento anual del 25% (veinticinco por ciento).

* En México en el dos mil diecisiete el tráfico de video IP alcanzará 1.1 (uno punto uno) Exabytes por mes, contra trescientos cincuenta y tres Petabytes por mes en el dos mil doce.

* En México en el dos mil diecisiete el segmento de video IP representará el 79% (setenta y nueve por ciento) de todo el tráfico IP, contra el 59% (cincuenta y nueve por ciento) que representó en dos mil doce.

* En México en el dos mil diecisiete el tráfico de los consumidores de video IP representará el 82% (ochenta y dos por ciento) del tráfico de consumo IP, contra el 64% (sesenta y cuatro por ciento) que representó en dos mil doce.

* En México el tráfico de video IP de negocios representará el 127% (ciento veintisiete por ciento) del tráfico IP empresarial en dos mil diecisiete, contra el 75% (setenta y cinco por ciento) en dos mil doce.²⁵⁴

En adición a lo anterior y como un claro ejemplo de la evolución de las preferencias de los consumidores como consecuencia del cambio tecnológico de las telecomunicaciones, tenemos las mediciones de ratings de Ibope, en las cuales, dentro de la segunda categoría de contenido de video más vista en México (sólo detrás del Canal de las Estrellas de Televisa, pero arriba de todos los demás canales, abiertos o restringidos) están los DVDs, VCR y videojuegos.²⁵⁵ Los DVDs, VHS y videojuegos son claramente praxis del OTT tanto por la sustitución que significa a los programas de televisión, como por el hecho de que las consolas de videojuegos sirven también como vehículos para los OTT.

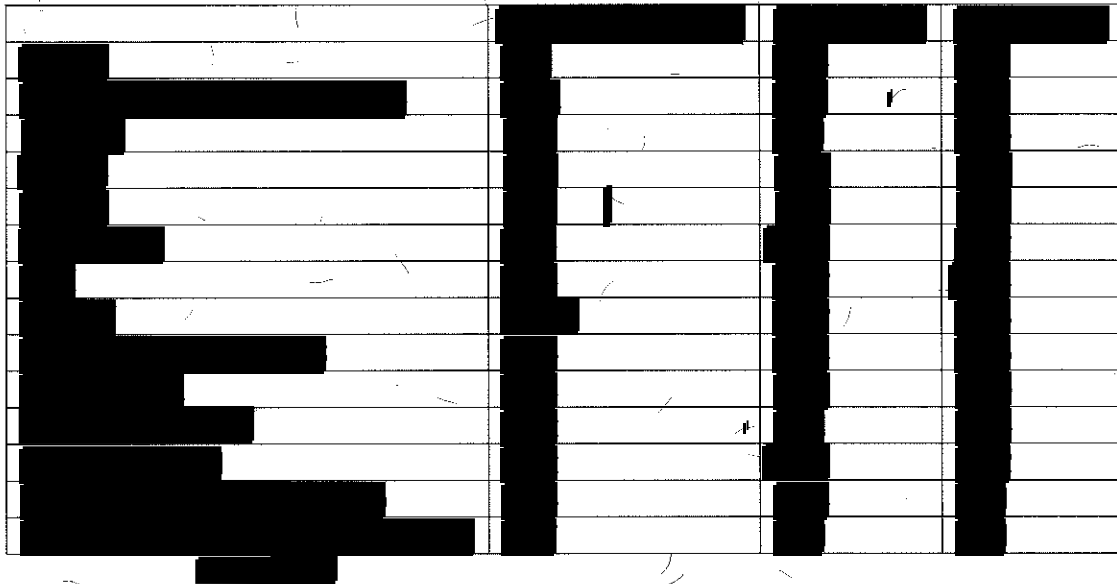
²⁵³ VNI Forecast Highlights Mexico 2017 (dos mil diecisiete). Disponible en:
http://www.cisco.com/web/solutions/sp/vni/vni_forecast_highlights/index.html

²⁵⁴ Lo anterior se acredita con la documental pública que se adjunta al presente escrito y se relaciona en el capítulo de pruebas correspondiente.

²⁵⁵ Ratings de Ibope para el mercado mexicano de enero a junio de 2013.

Ratings de principales canales de televisión

Promedio en el periodo enero-diciembre dos mil trece.



Tomando en cuenta la evolución que ha tenido los OTT en México y el futuro que tendrá en los próximos años, es claro que si bien en el pasado la prestación de servicios de audio y video asociado a través de los OTT ya era un sustituto de aquellos servicios prestados por tecnologías STAR, actualmente la sustitución es aún mayor y continuará incrementando, posiblemente al grado de llevar a todos o la mayoría de los proveedores de video a través de cable o fibra óptica, MMDS y DTH a utilizar la tecnología OTT en el futuro, como la principal tecnología que utilicen para prestar servicios de video a sus clientes.

Aunado a lo anterior, la OCDE ha determinado que la penetración de éstas nuevas tecnologías y estos efectos dinámicos están cambiando la manera en que los consumidores acceden a contenidos audiovisuales y reconoce que en la actualidad dicho contenido puede ser proporcionado a través de múltiples plataformas, como lo son transmisiones análogas o digitales terrestres, satélite, cable o protocolo de Internet y OTT.²⁵⁶

Los principales comercializadores de audio y video asociado al mayoreo en México y a nivel mundial están considerando o incluso ya prestando servicios de audio y video asociado directamente a los usuarios finales utilizando tecnología OTT. Ejemplo claro de

256 Lo anterior se acredita con la documental pública que se adjunta al presente escrito, y su correspondiente traducción al español, y se relacionan en el capítulo de pruebas correspondiente.

lo anterior son HBO, Sony, National Geographic, BBC, ESPN, Disney, Televisa y TV Azteca, quienes hoy en día ofrecen sus contenidos a través de OTT en sus páginas de Internet conjuntamente con los servicios de video que transmite por otras tecnologías.

En México, hoy en día el *streaming* de video ocupa un importante espacio del Internet de banda ancha. Por ejemplo, de los tres proveedores de datos de [REDACTED] en mayo de dos mil trece el *streaming* ocupó al menos el [REDACTED] del uso de la banda ancha, siendo en todos los casos la categoría más importante en términos de uso de la banda, tal como se observa a continuación:

Utilización de banda ancha por proveedor de datos.

Categoría	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
Video Streaming	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
Otros	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
Descargas	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
HTTP	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
Redes sociales	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
Voz	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
Juegos	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
MI	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
Actualizaciones	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

Asimismo, de la noticia de título "*Intel to Offer Web TV Service Soon*" que obra dentro de una fe de hechos que será relacionada dentro del capítulo de pruebas, se corrobora todo lo expuesto hasta aquí, en el sentido que los OTT son sustitutos del STAR. Evidencia adicional de la sustituibilidad de los OTT, la constituye el reporte de competencia en el mercado de audio video, emitido por la Cofetel.

Finalmente, los cambios en la industria de las telecomunicaciones y la convergencia de los servicios de telecomunicaciones no han pasado desapercibido por el Constituyente y el legislador, quienes han reconocido y adecuado el marco jurídico para regular la realidad imperante en esta industria. Ejemplo de lo anterior son las recientes reformas constitucionales contenidas en el Decreto Constitucional y en la LFTR.

Como lo determinó el legislador todos los servicios de audio y video asociado cuyo acceso se provee a los usuarios por las redes de telecomunicaciones son perfectos sustitutos unos de otros y por consiguiente los OTT deben incluirse en la definición de Mercado Relevante.

Como los OTT son un competidor en el mercado de video, las empresas que proveen servicios de Internet de banda ancha, tanto fijo como móvil, deben ser consideradas para analizar las participaciones de mercado puesto que son un medio a través del cual los usuarios pueden tener acceso a los diferentes contenidos de las empresas de OTT.

Esta autoridad considera que las manifestaciones de GTV son insuficientes para determinar que el servicio de OTT es sustituto del STAR, de conformidad con lo que se expone a continuación.

GTV describe un panorama de la distribución de contenidos a través de Internet, características y servicios nuevos, su evolución en los últimos años, su crecimiento acelerado, y los planes actuales y futuros de diversas compañías para la prestación de servicios novedosos. Lo anterior describe un sector con un crecimiento acelerado y una evolución dinámica.

Asimismo, refiere documentos que en general hablan sobre el mismo tema y sobre el proceso de convergencia de redes, la cual podría permitir en un futuro la prestación de nuevos servicios y la convergencia entre distintos servicios.

Sin embargo, las afirmaciones de GTV son generales y no responden a argumentos específicos del DP.

El DP lista en su apartado III.4.1., las principales características del STAR: es un servicio de telecomunicaciones; es un servicio final; es un servicio de acceso restringido y se distribuye a través de redes públicas de telecomunicaciones. A partir del análisis de otros elementos en dicho apartado, el DP presenta una definición preliminar del servicio relevante:

"El STAR es un servicio de telecomunicaciones, prestado mediante un contrato y el pago periódico de una cantidad preestablecida, en el cual el concesionario proveedor del servicio capta e integra señales de audio o de audio y video asociado, a partir de múltiples fuentes, las cuales son codificadas para su distribución a través de diversos medios de transmisión, de manera que sólo aquellos usuarios que cuenten con dispositivos decodificadores pueden tener acceso a dicha señal".

GTV argumenta, siguiendo el principio de intercambiabilidad y equivalencia funcional para definir el servicio relevante, que el hecho que los OTT pongan a disposición de los usuarios finales contenido de audio y video asociados a través de una RPT los hace sustitutos de los STAR. No obstante, al seguir dichos principios deben tenerse en cuenta otros aspectos previos a concluir que dos productos o servicios son sustitutos, por ejemplo aquello que señala la Comisión Europea:

"36. En una primera etapa, un análisis de las características de los productos y de sus utilidades previstas permite a la Comisión limitar el ámbito de investigación de los productos de sustitución. Sin embargo, las características de los productos y sus utilidades previstas no bastan para concluir que dos productos son sustitutos desde el punto de vista de la demanda. La intercambiabilidad de funciones y la similitud de características pueden no constituir en sí criterios suficientes, ya que la reacción de los consumidores a una

variación de los precios relativos también puede deberse a otros factores. (...) Inversamente, las diferencias en las características de los productos tampoco bastan en sí mismas para afirmar que no existe ninguna sustituibilidad de la demanda, dado que ésta dependerá en gran medida de la forma en que los consumidores valoren las diferentes características.

37. Los tipos de elementos que la Comisión considera pertinentes para determinar si dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda pueden clasificarse de la forma siguiente:

(...)

42. Obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos. Existen diversos obstáculos y costes que pueden impedir que la Comisión considere que dos productos sustitutivos a primera vista pertenecen a un único mercado de producto. No es posible proporcionar una lista exhaustiva de todos los posibles obstáculos a la sustitución y de sus costes inherentes. Estos obstáculos o barreras pueden ser de muy distinto origen y, en sus decisiones, la Comisión se ha visto confrontada con obstáculos reglamentarios u otras formas de intervención estatal, restricciones derivadas de mercados en la fase posterior de la cadena, necesidad de realizar inversiones de capitales específicas o reducciones de la producción con el fin de pasar a utilizar insumos alternativos, localización de los consumidores, inversiones específicas en procesos de producción, inversiones en formación y en capital humano, costes de reequipamiento u otras inversiones, incertidumbre sobre la calidad y reputación de proveedores desconocidos, etc.²⁵⁷

En este tenor, y en cumplimiento de lo establecido por la LFCE para definir los Mercados Relevantes, el DP analiza en el apartado III.4.2.2. las características de los OTT y evidencia las diferencias respecto al STAR; destaca el hecho que los contenidos transmitidos por el primero son ofrecidos en modalidad de catálogo, mientras que los contenidos provistos a través del STAR son contenidos transmitidos de manera lineal, y la necesidad de contar con permisos y llevar a cabo inversiones. Asimismo, el hecho que el usuario del servicio OTT requiera necesariamente contar con acceso a Internet de banda ancha y con dispositivos que cuenten con acceso a Internet, tales como: computadoras, teléfonos inteligentes, consolas de juegos, tabletas o televisores inteligentes, y en caso de no contar con tal servicio requiera de su contratación, puede ser considerado un obstáculo para la sustitución en el sentido señalado por la Comisión Europea. Por lo anterior, es posible concluir, que los OTT y el STAR actualmente no son sustitutos.

Respecto a lo expresado por la Comisionada María Elena Estavillo Flores, con independencia que sus declaraciones no son la posición del Pleno respecto a la posible sustitución entre OTT y STAR, GTV descontextualiza sus afirmaciones. En el documento intitulado "Retos Regulatorios

²⁵⁷ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Dicha comunicación se encuentra en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31997Y1209(01)).

ante la Convergencia de los Servicios de Telecomunicaciones", la Comisionada María Elena Estavillo Flores se refiere a la adopción de plataformas OTT en México como "en una fase inicial":

"De acuerdo con cifras al primer trimestre de 2014, sólo 16.3 millones de mexicanos cuentan con acceso efectivo a Internet de banda ancha fija, mientras que los usuarios de banda ancha móvil se estiman en aproximadamente 16.5 millones. De este total de usuarios, un gran porcentaje tiene servicio de Internet de baja capacidad, lo que limita las posibilidades de hacer descargas rápidas de contenidos audiovisuales de alta calidad, por lo que sólo una pequeña parte de estos suscriptores actualmente son usuarios potenciales de este tipo de servicios OTT.

Lo anterior significa que en el caso de los contenidos audiovisuales, la adopción de plataformas OTT en México, se encuentra en una fase inicial, donde el crecimiento de la base de usuarios se logrará a medida que se alcance una mayor penetración, menor precio y mejor calidad de la banda ancha en México".

Por lo tanto, la Comisionada María Elena Estavillo Flores coincide que los servicios OTT han tenido un ingreso tardío al mercado nacional, y limitantes para su desarrollo actual, debido a la baja penetración y calidad del servicio de banda ancha en México.

Incluso, debe observarse que el mismo GTV cita el siguiente pronunciamiento de la Comisionada Estavillo:

"(...) Se ha observado que en países desarrollados los OTT comienzan a imponer restricciones competitivas frente a los servicios tradicionales de televisión (...)."

Es decir, en algunas jurisdicciones los OTT recién parecen ejercer presiones competitivas sobre los STAR, lo que daría lugar a que se analice la posibilidad de que se les considere como sustitutos. No obstante, "ejercer restricciones competitivas" difícilmente se puede interpretar como equivalente a "ser sustitutos".

En el mismo sentido, cabe precisar que la *Federal Communications Commission* (publicado el treinta y uno de marzo de dos mil quince) no fija una postura definitiva sobre si es posible definir inequívocamente como sustitutos los servicios OVD's y el servicio MVPD, afirmando que, independientemente de si actualmente el video en línea es un complemento o un sustituto para el servicio MVPD, puede considerarse a lo más un producto potencialmente sustituto.²⁵⁸ Es decir, actualmente, la autoridad estadounidense no ha tomado una posición definitiva respecto a que los OTT sean sustitutos del STAR.

En el DP se puede observar que la definición de los Mercados Relevantes en el ámbito del producto es compatible con los criterios antes señalados;

²⁵⁸ *Federal Communications Commission. Annual Assessment of the Status of Competition in the Market for the Delivery of Video Programming. Sixteenth Report, Federal Communications Commission, p. 100-101. Versión en inglés disponible en: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-41A1.pdf.*

"En suma, se puede establecer que el servicio OTT presenta las siguientes características:

(...)

b) El usuario del servicio OTT, comúnmente, demanda los contenidos audiovisuales de un catálogo (video bajo demanda), pudiendo seleccionar el momento y la secuencia deseada, a diferencia del STAR, donde el usuario, generalmente, consume los canales de televisión en el orden y tiempo establecidos por los programadores (programación lineal).

(...)

Los contenidos audiovisuales ofrecidos a través de los servicios OTT no son equiparables al STAR. Por ejemplo, los proveedores del servicio OTT que incluyen canales de televisión, por lo general, no cubren todas las categorías que ofrecen los proveedores del STAR, ni incluyen los canales de mayor audiencia, además el número de canales de televisión es, en todos los casos, menor al de los paquetes de canales del STAR.²⁵⁹ Asimismo, se observa que los servicios OTT se enfocan, principalmente, en ofrecer contenidos audiovisuales en catálogo, en los que el usuario puede elegir el momento y la secuencia en que los consume, mientras el STAR, generalmente, ofrece canales de televisión en los que el contenido se da en el orden y tiempo establecidos por los programadores.

Hay elementos que indican que los servicios OTT son complementarios al STAR".²⁶⁰

Es decir, la diferencia en la forma de transmisión de los contenidos entre el STAR (lineal) y los OTT (por catálogo) es considerada en otras jurisdicciones como un elemento para concluir que tales servicios no pertenecen al mismo servicio relevante.

Adicionalmente, en la página 96 del Dictamen Preliminar se menciona que las condiciones de precio, penetración y banda ancha son muy diferentes entre los países miembros de la OCDE y México. En promedio, las condiciones del país son desfavorables para generar una posible sustitución entre los OTT y los STAR, en comparación al promedio de los países miembros de la OCDE, entre el Reino Unido. De esta forma, la posible sustitución entre servicios OTT en el marco del Reino Unido no es aplicable al país.

Por otra parte, en cuanto a las manifestaciones relacionadas con que la tecnología permite a los OVD ofrecer servicios de programación de contenido de acuerdo con gustos y preferencias de los suscriptores a partir de los contenidos previamente vistos, permitiendo crear un canal de contenidos individualizados por cada usuario de acuerdo a sus preferencias, tal como la herramienta "perfiles" de Netflix que señala GTV, se precisa que dichas manifestaciones no hacen más que resaltar la diferencias entre los STAR y los OTT, dado que a través del STAR se provee contenido lineal, mientras que los OTT lo proveen por catálogo, debido que no requiere adquirir todos los contenidos sino única y exclusivamente

²⁵⁹ Por ejemplo, la oferta de canales de los principales concesionarios del STAR oscila entre 34 y 246 canales para los DTH y entre 40 y 272 canales para los operadores de redes cableadas, por lo que es evidente que la oferta de canales de televisión STAR resulta más amplia que la de los servicios OTT. Fuente: Información publicada en las páginas de Internet de los concesionarios. Folio 13826 del Expediente.

²⁶⁰ Páginas 91 y 93 del Dictamen Preliminar. Folios 13826 y 13827 del Expediente.

aquellos que son de interés para los usuarios. A esto se suma el hecho de que las mismas interfaces de los OVD realizan recomendaciones personalizadas a los usuarios, característica ausente en el STAR. Es decir, los manifestantes aceptan la existencia de diferencias que sugieren la insustituibilidad entre el STAR y los OTT.

Por lo que hace a la cita del Reporte Anual 2012 de Netflix, sobre el cual menciona como competidores de Netflix a los distribuidores de video por cable y otros servicios "bajo demanda" de los proveedores de video a través de cable o fibra óptica (ej. Time Warner y Comcast); proveedores de DTH (ej. Direct TV y Echostar); y proveedores de telefonía fija, es importante señalar que de su análisis se observa que Netflix identifica como competidores a "distribuidores de video por cable y otros servicios bajo demanda de los proveedores de video a través de cable o fibra óptica"; es decir, sólo los servicios bajo demanda provistos por el STAR son considerados por Netflix como sus competidores.

Respecto a la nota periodística de The Wall Street Journal según la cual afirma que *"Si se lanzara, el servicio de TV a través de Internet podría generar implicaciones mayores por el ecosistema tradicional de TV, creando nueva competencia para los operadores de TV de paga que actualmente ya están sufriendo por retener suscriptores de video"*, se observa que la misma contribuye a sostener la afirmación de que el STAR y los OTT no son sustitutos, toda vez que se habla de una posibilidad, no una situación presente.²⁶¹

La nota a la que se refiere GTV alude a planes de negocio y no a la situación actual en la industria. En este mismo sentido se encuentra la información de la noticia de título "Intel to Offer Web TV Service Soon" a que se refiere GTV. Estos pronunciamientos coinciden con lo que hasta ahora ha reconocido el regulador estadounidense al catalogar a los OVD como potenciales sustitutos del STAR, sin que, hasta el momento, se tenga información que indique que los ha incluido como sustitutos del STAR, aun cuando en dicho país se cuenta con mayores ofertas de OVD y una mayor penetración de banda ancha y velocidad de Internet.

En otras manifestaciones, GTV se refiere al estudio realizado por [REDACTED] en marzo de dos mil trece, denominado *"Free to Move Between Screens"*, no obstante con que GTV no ofreció como prueba el mencionado estudio y que no es posible acceder desde la dirección de Internet señalada en el pie de página 101 del Escrito de Manifestaciones de GTV, este documento obra en fuentes públicas,²⁶² por lo que no pasa desapercibido de esta autoridad su contenido independientemente de que no es posible darle valor y alcance probatorio, toda vez que GTV no ofreció dicho estudio como prueba. En todo caso, respecto de dicho estudio con relación a las manifestaciones de GTV, es necesario precisar lo siguiente:

²⁶¹ El DP en página 53 se refiere a esta posibilidad. Folio 13807 del Expediente.

²⁶² [REDACTED] (2013), Free to move between screens, The cross-platform report. El documento fue consultado en el siguiente enlace: http://www.tvb.org/media/file/Nielsen_Platform_Report_Q4-2012.pdf.

GTV no proporciona una explicación sobre las implicaciones para la sustitución entre OTT y STAR que, a su parecer, se derivan de la existencia de las categorías "Zero TV" y "televisión tradicional" que [REDACTED] usa para la medición de audiencias.

En el documento citado se define a la "televisión tradicional" como el servicio que permite "ver en una televisión contenido en vivo o diferido entregado a través de una señal radiodifundida o suscripción de TV de paga". También se define el término "hogares con tv" como "un hogar con al menos una televisión/monitor con la habilidad para entregar video vía tradicional por medio de una antena, cable STB o receptor de satélite y/o con una conexión de banda ancha". Al respecto, [REDACTED] también define "Hogares Cero-TV" como aquellos "hogares que no se ajusta a la definición tradicional de [REDACTED] de hogares con TV y que comenzará a ser incluido en las muestras en los periodos 2013-2014".²⁶³

De lo anterior se observa que la televisión tradicional sólo considera la entrega de contenidos por medios radiodifundidos o a través de señales contratadas por televisión de paga. Respecto a la definición de hogares con televisión, debe observarse que la definición propuesta por [REDACTED] no implica que los contenidos de video transmitidos vía Internet sean sustitutos de los contenidos transmitidos vía STAR, puesto que, en todo caso, debería considerarse que la televisión radiodifundida también es un sustituto del STAR, hecho este último que no corresponde con los criterios adoptados por este Instituto en la determinación de mercados relevantes. Al respecto, GTV no argumenta que la televisión radiodifundida y el STAR pertenecen a mercados relevantes distintos.

Es de señalarse que las mediciones de audiencia de [REDACTED] son utilizadas principalmente para la determinación de precios en la comercialización de publicidad. Es decir, se trata de una medición con un fin específico, no necesariamente para determinar si ambos servicios son sustitutos, ni para hacer delimitaciones de mercado en términos de la LFCE.

Las mediciones de [REDACTED] son insumos en la determinación de precios en un mercado de publicidad en el que los OTT, STAR, TV radiodifundida y otros servicios podrían actuar como canales alternativos o sustitutos desde el punto de vista de los anunciantes, situación que, sin embargo, no es el objeto del DP.

Por otra parte, GTV sugiere que en la medición de [REDACTED] los servicios OTT son asimilables a la medición de "DVDs, VCR y Video Juegos" toda vez que a través de estas tecnologías se puede sustituir el consumo de programas de televisión, y en el caso particular de las consolas de videojuegos estas sirven también como vehículos para los OTT.

No obstante, el DP presentó elementos que permiten concluir que la renta o compra de películas grabadas no es parte de los Mercados Relevantes, argumentos que GTV no controvierte limitándose a especular que la evolución de las preferencias hacia la utilización de OTT se puede inferir a partir de la utilización previa de DVDs, VCR y videojuegos.

En cuanto al documento de la OCDE referido por GTV, debe señalarse que el mismo documento indica que en términos de sustituibilidad con otros modos de transmisión, es casi siempre argumentado que la calidad ofrecida por la tecnología IPTV tiende a ser menor que la ofrecida por otras redes de televisión digital.²⁶⁴

Finalmente, se precisa que a pesar que el Decreto Constitucional considera la convergencia de los servicios de telecomunicaciones, ello de ninguna manera podría entenderse como un elemento suficiente para determinar que OTT y STAR sean sustitutos.

El proceso de convergencia tecnológica, el cual puede ser entendido como la capacidad de proveer distintos servicios sobre la misma infraestructura no implica que, por el lado de la demanda, los distintos servicios provistos sean considerados como sustitutos.

Particularmente se observa que en el DP se efectúa un análisis que conduce a la AI a concluir que el STAR y los OTT no son sustitutos. A grandes rasgos, por el lado de la oferta se señala que: el STAR se conforma de programación lineal mientras que los OTT lo hacen de programación no lineal (catálogo); los OTT no incluyen todas las categorías de televisión con respecto a los STAR; el proveedor OTT necesita de un tercero ya que no cuenta con su propia RPT; los OTT no requieren de concesión y el servicio aún es de baja calidad. Por el lado de la demanda, el DP señala que: se necesita conexión a Internet;²⁶⁵ la calidad puede ser baja debido a la velocidad del Internet; no se incluyen los canales con mayor audiencia; se observa que los usuarios de OTT no abandonan por completo el STAR (es decir, no se sustituyen sino que se complementan).

En virtud de las consideraciones referentes al servicio relevante, se puede concluir lo siguiente:

El STAR es un servicio de audio y video asociado, que además cumple con el presupuesto legal de que se presta a través de redes públicas de telecomunicaciones. Una vez definido un servicio de referencia, la AI llevó a cabo el análisis de sustitución en los términos previstos en el artículo 58 de la LFCE.

Al respecto, la AI tomó en consideración los siguientes servicios que involucran audio y video asociados: i) televisión radiodifundida; ii) servicios de distribución de contenido a través de Internet (OTT); iii) exhibición de películas grabadas en diversos formatos (Blu-Ray, DVD, entre otros), y iv) el empaquetamiento de servicio de voz, datos y video.

Debido a su relevancia para este asunto, a continuación se presentan los elementos de análisis que sustentaron el que los servicios de OTTs actualmente no sean sustitutos del STAR.

Los servicios OTT, como Netflix, no son sustitutos del TV de Paga, pues:

²⁶⁴ Dicho documento fue ofrecido como prueba mediante el Escrito de Manifestaciones de GTV, identificado como "Anexo 18" y obra en los folios 17364 a 17614 del Expediente.

²⁶⁵ Los servicios de acceso a Internet tiene una penetración baja.

- i) Se enfocan en ofrecer principalmente un catálogo de contenidos audiovisuales que ya han sido ofrecidos en otras plataformas previamente (salas de cine, renta o venta de películas, televisión restringida o televisión radiodifundida);
- ii) A diferencia de los TV de Paga, no ofrecen programación lineal, en particular, no disponen de las señales de mayor audiencia de éstos, y
- iii) Dependen de la capacidad de conexión a Internet, la cual en México registra bajas velocidades.

Además, en México un número importante de suscriptores del STAR no cuenta con una conexión a Internet. La Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares de dos mil catorce indica que 46.8% (cuarenta y seis punto ocho por ciento) de los hogares que contaban con el STAR no disponían del servicio de Internet.

También existen diferencias marcadas entre los servicios OTT y el STAR. Los principales rubros en los que se manifiestan estas diferencias son: a) la experiencia del consumidor, b) técnicas, c) de equipos terminales y d) regulatorias.

a) La experiencia del consumidor. Los consumidores pueden advertir que los proveedores del servicio OTT, por lo general, no cubren todas las categorías que ofrecen los proveedores del STAR, ni incluyen los canales de mayor audiencia. Además, el número de canales de televisión que, en ocasiones, se llegan a incluir en un servicio OTT es, en todos los casos, menor al de los paquetes de canales del STAR.²⁶⁶

Se observa que los servicios OTT se enfocan, principalmente, en ofrecer contenidos audiovisuales en catálogo, en los que el usuario puede elegir el momento y la secuencia en que los consume, mientras el STAR, ofrece canales de televisión en los que el contenido se da en el orden y tiempo establecidos por los programadores. Estos criterios han sido suficientes en otros países para considerar que los OTTs y el STAR no son sustitutos. Por ejemplo, la Comisión Europea²⁶⁷ distingue los mercados relevantes entre servicios lineales (STAR) y no lineales (Netflix). El órgano regulador estadounidense (FCC) también distingue entre tipos de transmisión de contenidos, en particular si se proveen de forma lineal pre-programada.²⁶⁸

²⁶⁶ Por ejemplo, la oferta de canales de los principales concesionarios del STAR oscila entre 44 y 246 canales para los DTH y entre 31 y 248 canales para los operadores de redes cableadas, por lo que es evidente que la oferta de canales de televisión STAR resulta más amplia que la de los servicios OTT. Fuente Anexo XVI denominado "índice de fojas de paquetes".

²⁶⁷ Merger Procedure Regulation (EC) 139/2004. Article 8(2) Regulation (EC) 139/2004. Date: 10/10/2014. Pp. 25.

²⁶⁸ FCC (2014). Notice of Proposed Rulemaking. In the matter of promoting innovation and competition in the provision of multichannel video programming distribution services. Federal Communications Commission. Versión en inglés disponible en: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-14-210A1.pdf.

Adicionalmente, se observa que, debido a estrategias de distribución, los proveedores de contenidos permiten que sean primero los proveedores del STAR quienes ofrezcan a los consumidores ciertos contenidos, particularmente películas, las cuales llegan con posterioridad a estar disponibles a través de OTTs.

b) Técnicas. A diferencia del STAR, que es provisto por un concesionario de una RPT, los OTT pueden ser provistos por cualquier agente económico que no necesariamente debe ser un concesionario de RPT. La provisión de los OTTs requiere que los consumidores contraten y asuman los costos del servicio de acceso a Internet.

Es importante hacer notar que existen características técnicas y requerimientos que hacen que los OTTs y el STAR provisto a través de IPTV, sean diferentes. Los servicios de STAR-IPTV pueden considerarse servicios especializados, ya que estos se encuentran separados del servicio de acceso a Internet, y el servicio IP sobre el cual operan está restringido a la infraestructura del concesionario proveedor del STAR. Por su parte, los OTTs son provistos sobre el Internet de banda ancha y transitan por el mismo espacio que cualquier otra aplicación basada en Internet.²⁶⁹

Por lo anterior, se observa que la calidad del servicio OTT depende de la capacidad de la conexión a Internet de banda ancha que tenga contratado el usuario.

Los precios del servicio de banda ancha en México son de los más altos entre los países miembros de la OCDE, mientras que las velocidades de Internet son en promedio inferiores a las que se consideran apropiadas para proveer contenidos OTT con calidad similar a la del STAR.

Además, hay elementos que indican que los servicios OTT son complementarios al STAR. Corroboró lo anterior, la percepción de algunos proveedores de STAR que han incorporado a su oferta comercial el acceso a contenidos audiovisuales a través de Internet; algunos agentes económicos los reconocieron como complementos.

Si bien los OTT constituyen alternativas para que los usuarios finales accedan a contenidos audiovisuales, actualmente no es posible considerarlos como sustitutos o una restricción competitiva relevante al servicio STAR de acuerdo a las condiciones actuales del ambiente tecnológico y económico en México.

La FCC somete a opinión pública la definición del servicio de Distribución de Programación de Video con Múltiples Canales (*Multichannel Video Programming Distribution*). En la consulta pública se pregunta sobre lo acertado de incluir en la definición la transmisión de video a través de Internet; sin embargo, sugieren que mantendrán la distinción entre transmisión de contenidos lineal y pre-programada.

²⁶⁹ Estos criterios son consistentes con los adoptados por el Comité Asesor sobre Internet Abierto de la FCC en su Reporte Anual de 2013. Ver p. 76. Versión pública en inglés disponible en: <https://transition.fcc.gov/cgb/oiac/oiac-2013-annual-report.pdf>.

El crecimiento de suscriptores en un servicio, en conjunto con la reducción de clientes en otro servicio, no es un elemento que por sí mismo indique la existencia de sustitución entre ellos. De hecho, en Estados Unidos donde se observa un aumento en número de suscriptores de OVDs y reducción en número de suscriptores del STAR, la Comisión Federal de Comunicaciones resolvió que tales servicios no son sustitutos. Si bien, esa autoridad consideró que los OVDs tienen el carácter de "*potenciales sustitutos*", esta caracterización tuvo el objeto de analizar posibles efectos anticompetitivos que retrasaran o minimizaran la entrada de los OVDs en aquel país, y no para considerarlos como parte del mercado relevante.²⁷⁰

c) De equipos terminales. Los dispositivos para tener acceso al contenido son distintos a los decodificadores provistos por los prestadores del STAR. Los decodificadores para acceder al STAR por lo general son provistos por los operadores del servicio referido, mientras que para acceder a un OTT es necesario contar con un equipo con capacidad de navegación en Internet. Ningún proveedor de OTT provee los medios para acceder a sus contenidos.

Asimismo, la percepción de los servicios OTT también puede ser afectada por el tamaño de la pantalla del dispositivo utilizado.

d) Regulatorias. A diferencia de los proveedores del STAR, aquellos que proveen el servicio OTT no necesitan contar con una concesión para ello de acuerdo a la normatividad del sector. Asimismo, el STAR se presta a través de medios de transmisión que forman parte de una RPT con todas las consecuencias legales y regulatorias que ello acarrea. Los OTT son prestados a través de una red abierta, Internet que recibe un tratamiento regulatorio diverso.

6.10 Incorrecto análisis de participaciones de mercado e índices de concentración para la determinación de PSM.

GTV no tiene una participación de mercado que plantee un riesgo en materia de competencia económica, por lo que es incorrecto que el Dictamen Preliminar haya determinado que los índices de concentración se encontraran ubicados en umbrales considerados como riesgo para la competencia en todos los Mercados Relevantes.

Suponiendo sin conceder que el Instituto considerara que los mercados relevantes son los Mercados STAR, se presenta el dictamen pericial en materia de Economía en el cual se describe la metodología adecuada para determinar las participaciones de mercado e índices de concentración para los ciento un municipios de Cablecom con los cuales se demuestra que GTV no tiene altos índices de concentración, contrario a lo establecido en el DP.

²⁷⁰ FCC (2015b). Memorandum opinion and order, Applications of AT&T and DirecTV for consent to assign or transfer control of license and authorizations, párrafo, 68. Versión pública en inglés disponible en: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-94A1.pdf.

Previo al análisis de la manifestación de GTV, respecto a la participación de mercado, es de señalar que esta autoridad cuenta con información del número de suscriptores en el STAR de septiembre de dos mil trece a junio de dos mil quince, a partir de la cual se observa que las empresas que actualmente forman parte de GTV cuentan con la mayor participación agregada en este servicio, pero que también muestran que sus principales competidores han crecido e incrementado su participación de mercado, tal como se muestra a continuación:

De acuerdo con información del Instituto, lo cual constituye un hecho notorio para esta autoridad, ²⁷¹ de septiembre de dos mil trece a junio de dos mil quince el número de suscriptores totales del STAR, sin incluir la plataforma MMDS, pasó de 14.3 (catorce punto tres) a 16.9 (dieciséis punto nueve) millones, lo que representa un aumento de aproximadamente 2.6 (dos punto seis) millones de usuarios y un incremento de 18.4% (dieciocho punto cuatro por ciento). En este periodo:

- La participación del servicio por cable pasó de 47.1% (cuarenta y siete punto uno por ciento) a 45.0% (cuarenta y cinco por ciento) y la del servicio vía satélite de 52.9% (cincuenta y dos punto nueve por ciento) a 55.0% (cincuenta y cinco por ciento).
- La plataforma satelital registró 1.8 (uno punto ocho) millones de nuevos suscriptores, de los cuales SKY obtuvo 57.8% (cincuenta y siete punto ocho por ciento) y Dish 42.2% (cuarenta y dos punto dos por ciento).
- En la plataforma de cable se registraron 882.4 (ochocientos ochenta y dos punto cuatro) mil suscriptores adicionales, de los cuales las empresas que actualmente forman parte de GTV acumularon el 27.3% (veintisiete punto tres por ciento); Megacable, 49.5% (cuarenta y nueve punto cinco por ciento); Axtel, 6.0% (seis por ciento); Total Play, 8.9% (ocho punto nueve por ciento) y otros 8.3% (ocho punto tres por ciento).

Por lo anterior, en el periodo señalado la participación agregada de las empresas que actualmente forman parte de GTV pasó de 64.1% (sesenta y cuatro punto uno por ciento) a 61.5% (sesenta y uno punto cinco por ciento). En la plataforma de cable, GTV pasó de 54.0% (cincuenta y cuatro por ciento) a 50.9% (cincuenta punto nueve por ciento). En la plataforma satelital pasó de 73.0% (setenta y tres por ciento) a 70.2% (setenta punto dos por ciento).

²⁷¹ Sirven de apoyo los criterios judiciales cuyos rubros señalan lo siguiente: I) "HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LAS PÁGINAS ELECTRÓNICAS OFICIALES QUE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO UTILIZAN PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO, ENTREGA OTROS SERVICIOS, LA DESCRIPCIÓN DE SUS PLAZAS, EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS O EL ESTADO QUE GUARDAN SUS EXPEDIENTES Y, POR ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR". Localización: (J); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Enero de 2009; Pág. 2470. XX.2o. J/24, y II) "SISTEMA INTEGRAL DE SEGUIMIENTO DE EXPEDIENTES. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN PUEDEN INVOCAR EN SUS RESOLUCIONES LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN ÉSTE COMO HECHO NOTORIO Y CONCEDERLE VALOR PROBATORIO PLENO". Localización: (TA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 4, Marzo de 2014; Tomo II; Pág. 1946. I.1o.A.14 K. (10a.).

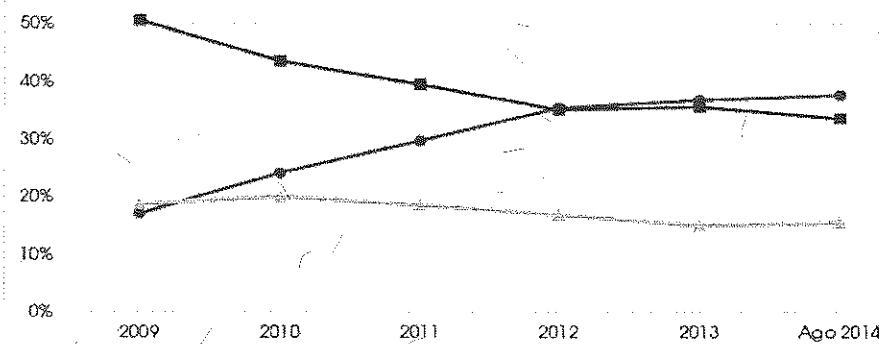
Dish aumentó su participación de 14.3% (catorce punto tres por ciento) a 16.4% (dieciséis punto cuatro por ciento) y en la plataforma satelital de 27.0% (veintisiete por ciento) a 29.8% (veintinueve punto ocho por ciento).

Megacable Incrementó su participación de 14.9% (catorce punto nueve por ciento) a 15.2% (quince punto dos por ciento) y en cable de 31.6% (treinta y uno punto seis por ciento) a 33.7% (treinta y tres punto siete por ciento).

Esto es, Dish y Megacable han ganado el 28.1% (veintiocho punto uno por ciento) y 16.6% (dieciséis punto seis por ciento) de los nuevos usuarios del STAR, registrando crecimientos del 36.3% (treinta y seis punto tres por ciento) y 20.5% (veinte punto cinco por ciento), respectivamente. Por su parte Axtel y Total Play también han reportado tasas de crecimiento.

Con base en lo anterior y considerando la manifestación que nos ocupa, es importante destacar en este apartado la relación que guardan las participaciones de mercado con las condiciones de competencia. En el mismo sentido, tomando en consideración las participaciones de mercado contenidas en el DP también es factible concluir que GTV cuenta con la mayor participación de mercado. Para este fin se reproducen el Gráfico 5 y la Tabla 20 del DP,²⁷² a partir de los cuales se observa la evolución de las participaciones de mercado de [REDACTED] del periodo dos mil nueve a agosto de dos mil catorce y donde se observa que con la adquisición de Cablecom por GTV este último alcanza una participación de mercado de [REDACTED] en las localidades del Dictamen Preliminar.

Evolución de las participaciones de mercado de los principales operadores del STAR en las 102 (ciento dos) localidades determinadas en el Dictamen Preliminar.



Fuente: Elaborado por la AI a partir de información contenida en el Anexo XIV del Dictamen Preliminar denominado "Índice de fojas de suscriptores."

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

Suscriptores del STAR, por GIE y concesionario, en los 102 municipios donde participa Cablecom. Cifras antes de la concentración a Agosto 2014

GIE	Concesionario	Suscriptores	Participación porcentual por Concesionario	Participación por GIE
GTV	SKY			
	Cablemás			
	Cablevisión			
	TVI			
	Cablecom			
Dish	Dish			
	MVS			
Megacable	Megacable			
Maxcom	Maxcom			
Grupo Salinas	Total Play			
Axtel	Axtel			
Grupo HEVI	Cablevisión Red			
Otros ^{a/}	Otros			
Total		2,221,915	100.00%	100.00%

Nota:

a/El rubro de otros incluye 39 concesionarios del STAR, con concesión vigente, Foja: 86480 Bis del Expediente DC-001-2014.

Fuente: Elaborado por la AI con base en las fojas señaladas en el Anexo XIV del Dictamen Preliminar denominado "Índice de fojas de suscriptores."

Derivado del análisis de participaciones de mercado, oferta de paquetes y márgenes de ganancia, el DP señala en las páginas 171 y 172 que:

"(...) se puede concluir que con la adquisición de Cablecom por parte de GTV, este último adquiere una base no despreciable de suscriptores que le permite ampliar su ventaja competitiva respecto de sus rivales, por ejemplo, al incrementar su poder de negociación para la adquisición de contenidos en los mercados relevantes. Asimismo, GTV está adquiriendo un jugador mejor posicionado, en términos de participaciones de mercado, SAC y márgenes de ganancia, en relación con su principal rival en los mercados relevantes (DISH)."

En este sentido, la adquisición de Cablecom, podría aumentar aún más los márgenes de ganancia de GTV, así como reforzar su poder de mercado, pues adquiere un operador importante en una plataforma distinta (cable) a la que tenía en la mayoría de los mercados relevantes analizados. Al ofrecer el STAR a través de dos plataformas, las posibilidades de los demás agentes económicos, en especial de DISH, de ejercer una disciplina sobre GTV que le impida fijar precios se reducen."

Respecto de las participaciones de mercado en particular, destaca que conforme a la práctica internacional, altas participaciones de mercado pueden sugerir que un agente económico tiene poder, pero para que pueda considerarse poder sustancial deben tenerse elementos para determinar que los consumidores no tengan la posibilidad o la capacidad de frustrar los esfuerzos de las empresas para restringir el abasto o incrementar sus precios, o cualquier modificación unilateral de las variables mediante la cuales se refleja la competencia.²⁷³

No obstante la participación de GTV en las conclusiones del DP en cuanto a participación, la información con la que cuenta este Instituto referente al número de suscriptores totales a nivel nacional en el STAR, de septiembre de dos mil trece a junio de dos mil quince antes señalada, apunta a los siguientes hechos:

- a. GTV disminuyó su participación de mercado total de 64.1% a 61.5% (sesenta y cuatro punto un por ciento a sesenta y uno punto cinco por ciento).
 - En la plataforma de cable, disminuyó de 54.0% a 50.9% (cincuenta y cuatro por ciento a cincuenta punto nueve por ciento).
 - En la plataforma satelital, disminuyó de 73.0% a 70.2% (setenta y tres por ciento a setenta punto dos por ciento).
- b. Dish aumentó su participación de mercado total de 14.3% a 16.4% (catorce punto tres por ciento a dieciséis punto cuatro por ciento).
 - En la plataforma satelital, aumentó de 27.0% a 29.8% (veintisiete por ciento a veintinueve punto ocho por ciento).
- c. Megacable aumentó su participación de mercado total de 14.9% a 15.2% (catorce punto nueve por ciento a quince punto dos por ciento).
 - En la plataforma de cable, aumentó de 31.6% a 33.7% (treinta y un punto seis por ciento a treinta y tres punto siete por ciento).

Esta dinámica de disminución de las participaciones de mercado de GTV y de aumento de las mismas de sus principales competidores revela dónde y bajo qué circunstancias se están expandiendo los competidores de GTV.

²⁷³ Esta interpretación es consistente con la práctica internacional. Para mayor referencia ver: ICN (2011), p. 19 y 20.

Además, la información anterior, que revela el crecimiento de los competidores de GTV, es un indicio que muestra la capacidad de reaccionar en las condiciones de mercado existentes.

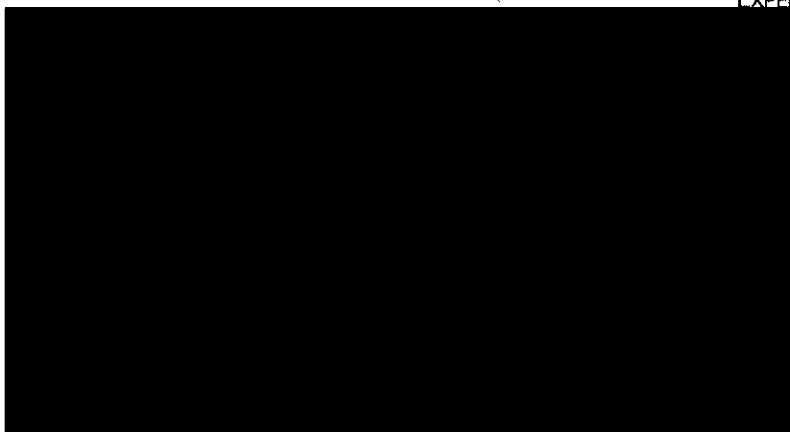
Adicionalmente, esta Autoridad considera que al existir presión competitiva por parte de los proveedores del STAR mediante DTH, así como de proveedores de servicios fijos de telecomunicaciones como telefonía e internet, servicios que suelen empaquetarse, existen restricciones económicas para la fijación unilateral de precios o la restricción del abasto de los servicios.

Con independencia de lo anterior, el análisis integral de las pruebas ofrecidas por GTV para sustentar sus manifestaciones en torno a su participación de mercado, corre agregada en el numeral 3.3., del apartado denominado "V. PRUEBAS".

6.11 Correlación entre el IHH (x) y el precio por canal (y), con y sin poder sustancial, con información del INEGI.

En sus manifestaciones y con sustento en la prueba pericial en materia de Economía, GTV presenta diversas estimaciones que analizan la posible relación entre el IHH como medida del poder sustancial y los precios promedio y precios promedio por canal de los paquetes de los operadores del STAR y de GTV así como de los paquetes de Cablecom. Por ejemplo, la siguiente gráfica que se reproduce de la prueba pericial muestra las observaciones de precios por canal de los operadores del STAR por cada nivel de poder sustancial –entendiéndose como el IHH– cuando se considera que GTV tiene poder sustancial y cuando no. Las líneas entre las observaciones son las que minimizan la suma de los residuos al cuadrado y enseñan que no hay una correlación entre el nivel de poder sustancial y el nivel de precios promedio por canal y por mercado. Los resultados de las regresiones lo confirman. Las R^2 muestran que los cambios en el IHH explican el [REDACTED] de la variación de precios cuando GTV no tiene "poder sustancial" en comparación con [REDACTED] cuando sí lo tiene. No se puede rechazar la hipótesis de que los coeficientes de IHH no sean distintos de cero a cualquier nivel razonable de confianza. Es decir, no hay relación entre el IHH derivado por el IFT y publicado en el Anexo XX y el nivel de precios promedio por canal y por mercado publicados por el INEGI para paquetes STAR en los 44 (cuarenta y cuatro) mercados relevantes. El mismo resultado se obtiene para las diversas estimaciones realizadas, incluyendo el conjunto de regresiones multivariadas.

[REDACTED]



Respecto a los resultados de las demás estimaciones de la relación entre el IHH y los precios que los operadores de GTV proporcionaron al IFT que elaboró el perito, GTV concluye que no hay relación entre precios y métricas de concentración. Finalmente, respecto a las estimaciones de la relación entre el IHH y los precios de los paquetes de Cablecom en los 101 municipios donde opera posterior a la adquisición, concluye también que no se encuentra relación alguna entre el IHH y el nivel de precios de los paquetes del STAR para cualquiera de los distintos conjuntos de estimaciones que realizó: por paquete, por canal, para DTH y para cabledas.

Esta autoridad determina que no son veraces las afirmaciones de GTV que se basan en las estimaciones contenidas en su prueba pericial en materia de Economía, pues tales estimaciones exhiben deficiencias técnicas y económicas. En consecuencia, no constituyen evidencia convincente de que con la información analizada no exista relación entre índices de concentración y precios.²⁷⁴

De la valoración que se hace de las regresiones presentadas por GTV se observa que uno de los problemas principales reside en que generalmente dos de tres oferentes en cada localidad son prestadores de STAR con plataforma DTH y uno de ellos es prestador de STAR por cable. Dado que los operadores de DTH ofrecen los mismos paquetes a precios homogéneos en todo el país, es de esperarse que los datos estén, por su naturaleza, predispuestos hacia la no existencia de una relación entre precios e índices de concentración. De esta forma, previsiblemente los datos no reflejan el rango completo de variación de los precios a nivel local.

En todo caso, se señala que la homogeneidad de precios promedio por sí sola no implica que los precios deban ser competitivos, pues los precios observados de los paquetes no reflejan todos sus atributos ni los costos de producción de cada municipio. Esto último se observa

²⁷⁴ Ver anexo IV.

también en el caso del conjunto de estimaciones que no consideran los paquetes de oferentes de DTH.

Otra de las inconsistencias del análisis de regresiones se refiere al supuesto económico detrás de las regresiones realizadas en la prueba pericial en materia de Economía, el cual de acuerdo a las variables consideradas y la especificación de su relación refleja condiciones de competencia donde existe un número grande de empresas, costos homogéneos y constantes y una nula diferenciación de productos. Todas estas características difieren del mercado de STAR, donde los costos varían entre competidores y existe un alto grado de diferenciación de productos y las características de la población pueden ser distintas en los mercados relevantes incluidos en la regresión en cuanto a su disponibilidad a pagar, nivel de ingresos y acceso a otros medios de entretenimiento como televisión abierta.

Aun cuando los precios observados y el índice de concentración tuvieran una correlación cercana a cero, no constituirían evidencia concluyente de ausencia de PSM, pues las estimaciones utilizadas se refieren a precios promedio de paquetes distintos para al menos un operador, ofrecidos en diferentes ciudades por al menos un operador distinto, en condiciones que pueden variar.

Finalmente, en el dictamen en materia de Economía el Perito no consideró las pruebas econométricas conocidas como de robustez que tienen como fin validar la solidez y consistencia de los coeficientes estimados y que son parte de las buenas prácticas en el análisis empírico de competencia, así como tampoco consideró resolver el problema de endogeneidad que en econometría está relacionado con las variables independientes no incluidas que influyen en la variable dependiente o la causalidad en ambas direcciones entre la variable de precios y el índice de concentración de la estimación.

Por lo anterior se concluye que las estimaciones que GTV presentó no permiten derivar ninguna conclusión respecto a la relación entre las "métricas de poder sustancial" y los precios que existen en los mercados relevantes así como tampoco sobre la existencia o no de un agente económico con PSM.

6.12. Acceso a contenidos.

GTV manifiesta que el DP establece que en los mercados del STAR los canales que se difunden a través de la TV Abierta son un componente importante en la barra de su programación. Para acreditar ello, el IFT se remite a los informes anuales de [REDACTED] en donde se afirma que sus canales son de los más vistos en las plataformas de televisión de paga en México.

No obstante, la AI hace referencia a gráficas y tablas las cuales no son del conocimiento de GTV, y por tanto no puede esgrimir argumentos en su defensa, en completa contravención al derecho humano de debida defensa y garantía de audiencia. Por esa simple razón ese IFT deberá dejar sin efectos el DP, al ser violatorio de derechos humanos de GTV.

No obstante lo anterior, la institución jurídica de *must carry* surge como un instrumento regulatorio que mediante la concesión de un derecho a los concesionarios de TV Abierta para exigir de los concesionarios de TV Restringida la retransmisión de su señales, garantiza que no se utilizará a la TV Restringida como un instrumento anticompetitivo para desplazar a las señales de televisión radiodifundida que deseen que su señal se retransmita a través de la TV Restringida.

El *must offer* surgió como un complemento a las reglas de *must carry*, teniendo como objeto fundamental garantizar el acceso por parte de los prestadores de servicio de TV Restringida a ciertos canales en específico, partiendo de la premisa que dichos canales resultan necesarios no solo para proveer mayor diversidad en el contenido programático de los prestadores de TV Restringida sino, en muchos casos para garantizar su viabilidad financiera al requerir esos canales en particular para poder tener una oferta atractiva y competitiva.

Así, tanto el *must offer* como el *must carry* constituyen instituciones jurídicas regulatorias, en un momento determinado, para fomentar y garantizar el proceso de competencia y libre concurrencia tanto para los concesionarios de señales radiodifundidas como para los concesionarios de TV Restringida.

En dicho tenor, la LFTR establece lo anterior en el artículo 164 y en el mismo sentido, el veintisiete de febrero de dos mil catorce, se publicaron en el DOF los "Lineamientos generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del artículo octavo transitorio del (Decreto Constitucional)" (los "Lineamientos").

Así, el acceso a las señales radiodifundidas, que se consideraron indebidamente como insumo esencial por la AI, son de fácil acceso por parte de cualquier competidor de GTV, puesto que las mismas, por obligación legal, se deben de entregar a cualquier concesionario que la solicite, de manera gratuita y sin necesidad de contar con manifestación de voluntad por parte del concesionario de televisión radiodifundida.

Así, la conclusión a la que llega la AI dentro del capítulo de referencia es falaz, puesto que independientemente que GTV sea una empresa verticalmente integrada, éste no vende dichos insumos a sus competidores en el mercado del bien final, puesto que los mismos se deben proveer por mandato legal de manera gratuita.

En cuanto a las aseveraciones que el DP realiza en el capítulo "Contratos para la obtención de contenidos", la idea central del DP es que GTV tendría mayor facilidad para adquirir contenidos por su cantidad de suscriptores.²⁷⁵ El razonamiento es inconsistente con la realidad e implica un grave error en la definición del mercado relevante geográfico de compra de contenidos.

En efecto, la dimensión geográfica en la compra de contenidos es indudablemente internacional, pues los operadores de TV Restringida actúan en distintos países y adquieren las señales a los productores para ser vendidas a todos los consumidores de una misma región o incluso de un mismo idioma. Los proveedores de contenidos venden los mismos productos para cada región, y no se verifica una diferencia de contenidos de municipio a municipio.

Aquí no puede sino mirarse a "GEAM" uno de los principales grupos económicos de telecomunicaciones a nivel mundial. En cuanto al número de suscriptores, "GEAM" es la quinta firma a nivel mundial con [REDACTED].²⁷⁶ A ello se agrega que "GEAM" es dueña de la distribuidora de contenidos DLA y cuenta además con servicios OTT, por lo cual su volumen de negociación se extiende más allá de su abundante cantidad de suscriptores de TV Restringida.

A su vez, si a los casi diecisiete millones de usuarios de "GEAM" sumamos los [REDACTED], tenemos que entre ambos cuentan con uno de los mayores volúmenes de compra de contenidos del mundo.

¿Esto no es valorado por el IFT? ¿O se piensa acaso que los proveedores de contenidos cuando se sientan a negociar en la mesa con "GEAM" desconocen este hecho? ¿O piensa acaso el IFT que estas empresas negocian aisladamente los contenidos para cada país, sin hacer valer su cantidad internacional de suscriptores?

Por ende, sería una ingenuidad pensar que "GEAM" (vinculada a [REDACTED] según el IFT) cuando negocia contenidos lo hace país por país, siendo una parte débil en México porque GTV tiene la mayoría de los suscriptores del STAR. Por el contrario, es obligación del IFT asumir que [REDACTED] cuenta con un poder de negociación de más de veinte millones de suscriptores, por lo cual no existe indicio de poder sustancial de GTV por su capacidad de compra de contenidos.

Adicionalmente a [REDACTED] existen otros agentes económicos significativos a nivel nacional e internacional que demandan contenidos al igual que GTV y que cuentan con un número de suscriptores mucho mayor que aquellos de GTV. Algunos de dichos competidores son Netflix, ESPN (Disney), Fox, NBC, CBS, Telemundo, Univisión, etc.

Por tanto, respecto a la fracción IV del artículo 59 de la LFCE en relación con el acceso a los insumos por parte de los competidores de GTV con respecto a los contenidos de televisión radiodifundida, éstos están al alcance de cualquier concesionario de TV Restringida, de manera gratuita, y sin necesidad de voluntad por parte del concesionario de televisión radiodifundida.

²⁷⁶ Cfr. Informe Dataxis, acompañado como documental pública al presente escrito, y relacionada dentro del capítulo de pruebas del presente escrito, titulado "Pay-TV Operator Series 2015 Latin America: America Móvil", página 3.

Esta autoridad determina que la manifestación de GTV es imprecisa y a pesar que diversa información tiene el carácter de confidencial -cuya clasificación atiende a las reglas que debe seguir el Instituto para el resguardo de aquella información sensible de los agentes económicos- no se modifican las consideraciones por las cuales se arriban a distintas conclusiones en el DP.

En primer lugar, la AI no señaló en el DP que las señales radiodifundidas sean insumo esencial. El DP analizó las posibilidades de acceso de GTV como proveedor del STAR y sus competidores a fuentes de insumos, tales como las señales radiodifundidas. Lo anterior de conformidad con el artículo 59, fracción IV de la LFCE. Así, el DP afirma que: *"Si bien las disposiciones reseñadas (must carry y must offer) atienden el acceso a los contenidos de canales de la televisión abierta por parte de las empresas proveedoras del STAR, subsiste la necesidad por parte de los competidores de GTV de adquirir un grupo de contenidos producidos por dicho agente"*.

Conclusiones respecto a otros servicios involucrados en la transacción

En el capítulo "IV. Otros servicios involucrados en la transacción" del Dictamen Preliminar se analizó si derivado de la adquisición de Cablecom por parte de GTV ésta última adquiere poder sustancial en la provisión de los servicios coincidentes: i) Internet de banda ancha fija; ii) telefonía fija; iii) enlaces dedicados; e iv) interconexión para la terminación fija.

No obstante GTV no realizó manifestaciones que tuvieran como fin controvertir dicho análisis, esta Autoridad coincide con las conclusiones de Autoridad Investigadora, reiterando que dada la baja participación de mercado que adquiere GTV con la concentración y la existencia de un operador principal que es AMX, con participaciones de al menos [REDACTED] en los distintos servicios coincidentes, así como su carácter de preponderante en la prestación de los servicios analizados, no existe poder sustancial en los servicios de i) Internet de banda ancha fija; ii) telefonía fija; iii) enlaces dedicados; e iv) interconexión para la terminación fija, que provee GTV como resultado de la adquisición de Cablecom.

V. PRUEBAS

De conformidad con el artículo 84 de la LFCE el Instituto goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas, para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de esta valoración. En ese sentido, en el presente apartado se analizarán las pruebas admitidas durante el procedimiento especial tramitado en el Expediente de conformidad con los artículos 84 y 121 de la LFCE, así como 197 del CFPC.

1. Pruebas ofrecidas por GTV

Mediante acuerdo emitido en el Expediente el cinco de junio de dos mil quince, se admitieron sesenta y siete pruebas ofrecidas por GTV (Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV). Asimismo, mediante acuerdos emitidos en el Expediente, los días cuatro y doce de agosto de dos mil quince, con fundamento en el artículo 44 de las DRLFCE se admitieron nueve pruebas

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

más con el carácter de supervenientes. Es decir, con relación a las manifestaciones que GTV formuló en torno al Dictamen Preliminar y al procedimiento que nos ocupa, se admitieron un total de setenta y seis²⁷⁷ pruebas.

En primer lugar se precisará en conjunto el valor probatorio de los medios de prueba admitidos a GTV y en segundo lugar se determinará el alcance de estos medios de convicción y si resultan suficientes o no, para acreditar los hechos que GTV pretendió demostrar con ellos.²⁷⁸

2. Valor de las pruebas ofrecidas por GTV.

De conformidad con el artículo 83, fracción III, segundo párrafo, de la LFCE y 55 de las DRLFCE, son admisibles todos los medios de prueba, excepto la confesional y la testimonial a cargo de autoridades. Por otra parte, en el artículo 93 del CFPC se reconocen como medios de prueba: i) la confesional; ii) los documentos públicos; iii) los documentos privados; iv) los dictámenes periciales; v) el reconocimiento o inspección judicial; vi) los testigos; vii) las fotografías, escritos y notas taquigráficas, y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia; y viii) las presunciones.

Ahora bien, del análisis de las pruebas admitidas a GTV durante el procedimiento se observan cinco tipos de pruebas reconocidas conforme al artículo 93 del CFPC, que por razón de su especie y naturaleza constituyen: i) documentos públicos; ii) documentos privados; iii) dictámenes periciales; iv) elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia; y v) presunciones.

Ahora bien, tomando en consideración el análisis y la conclusión realizados en el Expediente con relación a la participación de mercado de GTV, el análisis de las pruebas ofrecidas en el Expediente versará sobre aquellas que tengan relación con: i) la negación de acceso al expediente; ii) la determinación del mercado relevante; y iii) el análisis de participación de mercado.

En este tenor, y sin perjuicio del análisis particular que se realice respecto de cada una de las pruebas que le fueron admitidas a GTV, a continuación se identifica el valor probatorio que les otorga y reconoce la LFCE y el CFPC.

²⁷⁷ Sin embargo, por acuerdo de fecha dieciséis de junio de dos mil quince se declaró desierta la prueba pericial a cargo de Raúl Luciano Katz, "Dinámicas del Mercado de Televisión de paga en América Latina". Folio 18973.

²⁷⁸ Sobre la distinción conceptual entre valor y alcance probatorios se estima conveniente citar el siguiente criterio: "VALOR Y ALCANCE PROBATORIOS. DISTINCION CONCEPTUAL. AUNQUE UN ELEMENTO DE CONVICCION TENGA PLENO VALOR PROBATORIO, NO NECESARIAMENTE TENDRA EL ALCANCE DE ACREDITAR LOS HECHOS QUE A TRAVES SUYO PRETENDA DEMOSTRAR EL INTERESADO". Localización: (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIV, Octubre de 1994; Pág. 385. I. 3o. A. 145 K. Registro No. 210315.

2.1 Documentales Públicas.

GTV ofreció cuarenta y ocho fes de hechos cuya formación estuvo encomendada a notarios públicos del Distrito Federal con fundamento en los artículos 128, fracciones III, IV y VI, y 134 de la Ley del Notariado vigente para el Distrito Federal, ya que estos están revestidos de fe pública.²⁷⁹

Es necesario precisar que los medios de convicción que GTV ofreció en su calidad de documentales públicas referidos en el párrafo anterior, únicamente constituyen prueba plena respecto de los hechos ahí narrados y asentados por el fedatario público, sin que la plenitud probatoria que confiere el CFPC a las documentales públicas se traslade al contenido o autoría de los documentos que se agregaron al apéndice de los instrumentos notariales y/o que las declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos particulares formen prueba plena.

En todo caso, estas documentales públicas solamente prueban plenamente que ante el notario se hicieron tales declaraciones o manifestaciones y/o se imprimieron documentos, grabaron videos o tomaron fotografías halladas en diversos sitios de Internet, los cuales, fueron agregados al apéndice de los respectivos instrumentos y posteriormente fueron anexados a los testimonios que en favor de los solicitantes se expidieron, sin que ello acredite plenamente la verdad de lo declarado o el contenido de los documentos agregados, videos o fotografías agregadas.

En ese sentido, a efecto de evitar inútiles reiteraciones en cuanto a las cuarenta y ocho fes públicas ofrecidas por GTV, en su calidad de fes de hechos, desde este momento se da a dichas documentales el valor probatorio que otorgan los artículos 93, fracción II, 129, 197 y 202 del CFPC, por lo que constituyen prueba plena respecto de los hechos ahí narrados y asentados por el fedatario público; pero no respecto del contenido y/o autoría de los documentos agregados o de las declaraciones realizadas ante el notario.

Por otra parte, GTV ofreció cinco pruebas cuya formación se encuentra encomendada a la atribución de los notarios para expedir copias certificadas respecto de un documento original, ya sea público o privado, de conformidad con los artículos 97, fracción I y 160 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.²⁸⁰ En ese sentido, del análisis de dichas pruebas se observa

²⁷⁹ Pruebas identificadas como anexos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 37, 38, 42, 43, 44 y 45 del Escrito de Manifestaciones de GTV y con los mismos numerales en el resolutive Cuarto del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV. Así también las pruebas identificadas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del Acuerdo de Admisión de pruebas supervenientes de fecha cuatro de agosto de dos mil quince y las pruebas identificadas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del Acuerdo de fecha doce de agosto de dos mil quince por el cual se tienen por admitidas cinco pruebas con carácter de supervenientes.

²⁸⁰ Pruebas identificadas con los numerales 35, 36, 39, 40 y 41 del Acuerdo de Admisión de Prueba de GTV y como Anexos 35, 36, 39, 40 y 41 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18209, 181218, 18248 a 18268 y 18859 del Expediente.

que constituyen una reproducción fiel de sus originales, los cuales, de conformidad con sus características cumplen con lo dispuesto por el artículo 129 del CFPC, por lo que a dichas pruebas se les da el valor probatorio que otorgan los artículos 84 de la LFCE, 93 fracción II, 129, 197 y 202 del CFPC. En ese sentido, dichos medios de convicción hacen prueba plena de los hechos legalmente afirmados por la autoridad de los cuales proceden.

2.2 Documentales Privadas.

GTV ofreció una prueba cuya formación se encuentra encomendada a la atribución de los notarios para expedir copias certificadas de un determinado documento.²⁸¹ En efecto, de conformidad con los artículos 97, fracción I y 160 de la Ley del Notariado vigente para el Distrito Federal, el notario hará el cotejo de la copia escrita, acreditando que la copia que se firma por el notario es fiel reproducción del exhibido como original, sin calificar sobre la autenticidad, validez o licitud del mismo.

En este sentido, dicho documento contiene una certificación respecto a que el fedatario público tuvo a la vista el documento original del cual se tomó la copia certificada, por lo que en todo caso se trata de una documental privada. Si bien el notario dio fe de que tuvo el documento original a la vista, lo cierto es que ello no desnaturaliza dicho documento.

La prueba que en copia certificada se ofreció como "*Documental Pública*" mediante el Escrito de Manifestaciones de GTV, en realidad constituye una documental privada, dado que la expedición de copias certificadas con fundamento en los artículos 97, fracción I y 160 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, no implica que el contenido del documento original, del cual se obtuvo la copia certificada, tenga valor probatorio pleno de conformidad con el artículo 202 del CFPC.

En todo caso, del análisis de la prueba identificada en el Escrito de Manifestaciones de GTV como anexo 34 no se observa que éste se haya formado dentro de los límites de competencia de algún funcionario público revestido de fe pública o en ejercicio de sus funciones. Asimismo, de dicho documento tampoco se observa la existencia regular de sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes para determinar su carácter público.

En ese sentido, a efecto de evitar inútiles reiteraciones en cuanto a la documental privada identificada en el Escrito de Manifestaciones de GTV como anexo 34 en calidad de copia certificada, se le da el valor probatorio que otorgan los artículos 84 de la LFCE, 93, fracción III, 133, 197 y 203 del CFPC.

²⁸¹ Prueba identificada como anexo 34 del Escrito de Manifestaciones de GTV y con el mismo numeral en el resolutivo Cuarto del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV. Folios 18200 a 18208 y 18859 del Expediente.

2.3. Dictámenes Periciales.

GTV ofreció seis dictámenes; sin embargo, sólo serán analizados cinco de ellos,²⁸² toda vez que mediante acuerdo emitido dentro del Expediente el dieciséis de junio de dos mil quince, se declaró desierta la prueba pericial en "*Dinámicas del Mercado de Televisión de paga en América Latina*". Se indica que la valoración de los dictámenes periciales admitidos a GTV serán analizados al prudente arbitrio del Instituto, lo que implica que su valoración no está sujeta a un método legal o tasado, sino que es libre, lo que no implica que el análisis de los dictámenes periciales esté exenta de una exposición razonada que desarrolle las conclusiones a las que arribe la autoridad.²⁸³

Dichos dictámenes periciales se encuentran clasificados conforme a la siguiente tabla:

MATERIA DEL DICTAMEN PERICIAL	A CARGO DE
Telecomunicaciones	[REDACTED]
Economía	[REDACTED]
Determinación de poder sustancial de mercado	[REDACTED]
Análisis Comparativo de Precios para los Servicios de Televisión de Paga en América Latina y Canadá	[REDACTED]
Contabilidad	[REDACTED]

En ese sentido, a efecto de no incurrir en repeticiones innecesarias a lo largo del presente apartado, se precisa que los cinco dictámenes periciales se analizarán de conformidad con el valor probatorio que otorgan los artículos 84 de la LFCE, 93, fracción IV, 143, 144, 147, 197 y 211 del CFPC.

²⁸² Pruebas periciales identificadas con los numerales 56, 57, 58, 60 y 61 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexos 56, 57, 58, 60 y 61 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18678 a 18713, 18861 y 18862 del Expediente.

²⁸³ Sirve de apoyo por analogía el siguiente criterio jurisprudencial: "**PRUEBA PERICIAL. SU VALORACIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO.** El artículo 151, párrafo último, de la Ley de Amparo vigente hasta el 2 de abril de 2013, establece que la prueba pericial será calificada por el Juez según prudente estimación, lo que significa que, para su valoración, no está sujeto a un método legal o tasado, sino que es libre, lo que no implica que la que lleve a cabo esté exenta de una exposición razonada que desarrolle las conclusiones a las que arribe, porque ese ejercicio de razonabilidad, que involucra la valoración de una prueba pericial según su prudente estimación, también exige el respeto al principio de legalidad que obliga, en el ejercicio jurisdiccional, a motivar las conclusiones que expliquen por qué el dictamen pericial provoca convicción para el dictado de la sentencia, por lo que sólo llevando a cabo el ejercicio que se indica podrá calificarse como debidamente valorada una prueba pericial en el juicio de amparo". Época: Décima Época. Registro: 2009661. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 07 de agosto de 2015 14:26 h. Materia(s): (Constitucional, Común). Tesis: 2a./J. 97/2015 (10a.).

Dada la prudente apreciación que tiene esta autoridad para valorar los dictámenes periciales, es importante precisar que la prueba pericial únicamente orienta y auxilia a la autoridad; sin embargo no la obliga con su opinión, pues quien resuelve es el Pleno, con base en su libertad técnica y conforme a sus atribuciones para valorar el acervo probatorio que obre en autos, bajo la lógica y el raciocinio.

2.4. Elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

Se ofrecieron tres pruebas en el Escrito de Manifestaciones de GTV identificadas como documentales privadas; sin embargo, del análisis de dichos documentos se observa que en realidad se trata de impresiones de las cuales no es posible reputar su autoría, dado que carecen de elementos idóneos para identificar a las personas que las suscribieron.

En ese sentido, las impresiones que se ofrecieron como pruebas mediante el Escrito de Manifestaciones de GTV, se analizarán conforme al valor probatorio que otorgan los artículos 93, fracción VII, 188, 197 y 217 del CFPC, ya que se trata de una prueba generada por los descubrimientos de la ciencia.²⁸⁴

2.5. Instrumental de actuaciones, presuncional e indiciaria.

GTV ofreció la instrumental de actuaciones, así como la presuncional e indiciaria en su doble aspecto, en todo lo que beneficie a GTV. A dichas pruebas se les da el valor probatorio que otorgan los artículos 93, fracciones II, III, IV, VII y VIII, 129, 133, 188, 190 y 197 del CFPC.

3. Alcance de las pruebas ofrecidas por GTV.

Con la finalidad de agilizar el análisis de los medios de convicción admitidos a GTV durante el procedimiento, estos se agruparán en tres rubros en razón de los hechos que se pretenden demostrar con su ofrecimiento. Dichos rubros son los siguientes: i) la negación de acceso al Expediente, ii) la indebida determinación de los Mercados Relevantes, y iii) la indebida determinación de poder sustancial.

Finalmente, se analizarán los cinco dictámenes periciales referidos en el apartado "Dictámenes Periciales" del presente capítulo.

3.1. Con el objeto de acreditar la negación de acceso al Expediente

1. Una fe de hechos que tiene por objeto "(hacer constar) que se negó el acceso a personas autorizadas por nuestras representadas (GTV) a la totalidad de la información del Dictamen Preliminar y del expediente en el que se actúa",²⁸⁵ con la finalidad de "acreditar la negativa a la información clasificada como confidencial".

²⁸⁴ Pruebas identificadas con los numerales 46, 47 y 64 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexos 46, 47 y 64 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18367 a 18385 y 18833 y 18834 del Expediente.

²⁸⁵ Prueba identificada con el numeral 45 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 45 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18354 a 18366 del Expediente.

Con esta prueba, GTV pretende acreditar la negativa de acceso a la información clasificada como confidencial con la cual la Autoridad Investigadora fundó su determinación. De igual forma, pretende acreditar la violación a la garantía de audiencia y a una defensa adecuada, previstos en los artículos 14 y 20 de la CPEUM y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso concreto, de la lectura al instrumento notarial exhibido se aprecia que el mismo contiene los siguientes hechos: i) que no se permitió la consulta de la información confidencial del Expediente a la persona autorizada por GTV; y, ii) que dicha persona fue informada por parte del "Director de Procedimientos de Competencia B" del IFT sobre las razones legales que justificaron dicha negativa. En este sentido conviene transcribir parte del contenido del citado instrumento:

"(...) el señor [REDACTED] solicitó a los mencionados señores que le mostraran la información no testada y legible, a lo que quien dijo ser JUAN MANUEL MARTINEZ CANO respondió que en términos de los artículos tercero, ciento veinticuatro y ciento veinticinco de la Ley Federal de Competencia Económica, el expediente contiene información confidencial, por lo que ni el órgano al que pertenecen, ni ellos como servidores públicos están en condiciones de mostrar los mencionados documentos, en términos del segundo y tercer párrafo del mencionado artículo ciento veinticinco. (...)." ²⁸⁶

Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 202 del CFPC, las documentales públicas sólo prueban plenamente que, ante la persona investida de fe pública, se hicieron determinadas manifestaciones u ocurrieron determinados hechos, pero de ninguna manera prueban la veracidad de lo manifestado.²⁸⁷

Ahora bien, atendiendo al criterio establecido en artículo 202 del CFPC, el documento en análisis resulta ineficaz para probar que dicha negativa depare una violación a los derechos de GTV, por dos razones: i) de acuerdo con el aludido artículo, la documental pública prueba que se hicieron tales declaraciones o manifestaciones, mas no prueba la veracidad de lo declarado o manifestado; y, ii) la violación alegada por GTV es una cuestión de derecho, la cual, de conformidad con el artículo 86 del citado Código, no puede ser objeto de prueba.²⁸⁸

²⁸⁶ Folios 18356 a 18357 del Expediente.

²⁸⁷ "ARTICULO 202.- Los documentos públicos hacen prueba plena de los hechos legalmente afirmados por la autoridad de que aquéllos procedan; pero, si en ellos se contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los documentos sólo prueban plenamente que, ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones; pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado."

²⁸⁸ "ARTICULO 86.- Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos o costumbres en que se funde el derecho."

En este orden de ideas, tal como quedó asentado en el propio instrumento notarial, de conformidad con los artículos 124 y 125 de la LFCE,²⁸⁹ el personal del Instituto se encuentra jurídicamente imposibilitado para permitir el acceso a la información clasificada como confidencial. Incluso, de acuerdo con la fracción IX del artículo 3, y el tercer párrafo del artículo 124 de la LFCE, la desatención de tales preceptos implicaría, por un lado, incurrir en responsabilidad administrativa y, por el otro, vulnerar los derechos de los agentes económicos titulares de la información, pudiéndoles causar un daño o perjuicio en la posición competitiva, al difundir datos personales cuya difusión requiere su consentimiento, o poner en riesgo su seguridad.

Sin perjuicio de lo anterior, en términos de lo establecido en la fracción XI del artículo 3 y segundo párrafo del 124 de la LFCE, los agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento tienen acceso a la totalidad de la información reservada, derecho que de ningún modo fue trastocado, pues, como se desprende de las constancias que integran el Expediente, el veintiséis de mayo de los corrientes,²⁹⁰ el autorizado de GTV tuvo acceso a toda la información reservada que solicitó, incluso, como también se acredita en el instrumento notarial, tomó imágenes fotográficas de dichas constancias.

Por lo anterior, este medio de convicción únicamente acredita que no se permitió al autorizado de GTV la consulta de la información confidencial contenida en el Expediente, toda vez que en términos de los artículos 3, fracción IX, 124 y 125 de la LFCE, había

²⁸⁹ **ARTÍCULO 124.** La información y los documentos que la Comisión haya obtenido directamente en la realización de sus investigaciones y diligencias de verificación, será considerada como Información Reservada, Información Confidencial o Información Pública, en términos del artículo 125.

Durante la investigación, no se permitirá el acceso al expediente y, en la secuela del procedimiento, únicamente los Agentes Económicos con interés jurídico en éste podrán tener acceso al mismo, excepto a aquella información clasificada como confidencial.

Los servidores públicos estarán sujetos a responsabilidad en los casos de divulgación de la información que les sea presentada. Cuando medie orden de autoridad competente para presentar información, la Comisión y dicha autoridad deberán dictar las medidas que sean conducentes para salvaguardar en los términos de esta Ley aquella que sea confidencial.

ARTÍCULO 125. Para efectos de esta Ley, la Información Confidencial sólo tendrá tal carácter cuando el Agente Económico así lo solicite, acredite que tiene tal carácter y presente un resumen de la información, a satisfacción de la Comisión, para que sea glosado al expediente o bien, las razones por las que no puede realizar dicho resumen, en cuyo caso la Comisión podrá hacer el resumen correspondiente.

La Comisión en ningún caso estará obligada a proporcionar la Información Confidencial ni podrá publicarla y deberá guardarla en el seguro que para tal efecto tenga.

Los servidores públicos de la Comisión deberán abstenerse de pronunciarse públicamente o revelar información relacionada con los expedientes o procedimientos ante la Comisión y que cause daño o perjuicio directo a los involucrados, hasta que se haya notificado al Agente Económico investigado la resolución del Pleno, preservando en todo momento las obligaciones derivadas del presente artículo." (Énfasis añadido)

²⁹⁰ Folios 14146 a 14149 del Expediente.

imposibilidad jurídica para ello, tal y como el servidor público del Instituto que estuvo presente durante la fe de hechos así se lo manifestó.

Por lo anterior, dicha prueba resulta ineficaz para probar violación alguna a los derechos que el agente económico señala, toda vez que dicha negativa quedó debidamente fundada, tal y como se advierte en el instrumento notarial exhibido, aunado al hecho de que en el presente procedimiento no se dirime controversia o procedimiento alguno que tenga como objeto imputar conductas ilícitas y por lo tanto, no se cuarta en ningún momento su derecho a la adecuada defensa.

3.2. Con el objeto de acreditar la indebida determinación del mercado relevante.

1. Una fe de hechos que tiene por objeto "(dar) fe de la existencia de gráficas emitidas por Netflix, Inc., en la que se compara la velocidad de los proveedores de Internet de banda ancha de México con el de Estados Unidos",²⁹¹ con la finalidad de acreditar "que el OTT sí es sustituto del STAR".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, el cual procedió a imprimir en dos tantos, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que esta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

Con dicha prueba GTV pretende comparar "la velocidad de los proveedores de Internet de banda ancha en México con el de Estados Unidos". Sin embargo, de las dos traducciones que se acompañan, no se desprende que alguna de ellas haga referencia a la velocidad del Internet en los mercados específicos en que tuvo lugar la concentración GTV - Cablecom, por lo que tal información resulta ineficaz para acreditar que los servicios OTT son sustitutos del STAR.

²⁹¹ Prueba identificada con el numeral 1 del Acuerdo de Admisión de Prueba de GTV y como Anexo 1 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 16857 a 16865 y 18854 del Expediente.

De igual forma, no se hace referencia al autor, ni a la fuente de la cual fue obtenida la información señalada, ni la metodología utilizada para su formación.

Ahora bien, esta prueba busca *"acreditar el error en el que incurre la Autoridad Investigadora al establecer que la velocidad del Internet de banda ancha en México es muy bajo"*. Al respecto, el Dictamen Preliminar²⁹² establece que *"la calidad del servicio es de las más bajas entre los países miembros (de la OCDE)"*. La propia OCDE reconoce la calidad del servicio de banda ancha en México, en comparación con la del resto de sus países miembros, en su informe *Review of Telecommunication Policy and Regulation in Mexico*, al señalar que *"los servicios de banda ancha son muy caros en México y las velocidades que se ofrecen son muy lentas comparadas con el promedio de la OCDE"*.²⁹³

Por lo tanto, la prueba resulta insuficiente para acreditar que la comparación hecha en el Dictamen Preliminar sea errónea, pues la comparación (misma que se niega que se haya realizado por las razones antes expuestas) limitada a sólo dos países de los treinta cuatro países miembros que integran la OCDE, no alcanza a desvirtuar lo sostenido por la OCDE.

Asimismo, no se establece la metodología a través de la cual fue obtenida la información, de tal manera que las gráficas por sí mismas no desprenden la oferta comercial analizada para cada uno de los operadores de servicios de Internet aludidos, ni tampoco representan una análisis agregado de la velocidad de la banda ancha por país.

Por las razones expuestas anteriormente, la prueba que ahora se analiza, no es suficiente para demostrar los hechos que GTV pretende acreditar con su ofrecimiento.

2. Fes de hechos de doce notas periodísticas publicadas en Internet, que tienen por objeto acreditar que *"los OTT son sustitutos del STAR"*.²⁹⁴

Con dichas documentales públicas se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, la cual procedió a imprimir en tres tantos, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

²⁹² Página 96 del Dictamen Preliminar. Folio 13828 del Expediente.

²⁹³ Folios 37109 y 37110 del Expediente AI/DC-001-2014. Información contenida en el Dictamen Preliminar en el folio 13828 del Expediente.

²⁹⁴ Pruebas identificadas con los numerales 2, 14 y 15 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 2, 14 y 15 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 16866 a 16875, 17325 a 17345. Asimismo, se hace referencia a las pruebas identificadas con los numerales 1, 2, 3 y 4 del segundo resolutivo del Acuerdo de cuatro de agosto de dos mil quince, así como 1, 2, 3, 4 y 5 del segundo resolutivo del Acuerdo de doce agosto de dos mil quince, a través de los cuales se admitieron diversas pruebas supervenientes ofrecidas por GTV. Folios 19969 a 19977, 19988 a 20015, 20125 a 20132 y 20143 a 20201 del Expediente.

No obstante, con dichas pruebas no es posible acreditar *"la sustituibilidad de los OTT"*, toda vez que las notas periodísticas no son aptas para demostrar las afirmaciones que en tales publicaciones se contengan.²⁹⁵

Por las razones expuestas anteriormente, la prueba que ahora se analiza, no es suficiente para demostrar los hechos que GTV pretende acreditar con su ofrecimiento.

3. Una fe de hechos que *"da fe de la existencia del documento denominado "Retos Regulatorios ante la Convergencia de los Servicios de Telecomunicaciones" de fecha octubre de 2014, elaborado por la Comisionada María Elena Estavillo Flores, así como la existencia del documento denominado "Retos regulatorios ante la evolución y convergencia de los servicios de telecomunicaciones" de fecha 16 de julio de 2014, elaborado igualmente por la Comisionada María Elena Estavillo Flores",²⁹⁶ con la finalidad de acreditar que "la sustituibilidad entre los STAR y los OTT se ha intensificado debido a la concurrencia de servicios y aplicaciones OTT (...)".*

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a dos sitios de Internet y que fue redireccionado a dos archivos en formato PDF, los cuales procedió a imprimir, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Sin embargo, dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo.

No obstante, con dicha prueba GTV pretende acreditar que *"la sustituibilidad entre los STAR y los OTT se ha intensificado debido a la concurrencia de servicios y aplicaciones OTT, constituyéndose en alternativas novedosas frente a los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión tradicionales"*. Sin embargo, el propio documento reconoce que tal concurrencia de servicios no es una situación patente en México, tal como se señala a continuación:

"De acuerdo con cifras al primer trimestre de 2014 (dos mil catorce), sólo 16.3 (dieciséis punto tres) millones de mexicanos cuentan con acceso efectivo a Internet de banda ancha fija, mientras que los usuarios de banda ancha móvil se estiman en aproximadamente 16.5 (dieciséis

²⁹⁵ Resultan aplicables los criterios jurisprudenciales siguientes: *"NOTAS PERIODÍSTICAS, INEFICACIA PROBATORIA DE LAS"*. Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, Diciembre de 1995; Pág. 541. I.4o.T.5 K. Registro No. 203 623; y *"NOTAS PERIODÍSTICAS COMO PRUEBAS EN EL AMPARO"*. Localización: (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIV, Julio de 1994; Pág. 673. Registro No. 211 634

²⁹⁶ Prueba identificada con el numeral 3 del Acuerdo de Admisión de Prueba de GTV y como Anexo 3 del Escrito de Manifestaciones de GTV-Folios 16876 a 16960 del Expediente.

punto cinco) millones. De este total de usuarios, un gran porcentaje tiene servicio de Internet de baja capacidad, lo que limita las posibilidades de hacer descargas rápidas de contenidos audiovisuales de alta calidad, por lo que sólo una pequeña parte de estos suscriptores actualmente son usuarios potenciales de este tipo de servicios OTT.

Lo anterior significa que en el caso de los contenidos audiovisuales, la adopción de plataformas OTT en México, se encuentra en una fase inicial, donde el crecimiento de la base de usuarios se logrará a medida que se alcance una mayor penetración, menor precio y mejor calidad de la banda ancha en México".²⁹⁷

(Subrayado añadido)

En efecto, tal como reconoce el documento, los servicios OTT han tenido un ingreso tardío al mercado nacional y limitante para su desarrollo actual, debido a la penetración y calidad del servicio de banda ancha en México.

Por lo tanto, ciertamente GTV descontextualiza las afirmaciones y opiniones que buscan apoyar la supuesta sustituibilidad entre OTT y STAR; tal como fue argumentada respecto de los documentos bajo estudio.

Por las razones expuestas anteriormente, la prueba que ahora se analiza, no es suficiente para demostrar los hechos que GTV pretende acreditar con su ofrecimiento.

4. Una fe de hechos que tiene por objeto "(dar fe de) la resolución de la Comisión Europea en su Libro Verde denominada "Prepararse para la Convergencia Plena del Mundo Audiovisual: Crecimiento, Creación y Valores",²⁹⁸ con la finalidad de "acreditar la sustituibilidad entre los STAR y los OTT".

5. Una fe de hechos que tiene por objeto "(dar fe de) la resolución por parte de la Comisión de Competencia de Reino Unido, en el que llevó a cabo una investigación del mercado de películas (...)",²⁹⁹ con la finalidad de acreditar "la sustituibilidad entre los STAR y los OTT".

6. Una fe de hechos que tiene por objeto "(dar fe de) la existencia del informe anual de Netflix, Inc. de treinta y uno de diciembre de dos mil catorce (...)",³⁰⁰ con la finalidad de acreditar "la sustituibilidad entre los STAR y los OTT".

7. Dos fes de hechos con el objeto de dar fe de "la existencia de una nota de la consultora Business Bureau en su reporte BB_New Media Book 2014 (dos mil catorce), en la cual se indicó que en 2014 (dos mil catorce) en Latinoamérica se identificaron más de 130 (ciento treinta)

²⁹⁷ Folio 16910 del Expediente.

²⁹⁸ Prueba identificada con el numeral 4 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 4 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 16961 a 16975 y 18855 del Expediente.

²⁹⁹ Prueba identificada con el numeral 7 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 7 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17007 a 17142 y 18855 del Expediente.

³⁰⁰ Prueba identificada con el numeral 13 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 13 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17275 a 17325 y 18856 del Expediente.

multiplataformas on-line (...)",³⁰¹ con la finalidad de acreditar "la sustituibilidad entre los STAR y los OTT".

En ese sentido, las pruebas identificadas en los numerales 4, 5, 6 y 7 del presente apartado no son suficientes para acreditar los hechos que GTV pretende demostrar, dado que la información consultada por el fedatario público carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada.

No obstante, con dichas pruebas, GTV pretende acreditar la sustituibilidad entre los STAR y los OTT. Sin embargo, dicha información no se lleva a cabo en relación a México, sino a otros países con entornos de mercado propios, de lo que se desprende que dicha prueba no resulta idónea para acreditar lo pretendido por GTV.

8. Dos fes de hechos en las que constan "un artículo de fecha siete de diciembre de dos mil doce dirigido por [REDACTED], denominado "Lucha en contra de los monopolios en las industrias de alta tecnología: la innovación y la protección de la competencia" y "la resolución de Departamento de Justicia de los Estados Unidos en la que se reconoció que los OVDs son competidores de los proveedores de video tradicionales",³⁰² con la finalidad de acreditar "la sustituibilidad entre los STAR y los OTT".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a dos sitios de Internet, los cuales procedió a imprimir, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de las impresiones que fueron agregadas a los instrumentos notariales, se observa que esta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que si bien la traducción realizada por el perito proviene de los documentos adjuntos a las fes de hechos, lo cierto es que dichas impresiones carecen de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

³⁰¹ Pruebas identificadas con el numeral 10 y 11 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexos 10 y 11 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17179 a 17222 y 18856 del Expediente.

³⁰² Pruebas identificadas con los numerales 5 y 6 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexos 5 y 6 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 16976 a 16991, 16992 a 17006 y 18855 del Expediente.

En este sentido, esta prueba se refiere a un mercado geográficamente que no es materia del Dictamen Preliminar.

Asimismo, se capta que se trata de un ejemplo en el ámbito de concentraciones que se reitera no es asunto de este procedimiento a resolver. Además, que habla de la situación en la que pueden verse afectados dos mercados a la vez, tanto servicios OTT como STAR dado que se maneja el contexto de intervención de tales empresas por proveer en conjunto en ambos servicios.

9. Una fe de hechos que tiene por objeto "(dar fe) de la existencia de una nota periodística del periódico el Universal, de título "Comparte tu cuenta de Netflix con 5 (cinco) personas", que acredita que Netflix actualmente cuenta con una herramienta conocida como "Perfiles",³⁰³ con la finalidad de "acreditar que (...) la sustituibilidad entre los STAR y los OTT".

Dicha documental acredita plenamente los hechos que ante los notarios ocurrieron y respecto de los cuales se dio fe y se otorgaron los respectivos instrumentos notariales, es decir, con estas pruebas se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, de donde procedió a imprimir cada una de las vistas que fue obteniendo.

En cuanto a las manifestaciones relacionadas con que la tecnología permite a los OVD ofrecer servicios de programación de contenido de acuerdo con gustos y preferencias de los suscriptores a partir de los contenidos previamente vistos, permitiendo crear un canal de contenidos individualizados por cada usuario de acuerdo sus preferencias, tal como la herramienta "perfiles" de Netflix que señala GTV, se precisa que dichas manifestaciones no hacen más que resaltar la diferencias entre los STAR y los OTT, dado que a través del STAR se provee contenido lineal, mientras que los OTT lo proveen por catálogo, debido que no requiere adquirir todos los contenidos sino única y exclusivamente aquellos que son de interés para los usuarios. A esto se suma el hecho de que las mismas interfaces de los OVD realizan recomendaciones personalizadas a los usuarios, característica ausente en el STAR. Es decir, los manifestantes aceptan la existencia de diferencias que sugieren la insostituibilidad entre el STAR y los OTT.

Por las razones expuestas anteriormente, la prueba que ahora se analiza, no es suficiente para demostrar los hechos que GTV pretende acreditar con su ofrecimiento.

10. Una fe de hechos que "da fe de la existencia de un estudio realizado por [REDACTED] A", de julio de dos mil once, denominado "Tendencias en televisión restringida y Videos en línea en los Estados Unidos de América",³⁰⁴ con la finalidad de acreditar "la sustituibilidad entre los STAR y los OTT".

³⁰³ Prueba identificada con el numeral 8 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 8 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17143 a 17148 y 18855 del Expediente.

³⁰⁴ Prueba identificada con el numeral 9 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 9 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17149 a 17178 y 18855 del Expediente.

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, la cual procedió a imprimir, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que esta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe de que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

No obstante, la traducción señala lo siguiente:

"En 1997 Netflix comenzó como un servicio de renta de DVD por correo a una tarifa fija, con dos grandes ventajas sobre los negocios de renta de video local: no había cargos por pagos atrasados y contaba con un vasto inventario."

Una tercera ventaja era la interfaz de autoservicios que permitía al cliente administrar sus preferencias (...). La compañía invirtió fuertemente en el desarrollo de una interfaz potente con un algoritmo que podía hacer recomendaciones, conocido como Cinemath. (...) El sistema analiza cada patrón de consumo de suscriptor y la historia de calificaciones que le da, después hace recomendaciones basadas en los patrones de visualización de otros suscriptores que demuestran preferencias similares (...)

(...) la amplia base de datos de preferencias de visualización del cliente confiere una ventaja a Netflix en adquisición la (sic) de contenidos (...).

En 2008, Netflix introdujo un nuevo concepto de servicio: en lugar de DVDs recibidos en un sobre a través del servicio postal, la empresa ofreció visualización instantánea vía transmisión por Internet bajo demanda."

Como se desprende de la anterior transcripción, dicha información de ninguna manera se relaciona con la sustituibilidad de los OTT y el STAR, pues únicamente hace referencia al surgimiento de un servicio de renta de DVDs por correo a una tarifa fija, operado por "Netflix", y cómo dicho servicio se fue transformando hasta ser sustituido por la visualización instantánea vía transmisión por internet.

De igual forma, no se hace referencia al autor, ni a la fuente de la cual fue obtenida la información señalada, ni la metodología utilizada para su formación.

Por las razones expuestas, la prueba que ahora se analiza, no es suficiente para demostrar los hechos que GTV pretende acreditar con su ofrecimiento.

11. Una fe de hechos "por virtud de la cual se da fe (sic) la existencia del informe anual de Netflix Inc. de treinta y uno de diciembre de dos mil doce",³⁰⁵ con la finalidad de "acreditar que (sic) la sustituibilidad entre los STAR y los OTT".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, procediendo a imprimir la página respectiva y dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que ésta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe de que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

No obstante, la traducción señala lo siguiente:

"Competencia

El mercado del video de entretenimiento es altamente competitivo y está sujeto a cambios rápidos. Los competidores nuevos pueden emprender negocios nuevos a un costo relativamente bajo. Muchos consumidores mantienen relaciones simultáneas con múltiples proveedores de videos de entretenimiento y pueden cambiar fácilmente su gasto de un proveedor a otro.

Nuestros principales competidores incluyen:

- Distribuidores de programación de video multicanal ("MVPDs", por sus siglas en ingles), con aplicaciones gratuitas de TV Everywhere ("TV en cualquier lugar") tales como HBO GO o showtime Anytime en los Estados Unidos y SkyGo o BBC iPlayer en el Reino Unido y contenido de VOD (video a la carta) incluyendo proveedores de cable, como Time Warner y Comcast; proveedores de satélite de difusión directa como DIRECTV y Echostar; y proveedores de telecomunicaciones como AT&T y Verizon.*

³⁰⁵ Prueba identificada con el numeral 12 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 12 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17223 a 17275 y 18856 del Expediente.

- Proveedores de contenidos de TV y películas basado en Internet de transmisión libre ("Over the Top"), como iTunes de Apple, Prime Video de Amazon.com, Hulu.com y Hulu plus, LOVEFILM y YouTube de Google;
- Servicios de kioscos y tiendas de renta de DVD, como Blockbuster y Redsox;
- Minoristas de videos de entretenimiento como Best Buy, Wal-Mart y Amazon.com"

Como se desprende de la transcripción anterior, las afirmaciones que en ella se realizan no hacen mención de la fuente de la cual fue obtenida la información señalada, ni la metodología utilizada para su formación, además de que hace referencia a una dimensión geográfica distinta de aquellos mercados en que tuvo lugar la concentración GTV - Cablecom, por lo que no tiene el alcance probatorio que el oferente de la misma pretende darle.

12. Fe de hechos con el objeto de "(dar fe) de la existencia de un video de fecha veintisiete de marzo de dos mil catorce, en el que David Cohen, Vicepresidente Ejecutivo de Comcast Corporation, manifiesta la fusión con Time Warner, y deja claro que OVDs tales como Netflix son actualmente una competencia directa para los proveedores de video por cable",³⁰⁶ con la finalidad de acreditar "la sustituibilidad del STAR y los OTT".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ocurrieron ante el notario y respecto de los cuales expidió el testimonio correspondiente, es decir, con esta prueba se acredita la existencia de un video publicado en Internet, el cual tiene una duración de veintisiete minutos con cuarenta y dos segundos, según lo apreciado por el notario en el sitio de Internet, y del cual se imprimieron dos tantos del resultado que arrojó el ordenador. Asimismo, se agregó un dispositivo para almacenar información denominado "USB", el cual contiene el video que fue apreciado en el sitio de Internet por el notario.

Ahora bien, del análisis del video contenido en el dispositivo mencionado anteriormente y que fue anexado al instrumento en cuestión, se observa una conversación en idioma distinto al español entre tres personas del sexo masculino. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por el perito.

Se precisa que si bien la traducción realizada proviene del contenido del video, del cual se dio fe de su existencia y que GTV identificó como aquella en la que "David Cohen, Vicepresidente Ejecutivo de Comcast Corporation, manifiesta la fusión con Time Warner, y deja claro que OVDs tales como Netflix son actualmente una competencia directa para los proveedores de video por cable", lo cierto es que los alcances de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue reproducido o almacenado; pero no demuestran plenamente el contenido, autoría o sustento respecto del contenido del mismo, por lo que la traducción

³⁰⁶ Prueba identificada con el numeral 16 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 16 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17346 a 17354 y 18856 del Expediente.

que se acompaña a dicho instrumento, en todo caso, constituye un indicio de las manifestaciones que ahí se realizaron con relación al proyecto de fusión de las cableras Comcast y Time Warner Cable.

Por otra parte, de la limitada traducción que hace respecto algunos momentos del video, ciertamente se descontextualizan las afirmaciones y opiniones que buscan apoyar la supuesta sustituibilidad entre OTT y STAR. Asimismo, se sigue el razonamiento en que tal información no necesariamente se sigue en el caso en México, ya que son mercados relevantes distintos al analizado en el Dictamen Preliminar. Por lo tanto, tal prueba no alcanza acreditar la sustituibilidad entre OTT y STAR en el territorio mexicano; tras la comparación con los debates sobre tal tema en los E.U.A. sin comprobación fehaciente.

13. Una fe de hechos que tiene por objeto "(hacer constar) el potencial de crecimiento de los servicios de video por Internet de banda ancha para México",³⁰⁷ con la finalidad de "acreditar la sustitución de los OTT con la televisión restringida".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, el cual procedió a imprimir en tres tantos, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que esta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que si bien la traducción realizada por el perito proviene del documento que se identifica como "OCDE, Mesas Redondas de Políticas. Temas sobre Televisión y Emisión 2013", lo cierto es que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe de que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

No obstante, la traducción señala lo siguiente:

Traducción de extracto de: "Pronósticos Destacados - Encuentre eventos destacados en base a localización y categoría - México"

³⁰⁷ Prueba identificada con el numeral 17 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 17 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17355 a 17363 y 18856 del Expediente.

- *En México el tráfico de video IP crecerá 4 (cuatro) veces de 2013 (dos mil trece) a 2018 (dos mil dieciocho), a una tasa compuesta del crecimiento anual del 29 (veintinueve por ciento).*
- *En México, en el año 2018 (dos mil dieciocho) el segmento de video IP alcanzará 1.6 (uno punto seis) Exabytes por mes, contra 428 (cuatrocientos veintiocho) Petabytes por mes en el 2013 (dos mil trece).*
- *En México, en el 2018 (dos mil dieciocho) el segmento de video IP representará el 85% (ochenta y cinco por ciento) de todo el tráfico IP, contra el 66% (sesenta y seis por ciento) que representó en 2013 (dos mil trece)*
- *En México, en el 2018 (dos mil dos dieciocho) el tráfico de los consumidores de video IP representará el 88% (ochenta y ocho por ciento) del tráfico de consumo IP, contra el 71% (setenta y siete por ciento) que representó en 2013 (dos mil trece).*
- *En México, el tráfico de video IP de negocios representará el 68% (sesenta y ocho por ciento) del tráfico IP empresarial en 2018 (dos mil ocho), contra el 41% (cuarenta y un por ciento) en 2013 (dos mil trece).*

Como se puede desprender de lo anterior, dicha información no presenta la metodología utilizada para su formación, por lo que no es posible conocer la certeza de dichos datos, ni la muestra utilizada para su obtención, al menos no de la traducción presentada por GTV, en la cual únicamente se presentan los supuestos resultados.

Aunado a lo anterior, las cifras que presenta GTV versan sobre el posible aumento que se proyecta para el tráfico de video IP, sin embargo, el crecimiento de tráfico no necesariamente empata con una mayor penetración de banda ancha. En otras palabras, el aumento de tráfico no representa un aumento de accesos. Inclusive, la prueba versa sobre el posible aumento para el tráfico de video IP, lo cual no representa una estimación actual de dicho tráfico, por lo que del análisis de la prueba referida este Instituto advierte que dicha prueba no resulta idónea para acreditar lo pretendido por GTV.

Por las razones expuestas anteriormente, la prueba que ahora se analiza, no es suficiente para demostrar los hechos que GTV pretende acreditar con su ofrecimiento.

14. Una fe de hechos "por virtud de la cual se da fe la existencia de una nota publicada por Lluís Borrell and Roland Husson en julio dos mil catorce, en donde establecen que en fechas recientes la televisión de paga en Estados Unidos ha ido disminuyendo, mientras que el servicio de video continúa atrayendo más usuarios, lo que implica que éstos últimos tienen alta probabilidad de ser sustitutos."³⁰⁸ con la finalidad de acreditar "la sustituibilidad entre los STAR y los OTT".

³⁰⁸ Prueba identificada con el numeral 19 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 19 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17615 a 17622 y 18857 del Expediente.

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, el cual procedió a imprimir en dos tantos, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que esta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que si bien la traducción realizada por el perito proviene del documento que se identifica como *"TV conectada: se difuminan los límites de los mercados de referencia de la TV tradicional"*, lo cierto es que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe de que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

No obstante lo anterior, la traducción señala lo siguiente:

"El consumidor será el juez definitivo sobre si los servicios de TV de paga y SVoD (siglas en inglés "Video sobre Demanda por Suscripción") están compitiendo por los mismos suscriptores. Los datos aún no están muy definidos debido a que los participantes tradicionales de TV de paga como HBO y BSKYB han logrado mantener a sus respectivos suscriptores, no obstante el éxito de Netflix en sus mercados. Se podría argumentar que los servicios SVoD tienen mucha más probabilidad de complementar que de reemplazar a la TV de paga en los Estados Unidos, mientras que los servicios SVoD continúan atrayendo más usuarios, lo cual sugiere que estos servicios tienen una alta probabilidad de ser sustitutos"

Tal como se aprecia de lo anterior, el documento alude a situaciones que no ocurren en México, sino al entorno de mercado propio de los EUA, por lo que dicha prueba no tiene relación con los hechos materia del Dictamen Preliminar.

Inclusive, el propio documento reconoce que aún no está definido si los servicios STAR y los OTT, están compitiendo por los mismos suscriptores. Incluso, reconoce que es dable conceder que los OTT tienen mucha más probabilidad de complementar que de reemplazar a la TV de paga tradicional.

Por las razones expuestas anteriormente, la prueba que ahora se analiza, no es suficiente para demostrar los hechos que GTV pretende acreditar con su ofrecimiento.

15. Acta notarial que contiene fe de hechos, la cual tiene por objeto acreditar "la sustituibilidad del STAR y los OTT's", pues a dicho de GTV, esta prueba "da fe (sic) la existencia de una resolución de la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince en el que resuelve, entre otras cosas que los consumidores individuales pueden ver contenidos específicos a través de un OVD como sustituto de los MVPD (video como canales múltiples) y por tanto un OVD es sustituto de un MVPD".³⁰⁹

Con esta documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet y que fue redireccionado a un documento electrónico contenido en un archivo en formato PDF, el cual procedió a imprimir en dos tantos, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que ésta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que si bien la traducción realizada por el perito proviene del documento que aparentemente se identifica como "*Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos, Evaluación Anual sobre el Estado de la Competencia en el Mercado para la Entrega de Programación por Video, Informe Décimo Sexto, 2 de abril de 2015*", lo cierto es que esta impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe de que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

En ese sentido, la traducción realizada por el perito forma parte de un indicio respecto de un aspecto estimado relevante por GTV, con relación al documento que se identificó en el Escrito de Manifestaciones de GTV como: "*Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos, Evaluación Anual sobre el Estado de la Competencia en el Mercado para la Entrega de Programación por Video, Informe Décimo Sexto, 2 de abril de 2015*".

³⁰⁹ Prueba identificada con el numeral 20 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 20 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17623 a 17718 y 18857 del Expediente.

No obstante lo anterior, la traducción correspondiente señala lo siguiente:

"Como se observó en la sección MVPD (siglas en inglés de "Distribución de Programación de Video en Canales Múltiples") de este Informe, los consumidores individuales que desean ver programas específicos de video, pueden percibir OVD (siglas en Inglés de "Distribuidor de Video en Línea) como sustituto, suplemento y complemento de su servicio de video MVPD.789. Cuando el mismo programa lo ofrecen un OVD y MVPD, OVD puede percibirse como un reemplazo. Cuando un programa está disponible en OVD pero no en MVPD, OVD puede percibirse como un suplemento. Cuando la actual temporada de una serie de televisión está disponible únicamente en MVPD, pero las temporadas anteriores están disponibles en OVD, OVD puede percibirse como un complemento.

Los comentaristas difieren sobre la medida en la cual OVDs contribuyen a la competencia en la entrega de programación de video."

Lo expuesto anteriormente indica que la sustitución entre el STAR y los proveedores de servicios OTT sólo se percibe cuando se refieren a "programas específicos de video"; de otra manera, la percepción de las OTT es la de un servicio complementario o suplemento de los STAR. Además, resulta que aún no se ha llegado a un consenso dentro de los comentaristas en cuanto a la contribución de los OTT en el ámbito de competencia sobre la programación de video. Por lo que, no se concluye siquiera que tal sustitución se entienda y se lleve a cabo, entre estos dos tipos de servicios dentro del territorio de los EUA.

Asimismo, esta información no necesariamente se sigue en el caso en México, ya que son mercados relevantes distintos a los analizados en el Dictamen Preliminar.

Por las razones expuestas anteriormente, la prueba que ahora se analiza, en su conjunto, no es suficiente para demostrar los hechos que GTV pretende acreditar con su ofrecimiento.

16. Una fe de hechos que "(...) da fe de la existencia de resolución de la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América de fecha veintidós de julio de dos mil trece en el que se determinó los alcances de un OVD (...)",³¹⁰ con la finalidad de "demostrar que los OTT son sustitutos del STAR".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, el cual procedió a imprimir en tres tantos, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron Impresas.

³¹⁰ Prueba identificada con el numeral 21 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 21 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17719 a 17931 y 18857 del Expediente.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que esta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe de que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

No obstante, la traducción señala lo siguiente:

"EVALUACIÓN ANUAL DE LA COMISION FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE LA SITUACION DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO PARA LA DISTRIBUCION DE PROGRAMACIÓN DE VIDEO.

DECIMO QUINTO INFORME

"I. RESUMEN EJECUTIVO

(...) 2. En el presente clasificamos las entidades dentro de uno de tres grupos estratégicos: distribuidores de programación de video multicanal ("MVPDs")², estaciones de televisión abierta³ y distribuidores de video en línea ("OVDs")⁴. Para cada una de estas categorías, estudiamos la estructura de la industria, la conducta y el desempeño⁵. A continuación presentamos un panorama general de nuestros hallazgos. (...) "

(Notas a pie de página)

2. Para fines de este informe, los MVPDs son empresas que ofrecen canales múltiples de programación de video a los consumidores por una cuota de suscripción. El término "MVPD" se define más adelante con mayor detalle en la sección III.A.1.

Consideramos a las estaciones de televisión abierta por separado para el 15° informe, tal como lo hemos hecho en informes anteriores. A pesar de que las emisoras han efectuado la transición a la transmisión digital y tienen la capacidad de ofrecer canales lineales adicionales, aún continúan ofreciendo mucho menos programas que aquellos disponibles con los MVPDs y no proporcionan un servicio de suscripción. La Comisión ha sostenido previamente que la televisión abierta por sí sola no puede ser lo suficientemente sustituida por servicios proporcionados por los MVPDs con el fin de restringir los intentos de aumentar los precios de los MVPDs, y por lo tanto, se negaron a ampliar el mercado de productos MVPD. Por consiguiente, tratamos a las emisoras como parte de un grupo separado.

(...)

3. "OVD" es una entidad que ofrece contenido de video a través de la internet u otra vía de transmisión basada e (sic) en un protocolo de internet Protocol (IP) suministrado por otra persona o entidad distinta a un OVD. El OVD no incluye un MVPD dentro de su huella de MVPD en la medida en que este ofrezca contenido de video en línea como un

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

componente de la suscripción con un MVPD a los clientes cuyos hogares se encuentran dentro de su huella de MVPD. Consultar Solicitudes de Comcast Corporation, General Electric Company y NBC Universal, Inc. En el consentimiento para Ceder Licencias y Transferir el Control de los Licenciarios, Expediente MB No. 10-56 Memorando de Opinión y Sentencia, 26 FCC Registro 4238, 4357, Solicitud A (2011) ("Orden de Comcast- NBCU"). Los consumidores necesitan una conexión de banda ancha para recibir el contenido de video de los OVDs. El Problema sobre si cierto tipo de OVD también califica como un MVPD conforme a la ley y nuestras regulaciones ha sido planteado en los procedimientos de quejas pendientes por acceso al programa. Consultar, por ejemplo, VDC Corp. V. Turner Network Sales Inc., et al., Queja por Acceso al Programa (Enero 18, 2007); y Sky Angel U.S., LLC v. Discovery Communications LLC, et al., Queja por Acceso al Programa, Expediente MB No. 12-80, CSR-8605-P (Marzo 24, 2010).

Ningún contenido de este informe será considerado de tal manera que declare o implique nuestra determinación en relación a este tema. Sin embargo, actualmente la oficina de medios está solicitando comentarios con respecto a la interpretación de los términos "MVPD" y "canal". Consultar Oficina de Medios Busca Comentarios Sobre la Interpretación de los Términos "Distribuidor de Programación de Video Multicanal" y "canal" tal como se planteó en el Procedimiento de Queja por Acceso al Programa Pendiente, Expediente MB No. 12-83, Aviso Publico, 27 FCC Registro 3079 (MB 2012)."

Como se puede desprender de lo anterior, la traducción presentada por la oferente de la prueba consiste en dos hojas de un total de 206 (doscientos seis), lo cual implica que no pueda conocerse el contexto completo de la información proporcionada.

De igual manera, la información contenida en dicha traducción, se refiere a pronunciamientos que se han realizado en distintas resoluciones en las cuales se ha señalado que los OVD no incluyen a un MVPD (Multichannel Video Programming Distributor) dentro de su huella en la medida en que éste ofrezca contenido de video en línea como un componente de la suscripción con un MVPD, para lo cual sugiere consultar las resoluciones a las que se hace alusión en el documento referido.

Por último, debe señalarse que el contenido de la prueba que aquí se analiza, hace referencia a las condiciones de competencia en el mercado para la distribución de programación de video, en un país con diferentes condiciones de mercado que el nuestro, como lo es, EUA, razón por la cual dicha prueba no podría tomarse en consideración para evaluar las condiciones en ella señaladas, pues como ha quedado debidamente apuntado, se trata de un territorio geográfico distinto al nuestro.

Por lo expuesto, la prueba ofrecida por GTV no es eficaz para acreditar que los OTT y el STAR son sustitutos y por lo tanto, tampoco puede dársele el valor pretendido por la misma.

17. Una fe de hechos que tiene por objeto "(dar fe) de la existencia de una nota periodística de diecisiete de junio de dos mil trece, de la página de Internet "tvtechnology" en donde se acredita que Intel IPTV tiene competidores que los asusta",³¹¹ con la finalidad de "acreditar como (sic) los servicios de IPTV son sustitutos de la televisión restringida".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, el cual procedió a imprimir, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que esta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considerará la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe de que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

No obstante, la traducción señala lo siguiente:

"Intel declaró que planea competir con Apple, Amazon, y Google mediante la oferta de un decodificador de señal y la alineación de programación en vivo y bajo demanda, a través de todo el Internet sin conexiones de cable o satelitales. Sin embargo, lo que más asusta a proveedores tradicionales de cable y satélite son los planes de Intel de disolver la agrupación de ofertas de programas con paquetes de contenido más pequeños y de menor costo.

(...)

Time Warner, Comcast y otros distribuidores de TV de paga están utilizando una variedad de métodos para presionar a los propietarios de canales de cable - con los cuales tienen contratos lucrativos a largo plazo- para no firmar contratos con proveedores nuevos como Intel. Es una manera de preservar el estatus quo. Estas negociaciones del contenido son esenciales para los servicios de televisión alternativos de Intel, Google y Apple, y podrían iniciar una batalla legal antimonopolio en la industria de la televisión.

(...)

En resumen, Intel ve a la sala de estar (sic) como un mercado objetivo potencial en el futuro de la televisión. Los avanzados semiconductores de la compañía-utilizados en los decodificadores de

³¹¹ Prueba identificada con el numeral 22 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 22 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17932 a 17939 y 18857 del Expediente.

señal y para suministrar energía a los centros de datos de la "nube"- pueden representar una ventaja (...)"

Como se aprecia de la transcripción que antecede, de dicha información no se desprenden datos que permitan identificar al autor de la misma, ni la metodología específica por medio de la cual se haya arribado a las conclusiones que se exponen, y tampoco se precisan las fuentes de tal información. Adicionalmente, realiza señalamientos referentes a hechos futuros como la intención de Intel de ingresar a competir con Apple, Amazon, y Google, agentes económicos que no están considerados dentro del Dictamen Preliminar y que además participan en una zona geográfica distinta a la determinada en dicho dictamen.

De igual forma, del contenido de dicho documento, tampoco se advierte aseveración alguna sobre la sustitución de los OTT por el STAR, tal y como erróneamente lo señala la oferente de la prueba.

Por las razones expuestas, la prueba que ahora se analiza, no es suficiente para demostrar los hechos que GTV pretende acreditar con su ofrecimiento.

18. Una fe de hechos que tiene por objeto "(dar fe) de la existencia de una nota periodística de veintisiete de junio de dos mil trece, elaborado por Zacks Equity Research",³¹² con la finalidad de "acreditar que (sic) OTT es sustituto de la televisión de paga basado en internet".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, el cual procedió a imprimir, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que ésta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe de que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

³¹² Prueba identificada con el numeral 23 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 23 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17940 a 17947 18857 del Expediente.

No obstante, la traducción señala lo siguiente:

"El fabricante más grande del mundo de productos semiconductores, Intel Corp. (INTC), espera iniciar la venta de su decodificador de señal (set-top-box) ofreciendo un servicio de TV basado en Internet más adelante durante este año.

(...)

A pesar de que Intel aún no ha garantizado operaciones con los proveedores importantes de contenido tales como Time Warner Inc. (WX), NBC Universal y Viacom, Inc. (VIAB), sigue confiada en que las conseguirá.

(...)

La incursión del fabricante/de chips dentro de este segmento puede considerarse un hito. Sin embargo, la competencia también será feroz. Intel competirá directamente con proveedores de TV de paga tales como Time Warner Cable Inc. (TWC) y DIRECTV (DTV), que ya cuentan con una enorme base de clientes.

Asimismo, el alto costo de los canales de programación de TV sigue siendo el problema principal. Las empresas titulares de cable, satélites y telecomunicaciones ya pagan aproximadamente \$38 mil millones al año para autorizar la licencia de canales de TV. Intel también podría tener que cargar con el peso de costos más altos (...)"

Como se aprecia de la transcripción que antecede, de dicha información no se desprende la metodología específica por medio de la cual se haya arribado a las conclusiones que se exponen, y tampoco se precisan las fuentes de tal información. Adicionalmente, realiza señalamientos referentes a hechos futuros y pertenecientes a mercados distintos de aquellos en los que tuvo lugar la concentración GTV- Cablecom.

Adicionalmente, del contenido de la nota periodística puede advertirse que se refiere a las actividades empresariales actuales de "Intel" y su posible incursión en la prestación de servicios de Televisión mediante Internet a partir de la venta de su decodificador de señal "set-top box", situación que difiere diametralmente con el hecho que pretende acreditar la enunciante de la prueba con relación a la supuesta sustitución de los OTT por el STAR.

Por lo expuesto, la prueba ofrecida por GTV no acredita que los OTT y STAR sean sustitutos.

19. Una fe de hechos que tiene por objeto "(hacer constar) un reporte de Dataxis intitulado: Pay-TV Operator Series 2015 Latin America: Netflix, en el que se señala que la penetración de Netflix en América Latina (...), así como que cuenta con número de suscriptores de 3.84 (tres punto ocho) millones, de donde México cuenta con el mayor número de suscriptores",³¹³ con la finalidad de acreditar "que los OTT son sustitutos del STAR, así como la preferencia de los clientes respecto a los OTT".

³¹³ Prueba identificada con el numeral 24 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 24 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17948 a 17974 y 18857 del Expediente.

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a una página de Internet, la cual procedió a imprimir, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que ésta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe de que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

No obstante, la traducción señala el contenido en español de las diversas gráficas que se muestran en el documento impreso, a través de las cuales se expone el crecimiento de Netflix en algunos países de América Latina (entre los cuales también se encuentra México). Sin embargo, del contenido de dicho documento, no se desprende algún elemento que permita suponer sustitución del STAR por los servicios OTT que Netflix proporciona, es decir, aún suponiendo que los datos proporcionados fueran correctos, en ellos no se hace mención de la forma en que un aumento en la demanda de los servicios proporcionados por Netflix se traduzca en una disminución de la demanda de los STAR, de hecho, éstos últimos ni siquiera se mencionan en el documento de referencia. Adicionalmente, debe señalarse que la información señalada en el documento que se analiza no contiene la metodología a través de la cual se arribó a las conclusiones que indica, ni las fuentes de las que se obtuvo la información para elaborar dichas métricas.

Por las razones expuestas, la prueba en comento no tiene el alcance probatorio que la oferente de la misma pretende darle.

20. Una fe de hechos que tiene por objeto "(hace constar) un reporte de Dataxis intitulado: *Pay-TV Operator Series 2015 Latin America: America Móvil, en el que se señala que ClaroVideo es la única competencia directa de Netflix, parte del grupo de interés económico de América Móvil, mismo que cuenta con 1.2 (uno punto dos) millones de suscriptores a finales de 2014 (dos mil catorce) y se espera que crezca 5 (cinco) veces para 2018 (dos mil dieciocho)*",³¹⁴ con la finalidad de "acreditar la existencia de competidores de nuestras mandantes (GTV) en el STAR".

³¹⁴ Prueba identificada con el numeral 25 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 25 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 17975 a 18010 y 18857 del Expediente.

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, el cual procedió a imprimir en tres tantos, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que ésta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe de que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

No obstante, la traducción contiene diversas gráficas, así como la siguiente información:

Claro video el único competidor serio de Netflix en América Latina

- Si bien Netflix, que se lanzó en América Latina a finales del 2011, es el líder claro en el sector OTTS-VOD de la región, AMX ha emergido como su único competidor serio.
- El producto (sic) Clarovideo del grupo es el segundo mayor servicio de OTTS-VOD en América Latina y contaba con más de 1.2 millones de suscriptores a finales de 2014.
- De acuerdo a Dataxis, ese número se espera que crezca cinco veces para el 2018 (5.98 millones de suscriptores).

(...)

- México concentra por mucho el mayor porcentaje de suscriptores (81.2% hasta 4T 2014), seguido por Colombia (9%), Brasil (2.4%) y Chile (2.1%), de acuerdo con Dataxis.

Estrategia de negocio

- Las operaciones de TV de paga de América Móvil en América Latina generaron ingresos por más de USD 4.85 billones (4 mil 850 millones) en 2013, de acuerdo a Dataxis.
- Entre 2009 y 2013, los ingresos por TV de Paga de la compañía crecieron a una tasa de crecimiento anual compuesta (TAGR) de 24.6%.
- En el mismo periodo, los ingresos DTH constituyeron el 31.8% del volumen de negocio por TV de Paga, mientras IPTV contribuyó con el 0.8% restante. (Énfasis añadido)

Ingreso por concepto de TV de Paga de América Móvil por país (%) (América Latina y el Caribe, enero a septiembre 2014)

- Brasil es sin duda el mercado de TV de Paga más importante de AMX.

- En dicho país, la empresa concentra el 70.6% del total de sus suscriptores (ver pág. 12) y 81.7% del total de los ingresos que generaron sus operaciones de TV de Paga en América Latina durante los primeros nueve meses de 2014.

Oferta de servicios "Triple Play"

(Mercados selectos de Sudamérica)

Con la excepción de Costa Rica y Panamá, donde solo ofrece servicios de DTH y móviles, AMX complementa su producto de TV de Paga con servicios fijos de banda ancha y telefonía en todos los demás mercados de América Latina en los que tiene presencia.

(...)

- Históricamente, DTV también cuenta con un mayor ingreso por usuario que su rival mexicano. Sin embargo, AMX ha ido ganando terreno en este departamento también, sobre todo debido a que DTV perdió 21.7% de su valor en USD entre 2011 y 2014."

Como se puede desprender de lo anterior, dicha información no presenta la metodología utilizada para su formación, por lo que no es posible conocer la certeza de dichos datos, ni la muestra utilizada para su obtención, al menos no de la traducción presentada por GTV, en la cual únicamente se presentan los supuestos resultados.

No obstante, la traducción señala el contenido en español de las diversas gráficas que se muestran en el documento impreso, a través de las cuales se expone el crecimiento y decrecimiento histórico de la televisión restringida en diversos países de América Latina; los ingresos percibidos por la prestación de diversos servicios de telecomunicaciones por distintos medios de transmisión, en los que además se advierte que los mismos en su mayoría son generados por la prestación del servicio de televisión restringida; y el crecimiento de Netflix (según información proporcionada por Dataxis) en algunos países de América Latina, entre los que se encuentra México.

Sin embargo, del contenido de dicho documento, no se desprende algún elemento que permita suponer sustitución alguna del STAR por los servicios que Netflix proporciona (o en general los servicios OTT), es decir, aun suponiendo que los datos proporcionados fueran correctos, en ellos no se hace mención de la forma en que un aumento en la demanda de los servicios proporcionados por Netflix se traduzca indefectiblemente en la sustitución de los OTT por el STAR.

Adicionalmente, debe señalarse que la información señalada en el documento que se analiza no señala las fuentes de donde se obtuvo la información con la que fue reestructurada dicha información y tampoco contiene la metodología a través de la cual se haya arribado a las conclusiones que indica la oferente.

Por las razones expuestas, la prueba que ahora se analiza, no es idónea ni eficaz para demostrar los hechos que GTV pretende acreditar con su ofrecimiento y por ende, no es posible otorgar los alcances probatorios pretendidos.

21. Una fe de hechos que tiene por objeto "(hacer constar) un reporte de Dataxis titulado "OTT Market in Latin America 2014-2018 (dos mil catorce - dos mil dieciocho) en donde se acredita la penetración de los OTT en México",³¹⁵ con la finalidad de "acreditar que los OTT son sustitutos del STAR".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, la cual procedió a imprimir en tres tantos, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que esta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

No obstante, la traducción de la prueba ofrecida señala lo siguiente:

"Mercado OTT en México

México: Proveedores de servicio OTT y Modelos VOD (octubre 2014)

- Hay 15 proveedores de servicio activos en México; la mayoría lanzaron sus servicios tras la llegada de Netflix.
- América Móvil y Televisa- dos de las empresas más grandes del país- compiten en el segmento de OTT VOD.

(...)

México: Operaciones OTT Operations Canceladas

- En agosto de 2012, Blockbuster México anuncio su intención de lanzar una plataforma OTT para principios de 2013, pero el proyecto se canceló.

México: Proveedores de servicio OTT en Dispositivos de Conexión (october 2014)

- Megacable, el principal operador de cable del país, extendió su servicio de TV de Paga-VOD para uso en PC, tabletas y teléfonos inteligentes.
- Cinépolis Klic podría permitir acceso a su plataforma mediante teléfonos inteligentes y tabletas Android antes de que termine 2014.

³¹⁵ Prueba identificada con el numeral 26 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 26 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18011 a 18070 y 18858 del Expediente.

México: OTT's Oferta de Contenido en México (octubre 2014)

- Sony Video Unlimited es un servicio de VOD con una biblioteca de más de 200,000 títulos a lo largo de 10 países. Sin embargo, la compañía aclara que el número de títulos disponible varía por país y puede ser menor.
- Cinepolis Klic espera tener 500,000 subs en sus primeros dos años de operación. La empresa planea producir contenido original.
- Mubi inició operaciones en México como el primer paso de la compañía en América Latina.

(...)

México: Modelos de Negocio y Precio de Servicios OTT (octubre 2014)

- Entre los proveedores principales, Claro Video tiene una oferta competitiva con menor precio de suscripción comparado con sus competidores".

Como se puede desprender de lo anterior, dicha información no presenta la metodología utilizada para su formación, por lo que no es posible conocer la certeza de dichos datos, ni la muestra utilizada para su obtención, al menos no de la traducción presentada por GTV, en la cual únicamente se presentan los supuestos resultados.

Es decir, del contenido de la información analizada, no se advierte que se haga mención a la supuesta sustitución del STAR por los OTT, sino que dicha información está relacionada con la forma en que diversos prestadores de servicios de telecomunicaciones ofertan o comercializan sus servicios ante los usuarios y la presencia que tiene cada uno de ellos en territorio nacional.

Por las razones expuestas anteriormente, la prueba que ahora se analiza, no acredita los extremos probatorios pretendidos por GTV.

22. Fe de hechos en la que consta "la Guía de Concentraciones Horizontales, emitida por la División Antimonopolios del Departamento de Justicia y por la Comisión Federal de Comercio ambas de Estados Unidos",³¹⁶ con la cual se pretende acreditar "la existencia de competidores de nuestras mandantes (GTV) en el STAR".

Dicha documental pública hace prueba plena respecto de los hechos que ante el notario ocurrieron y respecto de los cuales otorgó el instrumento que ahora se analiza, es decir, la fe de hechos acredita plenamente la existencia de un documento en un sitio de Internet, el cual fue impreso en dos tantos, agregados al apéndice y al testimonio posteriormente otorgado.

Ahora bien, del análisis de la impresión que se acompaña a la fe de hechos se observa que esta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento

³¹⁶ Prueba identificada con el numeral 27 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 27 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18071 a 18097 y 18858 del Expediente.

en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Si bien la traducción realizada por el perito proviene de la impresión de un documento que aparentemente se identifica como *"Guía de Concentraciones Horizontales, emitida por la División Antimonopolios del Departamento de Justicia y por la Comisión Federal de Comercio, ambas de Estados Unidos de fecha diecinueve de agosto de dos mil diez (...) "*, lo cierto es que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

En ese sentido, la traducción realizada por el perito forma parte de un indicio respecto de un aspecto estimado por GTV, con relación al documento impreso. Dicha traducción señaló lo siguiente:

"Las Agencias consideran si una fusión disminuirá la competencia al eliminar a una empresa "maverick", es decir, a una empresa que desempeña un papel disruptivo en el mercado para beneficio de los consumidores. Por ejemplo, si una de las empresas participantes en la fusión tiene una posición fuerte en el mercado y la otra empresa participante amenaza con romper las condiciones de mercado a través de una nueva tecnología o un modelo de negocio diferente, la fusión de dichas empresas puede implicar la pérdida de competencia real o potencial. De igual forma, una de las empresas participantes en la fusión puede tener el incentivo necesario para tomar la delantera en la reducción de precios o en cualquier otra conducta competitiva, o bien resistir incrementos de precios de la industria. Una empresa capaz de disciplinar los precios con base en su destreza e incentivo para expandir su producción rápidamente a través de sus propias capacidades también puede considerarse un "maverick", al igual que lo sería una empresa que ha resistido prácticas de la industria, que han subsistido en otros casos, con el fin de cooperar en el establecimiento de precios o en cualquier otro asunto en términos de competencia".

Al respecto, el documento aborda el concepto de los agentes disruptivos, mismo que se refiere al ámbito de las concentraciones en los EUA, como se corrobora por su señalamiento dentro de la Guía para concentraciones horizontales de los E.U.A., lo cual no es materia del presente procedimiento. Cabe mencionar que el concepto *maverick*, tal como aparece consignado en la Guía para concentraciones horizontales de los E.U.A., busca proteger que un agente disruptivo no sea absorbido por un incumbente con motivo de una concentración, situación que de ninguna manera se actualiza en el presente procedimiento y por lo tanto es insuficiente para acreditar los hechos que se pretenden demostrar con su ofrecimiento.

23. Fe de hechos con objeto de "(hacer constar) el reporte publicado en Mediatelecom, el pasado 20 (veinte) de abril de 2015 (dos mil quince), titulada "Comisión Europea planea misma regulación para operadores y OTT",³¹⁷ con la finalidad de acreditar "la existencia de competidores de nuestras mandantes (GTV) en el STAR, toda vez que los OTT son sustitutos del STAR".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ocurrieron ante el notario y respecto de los cuales expidió el testimonio correspondiente, es decir, con esta prueba se acredita la existencia de una nota publicada en Internet y del cual se imprimieron dos tantos, los cuales fueron agregados al apéndice del instrumento y otro al testimonio otorgado en favor de un autorizado de GTV.

Es importante precisar que la plenitud que otorga el CFPC a los documentales públicas, tal y como sucede a las fes de hechos, de ninguna forma puede trasladarse al contenido de aquellos documentos obtenidos en Internet, dado que la información consultada por el fedatario público carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada.

En todo caso, la impresión identificada como una nota relativa a que la Comisión Europea propone una reforma a las telecomunicaciones en donde exista una igualdad para operadores y los OTT, constituye un mero indicio de la existencia y/o autoría de dicha nota, la cual no resulta idónea para demostrar los hechos que pretende acreditar GTV con su ofrecimiento, ya que las notas periodísticas no son aptas para demostrar las afirmaciones que en tales publicaciones se contengan.³¹⁸

No obstante con lo anterior, de la lectura de dicha nota se observa, que se refiere a un mercado geográficamente que no es materia del Dictamen Preliminar. Incluso, también la noticia indica que la reforma de mérito está en discusión e investigación, de manera que no se ha concluido al respecto. Por tanto, se entiende insuficiente para probar la sustituibilidad entre OTT y STAR.

En conclusión, la prueba en comento no es idónea para acreditar la existencia de competidores de GTV con motivo de una supuesta sustituibilidad entre el STAR y los OTT.

³¹⁷ Prueba identificada con el numeral 28 del Acuerdo de Admisión de Prueba de GTV y como Anexo 28 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18098 a 18103 y 18858 del Expediente.

³¹⁸ Resultan aplicables los criterios jurisprudenciales siguientes: "NOTAS PERIODISTICAS, INEFICACIA PROBATORIA DE LAS". Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, Diciembre de 1995; Pág. 541. I, 4o.T.5 K. Registro No. 203 623 y; "NOTAS PERIODISTICAS COMO PRUEBAS EN EL AMPARO". Localización: (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIV, Julio de 1994; Pág. 673. Registro No. 211634.

24. Una fe de hechos de una página de internet "en la que consta una publicación de Dataxis con el número de suscriptores de OTT en México (...)",³¹⁹ con la finalidad de "acreditar que los OTT son un Maverick, y la preferencia de los suscriptores por dicho acceso a (sic) mercado de video".

Con dicha documental pública se acreditan plenamente los hechos que ante el notario ocurrieron, respecto de los cuales se dio fe y se otorgó el instrumento, es decir, con esta prueba se acredita que el notario ingresó a un sitio de Internet, la cual procedió a imprimir, dando fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que fueron impresas.

Ahora bien, del análisis de la impresión que fue agregada al instrumento notarial se observa que esta se encuentra en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito.

Es importante precisar que dicha impresión carece de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fue impreso dicho documento; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento del mismo, aunado a que tampoco se dio fe que el documento impreso coincidía fielmente con el documento consultado en Internet.

No obstante, aunque el documento traducido señala que, de acuerdo con Dataxis, hay 3,119,140 (tres millones ciento diecinueve mil ciento cuarenta) suscriptores de los servicios OTT en México, ofrecidos a través de "Netflix México, ClaroVideo Mexico (...), Veo, Cinépolis Klic, Megacable On Demand, Crunchyroll Mexico (...), Drama Fever Mexico (...), WWE Mexico (...), Yuzu y Viki Mexico (...)", dicha situación por sí misma no acredita que dichos servicios puedan considerarse como disruptivos, toda vez que dicha documental es omisa en establecer vínculo alguno entre el número de suscriptores que aduce tienen los OTT en México y la supuesta capacidad con que cuentan los agentes económicos que prestan tales servicios para influir en la forma o el precio en que se proporcionan los STAR en los municipios en que tuvo lugar la concentración, además de que la información presentada con relación al número de suscriptores mencionado no se presenta en forma desagregada sino general, lo cual imposibilita saber cuántos de ellos pertenecen a la dimensión geográfica materia del Dictamen Preliminar.

³¹⁹ Prueba identificada con el numeral 29 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 29 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18104 a 18111 y 18858 del Expediente.

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

Asimismo, la documental en análisis omite señalar las fuentes de la información que proporciona y la metodología que se empleó para arribar a las conclusiones que hace.

Por lo expuesto, la probanza que se analiza no es eficaz para acreditar los hechos que su oferente pretende demostrar con ella, por lo que tampoco es posible otorgarle los alcances probatorios pretendidos.

25. Una fe de hechos en la que se hace constar "(...) una noticia de fecha veintinueve de abril de dos mil quince publicada por el periódico El Economista en el que se establece que Netflix a (sic) "destronado" a HBO en generación de ingresos",³²⁰ con la finalidad de "acreditar el crecimiento en los últimos años de los OTT, en especial de Netflix".

La mencionada prueba documental busca acreditar el crecimiento en los últimos años de los OTT, en especial Netflix, quien en el primer trimestre de dos mil quince ha superado en ingresos a una compañía cuyo principal negocio es el mercado STAR, con una diferencia de dos millones de dólares.

De la lectura realizada a dicha prueba, se advierte que contiene medularmente la siguiente información:

"De acuerdo con Datos de Time Warner, en sólo dos semanas el primer capítulo de la quinta temporada de Game of Thrones, estrenando el 12 (doce) de abril pasado, alcanzó 18.1 (dieciocho punto uno) millones de espectadores, un millón más que el primer capítulo de la temporada anterior. El record se consiguió incluso con la filtración ilegal de los primeros cuatro episodios de la quinta temporada, que están a disposición de los internautas en sitios piratas de streaming y descarga. En el caso de Netflix, el lanzamiento de la tercera temporada de House of Cards y nuevas series como Unbreakable Kymmy Schmidt y Boodline y el crecimiento económico de Estados Unidos fueron factores que propiciaron su crecimiento en término de ingresos y cantidad de usuarios, indicó la compañía en un comunicado (...)."

En este sentido, la presente prueba resulta ineficaz para desvirtuar lo señalado en el Dictamen Preliminar, con relación a la sustituibilidad de los OTT con el STAR, toda vez que se trata de un indicio cuya fuente se desconoce, pues la prueba que nos ocupa versa sobre una nota periodística que únicamente establece la competitividad tanto de HBO como Netflix, en razón de los espectadores de las series que ambas empresas promocionan, por lo tanto, dicha competitividad entre dos prestadores de servicios en mercados y en Países distintos, así como el número de usuarios o espectadores de los contenidos que ambos comercializan de manera independiente y mediante distintas plataformas, es una cuestión distinta al hecho que pretende acreditar GTV respecto a la sustitución del STAR por los OTT.

³²⁰ Prueba identificada con el numeral 30 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 30 del Escrito de Manifestaciones de GTV, Folios 18112 a 18117 y 18858 del Expediente.

Por lo anterior, tomando en consideración los elementos señalados en párrafos anteriores, es posible concluir que no se puede dar el valor y alcance probatorio pretendido por GTV a dicha nota periodística, toda vez que dicho documento tiene carácter meramente informativo, aunado al hecho de que su contenido³²¹ no acredita los extremos probatorios que aduce la oferente, además de que se trata de un documento aportado por la ciencia y no de una documental pública tal y como lo refiere la oferente; lo anterior con independencia de que dicho documento contenga una certificación por parte de un fedatario público, puesto que dicha certificación sólo acredita que el citado documento obra en la página de Internet consultada, mas no así de la veracidad de su contenido, ni de su autoría.

26. Una fe de hechos "en la que se hizo constar una noticia de fecha cinco de mayo de dos mil quince por parte de la página de Internet *statista.com*, por virtud del cual se realizó una encuesta a 2,076 (dos mil setenta y seis) consumidores estadounidenses en noviembre de dos mil catorce, y se concluye que 72% (setenta y dos por ciento) de los consumidores entre 14 (veinticuatro) y 25 (veinticinco) años de edad prefiere la transmisión de contenidos a través de Internet",³²² con la finalidad de acreditar "la preferencia por parte de las nuevas generaciones respecto a los OTT, y la baja de consumidores respecto a la televisión de paga".

La mencionada prueba documental busca acreditar la preferencia por parte de las nuevas generaciones respecto de los OTT, y la baja de consumidores respecto de la televisión de paga.

De la lectura realizada a dicho documento, se advierte que contiene la siguiente información:

"Una encuesta recién realizada por Deloitte entre más de 2,000 (dos mil) consumidores estadounidenses nos da una idea de las razones que tuvo HBO para decidir entrar al mercado de transmisión por Internet después de todo; mientras los estadounidenses maduros aún confían en las tradicionales suscripciones de televisión de paga, los jóvenes, nacidos a partir del año 2000 (dos mil) sobre todo, prefieren los servicios de transmisión por internet en lugar de la tradicional televisión de paga. Cuando a este grupo de consumidores se les preguntó cuáles eran los tres servicios más importantes para ellos de todos a los que están suscritos, el 72% (setenta y dos por ciento) de los consumidores entre los (catorce) y los (veinticinco) años de edad incluyó a un servicio de transmisión de videos por Internet, en tanto que solamente el 58% (cincuenta y ocho por ciento) incluyó en su lista de los mejores 3 (tres) un servicio de televisión de paga al que están suscritos (...)."

³²¹ Resultan aplicables los criterios jurisprudenciales siguientes: "NOTAS PERIODISTICAS. INEFICACIA PROBATORIA DE LAS". Localización: (TA); 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, Diciembre de 1995; Pág. 541. I.4o.T.5 K. Registro N.º. 203 623 y; "NOTAS PERIODISTICAS COMO PRUEBAS EN EL AMPARO". Localización: (TA); 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo XIV, Julio de 1994; Pág. 673. Registro No. 211634.

³²² Prueba identificada con el numeral 31 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 31 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18118 a 18125 y 18853 del Expediente.

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

Del análisis realizado a la prueba presentada, se advierte que con dicho documento se pretende acreditar la capacidad de los OTT para competir contra el STAR, derivado de la preferencia que hay en las nuevas generaciones para hacer uso de los OTT, en lugar del STAR, pues según esta encuesta, la mayor parte de la población joven externó su interés en preferir la transmisión de videos vía Internet, frente a la televisión convencional.

En dichos términos, la prueba ofrecida por GTV no puede tener el alcance y valor probatorio pretendido en razón de que, no podría considerarse que el resto de los usuarios de los servicios de OTT y de STAR reaccionen de la misma forma que el grupo al que le fue realizado la encuesta referida en dicha nota periodística.

Es decir, el análisis de sustituibilidad se realiza tomado en consideración (además de otros elementos) factores económicos como la oferta y la demanda, los cuales están relacionadas con las alternativas razonables y la disposición que tenga un número significativo de usuarios o consumidores para intercambiar bienes o servicios en razón de sus características, su precio o el uso que se pretenda dar a los mismos³²³ y no únicamente por las preferencias de un grupo con características específicas y determinadas por un factor común, toda vez que el dicho o la preferencia de un grupo reducido de usuarios no podría representar la preferencia de la población en general.

Por su parte, la Autoridad Investigadora al objetar dicha prueba señaló que dicha prueba únicamente hace fe plena de su existencia en un sitio de internet, mas no así respecto de otros elementos como la autoría del documento contenido o la veracidad de las manifestaciones en él vertidas. De igual forma, también señaló que la encuesta señalada en la nota periodística no precisa la metodología o el objeto de la misma, por tanto, no se tiene certeza del contenido que en ella se expone, es decir, sólo se acredita que los hechos referidos tuvieron realización en el modo, el tiempo y el lugar que se señala.

Por último, la encuesta realizada sólo abarcó a un grupo específico y área determinada de consumidores de STAR, por lo que dicha circunstancia, si bien podría suponer que los jóvenes de catorce a veinticinco años de edad prefieren la transmisión de videos vía internet, ello de ninguna manera puede tomarse como base para establecer que el STAR pierde lugar frente a los OTT, respecto al resto de la población, ya que sólo se basa en un estimado de personas, delimitado por el rango de edad y en un país distinto.

27. Una fe de hechos "en la que se hace constar un artículo emitido por la Comisión Europea con fecha seis de mayo de dos mil quince (i) existe una fusión progresiva de servicios de transmisión tradicional y el internet, (ii) las televisiones con acceso a internet han aumentado significativamente en el año dos mil catorce comparado con dos mil once, (iii) el número total de dispositivos con acceso a internet ha aumentado significativamente en el año dos mil

³²³

Sirve de sustento a lo anterior el criterio de texto y rubro siguiente: "**MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.**" Época: Novena Época, Registro: 168609, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.4o.A. J/75, Página: 2225 (Énfasis añadido).

catorce, (iv) el tráfico de video ha aumentado en cincuenta y cinco por ciento para finales de dos mil catorce, (v) el VOD y los OTT ganan mayor importancia cada vez, (vi) los jóvenes prefieren ver internet a televisión de paga, (vii) la publicidad en televisión de paga perdió más de trescientos millones de euros, entre otros datos que acreditan que los OTT son sustitutos y se encuentran desplazando a la televisión de paga",³²⁴ con la finalidad de "acreditar la sustituibilidad de los OTT con el STAR".

La mencionada prueba documental busca acreditar la sustituibilidad de los OTT con el STAR.

Del análisis a la prueba referida, este Instituto advierte que la misma contiene la siguiente la información:

"(...) Mientras que el televisor principal de la sala sigue siendo un artículo importante para compartir experiencias audiovisuales, muchos espectadores usan tablets o incluso teléfonos inteligentes para mirar contenido audiovisual. El contenido de la televisión tradicional aún representa una parte importante del tiempo de visualización diario promedio. Sin embargo, el VOD y otros servicios distribuidos por Internet gana mayor importancia cada vez más, lo cual muestra un cambio de consumo "relajado" a participación activa. La convergencia tiene bastante impacto en los hábitos de visualización (de incluso los niños) sobre las prácticas publicitarias y los ingresos y sobre la oferta y el financiamiento de contenido.

Los hábitos de visualización varían de país en país dentro de la Unión Europea, pero resulta común el hecho de que consumidores jóvenes vean, en promedio, menos televisión tradicional. En dos mil trece el promedio de este grupo fue de ciento treinta y tres minutos al día, en comparación con los doscientos veintitrés minutos al día del resto de la población.³²⁵

En cuanto al impacto de la convergencia en la publicidad, en dos mil trece, la publicidad en televisión dentro de la Unión Europea perdió más de trescientos millones de euros de los veintisiete mil setecientos cuarenta y ocho millones de euros de las inversiones generales - 1.1% (menos uno punto uno) en comparación con dos mil doce. Siguió siendo el medio de publicidad preferido 32% (treinta y dos por ciento) del mercado. Sin embargo, es muy probable que, dentro de los dos años siguientes, la publicidad por Internet se convierta en la plataforma principal, dado su rápido desarrollo +8.4% (más ocho punto cuatro por ciento) en comparación con dos mil doce y la participación en el mercado que ya se tuvo en dos mil trece (27.4%)³²⁶ (veintisiete punto cuatro) (...)."

Por lo anterior la prueba presentada no resulta idónea para acreditar lo pretendido por la oferente, toda vez que del contenido de la traducción que se adjunta a dicha documental no se advierte que exista afirmación alguna con relación a la sustituibilidad del STAR por los OTT, sino que dicho documento se refiere a la posibilidad que ha producido la convergencia

³²⁴ Prueba identificada con el numeral 32 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 32 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18126 a 18192 y 18858 del Expediente.

³²⁵ Informe mundial de Eurodata TV, *The development of the European market for on-demand audiovisual services*, pág. 319- el grupo joven se establece a varios niveles entre los 13 y los 34 años dependiendo del país.

³²⁶ European Audiovisual Observatory/WARC.

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

en la Unión Europea para que los usuarios puedan acceder a una gran variedad de contenidos audiovisuales, utilizando las plataformas a las que tienen acceso.

Por otro lado, la Autoridad Investigadora al objetar la prueba documental referida en el presente apartado, manifestó que dicha prueba únicamente hace fe plena de su existencia en un sitio de internet, mas no así respecto de otros elementos como la autoría del documento, contenido o la veracidad de las manifestaciones en él vertidas.

En dicho contexto, es claro que no puede darse a la prueba analizada el alcance y valor probatorio en los términos pretendidos por GTV, toda vez que la misma lejos de acreditar que los servicios de OTT sustituyen al STAR, únicamente reconoce, entre otras cosas, que: (i) la televisión sigue siendo un artículo importante para los usuarios de contenidos audiovisuales; (ii) que es "probable"³²⁷ que dentro de los dos años siguientes, la publicidad por Internet se convierta en la plataforma principal para ver contenidos audiovisuales; (iii) que el número total de dispositivos con acceso a Internet ha aumentado significativamente en el año dos mil catorce, (iv) que el VOD y los OTT ganan mayor importancia; (v) que en la Unión Europea existen diversas directrices o políticas tendientes a garantizar la calidad en la prestación del servicio de contenidos audiovisual; y, (vi) que los jóvenes prefieren ver internet que la televisión tradicional.

Por lo anterior, la prueba referida no logra desvirtuar lo señalado en el Dictamen Preliminar con relación a que los servicios OTT no sustituyen al STAR, toda vez que son ofertas complementarias o mercados paralelos, puesto que el contenido que ofrecen y la plataforma mediante la cual los distribuyen son diferentes.

28. Una fe de hechos "en la que hizo constar una noticia de fecha diecinueve de mayo de dos mil quince publicada por el periódico El Financiero en el que se establece que América Móvil participará en las próximas licitaciones del espectro radioeléctrico que lanzará ese IFT, para "acelerar banda ancha y video por Internet (OTT), Independientemente de ser preponderante en el sector de las telecomunicaciones" para competir en la televisión de paga". Aunado a lo anterior, se afirma que ClaroVideo cuenta con cerca de un millón de usuarios y treinta y cinco mil títulos en su plataforma, posicionándose como el segundo mayor jugador en streaming en México, sólo debajo de Netflix",³²⁸ con la finalidad de "acreditar la sustituibilidad de OTT con STAR".

La mencionada prueba documental busca acreditar la sustituibilidad del STAR por los OTT y su crecimiento reciente.

³²⁷ "ACTOS FUTUROS, NO LO SON LOS INMINENTES." Época: Quinta Época, Registro: 820031, Instancia: Tercera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, Pág. 290

³²⁸ Prueba identificada con el numeral 33 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 33 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18193 a 18199 y 18858 del Expediente.

De la lectura a la documental referida, se desprende la siguiente información:

"América Móvil (AMóvil) (sic) participará en las próximas licitaciones de espectro radioeléctrico que lanzará el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) antes de que termine el primer semestre del 2015 (dos mil quince), con el objetivo de acelerar su crecimiento en el negocio de video por internet y aumentar la velocidad de los servicios de datos móviles que ofrece México (...) América Móvil tiene el plan de llevar servicios de video a través de distintas plataformas a sus usuarios en México. Una de ellas es Claro Video "un híbrido entre Netflix y Apple TV que ofrece videos en streaming en renta y sobre demanda. Claro Video tiene cerca de un millón de usuarios y cuenta con 35 (treinta y cinco) mil títulos en su plataforma. Es el segundo mayor jugador en el sector de video en streaming de México, sólo debajo de Netflix (...)."

Ahora bien, contrario a lo manifestado por GTV, del citado documento no se advierte que se haga mención a la sustitución del STAR por los OTT, sino que en dicha nota periodística se hace referencia a la posible participación de un agente económico preponderante (AMX) en la licitación de espectro radioeléctrico, situación que de ninguna manera acredita los extremos probatorios sugeridos por la enunciante de la prueba, máxime cuando dicho acontecimiento no fue materia de estudio en el Dictamen Preliminar ni tampoco en el presente procedimiento. De igual forma, dicha prueba representa únicamente un indicio, dado que se trata de una nota periodística cuya fuente de origen es la página de Internet del periódico "El Financiero", lo cual le da un carácter meramente informativo.

Por lo anterior, tomando en consideración el contenido y naturaleza de la prueba ofrecida, es factible concluir que la prueba ofrecida no es idónea para desacreditar lo expuesto en el Dictamen preliminar con relación a que los servicios del STAR y los OTT no son sustitutos.

29. Un documento impreso "consistente en la traducción al idioma español del hecho notorio consistente en la publicación de fecha 11 (once) de julio de dos mil trece publicada por Reuters (...)",³²⁹ con la finalidad de "acreditar la sustituibilidad de los OTT con el mercado STAR, así como acreditar que la tendencia mundial es la consolidación de operadores de servicios de telecomunicaciones, ya que operadores pequeños o medianos que por lo regular operan localmente no pueden competir con operadores nacionales o de gran tamaño".

Dicha prueba se trata de un elemento aportado por la ciencia, el cual carece de certificación que acredite el lugar, tiempo y circunstancia en que fue realizada.

Con esta prueba, GTV pretende acreditar la sustituibilidad del STAR por los OTT y que la tendencia mundial es la consolidación de operadores de servicios de telecomunicaciones, ya que operadores pequeños o medianos que por lo regular operan localmente no pueden competir con operadores nacionales o de gran tamaño.

³²⁹ Prueba identificada con el numeral 64 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 64 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18833 a 18834 y 18862 del Expediente.

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

De la lectura realizada a la prueba referida, se advierte el siguiente contenido:

"(...) Las compañías cableras necesitan tener una mayor escala a través de la consolidación, ya sea mediante fusiones o coinversiones, según dijo el "Rey de las Cables" (John Malone) en entrevista al margen de la conferencia anual de medios de Allen and Co en Sun Valley, Idaho.

(...)

Desde que Malone, de 72 años, regresó al mercado de los Estados Unidos con la inversión de Liberty Media Charter a principios de este año, los analistas han predicho una ola de consolidaciones en compañías cableras. El mercado de televisión por cable en los Estados Unidos enfrenta crecientes costos de programación, así como las amenazas de competidores emergentes, tales como Netflix, que ofrecen películas y series de TV en línea a sus suscriptores.

"Ya sea que A se fusione con B, B compre a A, o que A, B y C se unan para desarrollar una coinversión, para llevar a cabo cosas que deben hacerse a mayor escala, ése es el mensaje que en realidad estoy tratando de dar", dijo son especificar a qué compañías se referían esas letras.

Las compañías tienen que crecer para tener éxito, dijo.

"Comcast es suficientemente grande para que le vaya bien. El resto de la industria necesita consolidarse, según nuestro punto de vista, para alcanzar economías de escala", dijo Malone.

Respecto a qué clase de operaciones prefiere Malone, él dijo que, geográficamente, "comprar a tu vecino es lo más sensato", al referirse a una lucha librada durante una década por las grandes compañías para intercambiar sistemas de cable local en aras de crear mayores conglomerados.

"Las fusiones horizontales son lo más seguro, generan las mayores sinergias y son las más fáciles, pero ya se ha hecho mucho de eso en la industria. En este punto, necesitas buscar más escala.

"Evidentemente si descubres que puedes comprar a tu vecino, eso es lo mejor, sin embargo, esas oportunidades están un tanto limitadas", dijo Malone.

(...)"

Ahora bien, aunque GTV no acompañó a la traducción presentada, el documento traducido, ni tampoco señaló en su ofrecimiento de pruebas mayores elementos que permitan a este Instituto identificar la fuente del mismo; del análisis integral de su escrito de manifestaciones al Dictamen Preliminar se desprende que en la página doscientos setenta y cinco transcribió el mencionado artículo, y proporcionó el vínculo electrónico que permite identificar la página de Internet aludida, por ende, esta autoridad reconoce como hecho notorio la existencia de la prueba presentada.

No obstante lo anterior, no puede darse el alcance y valor probatorio pretendido por la oferente, toda vez que con independencia de que se trate de un documento al cual se puede tener acceso vía internet, dicha situación es en sí misma insuficiente para acreditar la originalidad y autoría de dicho documento, máxime cuando la traducción al idioma español de dicha nota periodística no abarca la totalidad del documento presentado, situación que impide conocer el contexto real y completo del contenido de dicha prueba y lo que en su conjunto expone realmente.

No obstante lo anterior, se concluye que la documental ofrecida GTV no es eficaz para producir los efectos probatorios pretendidos por la oferente toda vez que del contenido mismo de la nota periodística no se advierten elementos que permitan por sí mismos, o adminiculados con otros medios probatorios, desvirtuar las conclusiones expuestas en el Dictamen Preliminar referentes a que el STAR y los OTT no son sustitutos.

Es decir, el análisis realizado en el Dictamen Preliminar en torno a la sustitución del servicio del STAR y los OTT atendió, entre otras cosas, los siguientes criterios: i) descripción del servicio OTT;³³⁰ ii) sustitución por el lado de la demanda;³³¹ ii) y sustitución por el lado de la oferta.³³² Elementos que atienden a algunos de los elementos que contempla la primera fracción del artículo 58 de la LFCE, y cuyo análisis permite concluir, en términos generales que para la sustitución de los STAR por los OTT, los proveedores de éstos últimos tendrían que contar con una concesión y desplegar una RPT,³³³ así como que los contenidos audiovisuales ofrecidos a través de los OTT no son equiparables a los STAR, pues éstos últimos transmiten contenidos diferentes (no incluyen todas las categorías que ofrecen los OTT, ni incluyen los canales de mayor audiencia), se ofrecen a través de un catálogo y el número de canales de televisión es menor, y otras tantas diferencias.

Por lo expuesto anteriormente, la prueba presentada por GTV carece de eficacia probatoria, al no constituirse como un documento idóneo para desvirtuar las determinaciones contenidas en el Dictamen Preliminar y acreditar los extremos probatorios pretendidos por la oferente con relación a la sustitución del STAR por los OTT.

30. Tres copias certificadas que tienen por objeto "acreditar que [REDACTED] no es un pago periódico (sic) que encuadra dentro de la definición dada por la Autoridad Investigadora en el Dictamen Preliminar".³³⁴

³³⁰ Folio 13824 del Expediente.

³³¹ Folio 13826 del Expediente.

³³² Folio 13829 del Expediente.

³³³ Folio 13829 del Expediente.

³³⁴ Pruebas identificadas con los numerales 34, 35 y 36 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexos 34, 35 y 36 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18200 a 18218 y 18859 del Expediente.

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

La formación de dichas documentales se encuentra encomendada a la atribución de los notarios para expedir copias certificadas respecto de un documento original, ya sea público o privado. En ese sentido, del análisis de dichas pruebas se observa que constituyen una reproducción fiel de sus originales.

Dichas documentales acreditan la solicitud de inscripción del plan tarifario, al que hace referencia la Constancia de Inscripción en el Registro de Telecomunicaciones de la Cofetel

Ahora bien, es un hecho notorio para esta autoridad que la Constancia de [REDACTED] fue sustituida por diverso plan tarifario, inscrito [REDACTED] mediante la Constancia de Inscripción en el Registro de Telecomunicaciones número [REDACTED]. Por lo tanto, esta prueba no acredita las condiciones tarifarias en las que se presta el servicio de [REDACTED] por el periodo de investigación.

No obstante, de ambas constancias de inscripción, se observa que señalan un pago de una contraprestación mensual, a cambio de la prestación del STAR, lo cual dista de los extremos que GTV pretende acreditar, ya que de los mismos documentos se desprende la existencia de un pago en forma periódica.

No es óbice para considerar lo anterior, el hecho que [REDACTED] sea un STAR en la modalidad de prepago, pues incluso en este caso se desprende la existencia de un pago previo, pero necesario para la prestación del servicio.

Así, los usuarios de [REDACTED] deben efectuar pagos mensuales por la prestación del STAR, toda vez que de no hacerlo, se bloquea la señal, como acontece con la prestación del STAR por parte de otros operadores.

31. Cuatro opiniones suscritas por los académicos [REDACTED] con la finalidad de acreditar que el: "IHH está mal calculado por parte de la Autoridad Investigadora."³³⁵ Dichas opiniones coinciden en señalar lo siguiente:

"México, D.F. 16 de Abril de 2015

Acuerdo de los Economistas Relativos al Tema IHH y Poder de Mercado

1. El Índice de Herfindahl Hirschman (IHH) es una medida calculada únicamente utilizando las participaciones de mercado en un mercado relevante en una región específica.

Un análisis basado solamente en participaciones de mercado no implica el tener poder sustancial de mercado. El IHH por sí solo, al estar basado sólo en participaciones de mercado, no puede determinar ni la existencia de poder de mercado significativo ni su

³³⁵ Pruebas identificadas con los numerales del 49 al 52 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexos del 49 al 52 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18532 a 18569 y 18860 del Expediente.

abuso. Es sólo una prueba que busca reflejar la POSIBILIDAD de que los agentes económicos, o un agente económico dado en dicho mercado, puedan manipular los precios o la calidad de bienes y servicios, o bien restringir la oferta en el mercado relevante y en una zona geográfica determinada.

2. Si en la zona geográfica que se analiza el mercado relevante mediante la prueba IHH no se es posible determinar ni el precio ni el abasto del bien, un análisis de IHH no podrá dar ninguna información sobre el poder sustancial en dicho mercado de ninguno de los agentes económicos que participen. Esto es así porque la POSIBILIDAD de manipular precios, calidad y cantidad no existe.

Por ejemplo, supongamos que en un municipio existe un único operador de TV de paga y que es bajo tecnología satelital; el IHH de ese operador sería de 10, 000 puntos en ese municipio. Supongamos también que el regulador exige que la oferta de dicho operador se defina para todo el territorio nacional y que el operador satelital no puede restringir la cantidad de equipos en el municipio dada las características de la tecnología satelital (las antenas de los clientes se pueden llevar de una región a otra y recibir la señal). ¿Podemos inferir que este operador de TV satelital tiene un poder sustancial de mercado absoluto en ese municipio?

La respuesta es NO, porque el operador de TV satelital NO puede manipular el precio ni restringir la cantidad del servicio, toda vez que, por ejemplo, si un cliente adquiere una antena satelital de TV de paga en Cuernavaca, se la puede llevar e instalar en Puerto Vallarta. No existe la posibilidad de tener poder sustancial de mercado en un municipio (...)."

En primer término, dichas documentales únicamente pueden hacer prueba plena respecto de la existencia de las manifestaciones que contienen, así como de su autoría. Tales medios de convicción constituyen manifestaciones provenientes de terceros, sin tener el alcance de constituir opiniones técnicas sobre las cuestiones a debatir. Esto debido a que el medio de convicción para dilucidar cuestiones sobre una ciencia es la pericial, tal como lo prevé el artículo 143 del CFPC.

En términos de las DRLFCE, la prueba pericial tiene características que dotan a la autoridad instructora de facultades para ahondar sobre la misma. Esto, al permitirle corroborar la vinculación del campo de especialización del perito, con la materia respecto del dictamen emitido, así como requerirle información adicional o realizar las diligencias que estimen pertinentes. En tal virtud, las pruebas analizadas se consideran únicamente como manifestaciones provenientes de sus autores y no como opiniones técnicas, pues no reúnen los requisitos formales para ser consideradas como tales.³³⁶

³³⁶ Sirve de apoyo por analogía el siguiente criterio: "PRUEBA PERICIAL EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL. LAS CONSECUENCIAS LEGALES DE NO DESIGNAR PERITO O QUE ÉSTE NO RINDA SU DICTAMEN, ES QUE SE ESTÉ CONFORME CON EL DEL DESIGNADO POR EL OFERENTE, O BIEN, QUE NO SE LE OTORQUE VALOR PROBATORIO A LA OPINIÓN DE UNA PERSONA CUYA CALIDAD NO SE DEMOSTRÓ DURANTE EL JUICIO". Localización: (IA); 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 19, Junio de 2015; Tomo III; Pág. 2369. I.3o.C.169 C (10a.).

En segundo término, es de observarse que, contrario a lo que GTV pretende acreditar, en dichas opiniones no se realiza ninguna evaluación respecto del Dictamen Preliminar, pues sólo se limita a mencionar la opinión de sus autores sobre lo que a su consideración es el IHH. Por lo tanto, de ninguna manera se puede acreditar que los autores realizan algún pronunciamiento respecto del procedimiento que se tramita en el Expediente y, menos aún, que concluyen algún error en la determinación del IHH por parte de la Autoridad Investigadora.

En conclusión, las cuatro opiniones analizadas constituyen simples manifestaciones sobre los efectos del IHH, sin que puedan acreditar un error en su cálculo en el presente asunto.

32. Una fe de hechos *"en la que se hace constar que en la página de Internet de OVUM Knowledge Centre se publicó un Benchmark de precios de televisión de paga en América Latina"*.³³⁷

Con esta documental pública se acreditan plenamente los hechos que ocurrieron ante el notario y respecto de los cuales expidió el testimonio correspondiente, es decir, con esta prueba se acredita la existencia de una nota publicada en Internet y del cual se imprimió, impresión que fue agregada al apéndice del instrumento y otro al testimonio otorgado en favor de un autorizado de GTV.

No obstante, con esta prueba GTV pretende acreditar que *"los precios del STAR en México son los más bajos de América Latina"*. Sin embargo, el contenido de la publicación no tiene aplicabilidad al caso en concreto, al ofrecer una comparación con otros mercados que no son materia del Dictamen Preliminar.

33. Una fe de hechos con la cual se pretende acreditar que *"ser grande no siempre es ilegal, y que en mucho (sic) casos el sancionar por el mero tamaño, desincentiva la competencia"*.³³⁸

Dicha documental pública hace prueba plena respecto de los hechos que ante el notario ocurrieron y respecto de los cuales otorgó el instrumento que ahora se analiza, es decir, la fe de hechos acredita plenamente la existencia de dos documentos en sitios de Internet, los cuales fueron impresos en dos tantos, agregados al apéndice y al testimonio posteriormente otorgado.

Ahora bien, del análisis de las impresiones que se acompañan a la fe de hechos se observa que estos se encuentran en idioma distinto al español. No obstante, GTV acompañó una traducción de los aspectos que bajo su responsabilidad estimó relevantes, por lo que con

³³⁷ Prueba identificada con el numeral 43 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 43 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18284 a 18318 y 18859 del Expediente.

³³⁸ Prueba identificada con el numeral 44 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 44 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18319 a 18353 y 18860 del Expediente.

fundamento en el artículo 113, segundo párrafo, de la LFCE, para efectos del análisis de esta prueba, únicamente se considera la traducción realizada por perito....

Si bien las traducciones realizadas por el perito provienen de las impresiones de los documentos que aparentemente se identifican como: "resoluciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América de fecha trece de enero de dos mil cuatro respecto a un juicio entre Verizon Communications, Inc. contra Trinko, LLP y United States v. Aluminium Co. Of America et al. De fecha doce de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco", lo cierto es que dichas impresiones carecen de firmas o sellos, ya sean físicos o electrónicos, que permitan autenticar el contenido, autoría y sustento fáctico de la información consultada, ya que los alcances plenos de la fe de hechos únicamente acreditan las circunstancias en las que fueron impresos dichos documentos; pero de ninguna manera acreditan el contenido, autoría o sustento de los mismos, aunado a que tampoco se dio fe que los documentos impresos coincidían fielmente con los documentos consultados en Internet.

En ese sentido, las traducciones realizadas por el perito forman parte de un indicio respecto de un aspecto relevante estimado por GTV, con relación a los documentos impresos. Dichas traducciones señalan lo siguiente:

"El simple hecho de poseer el poder de monopolio y el cobro concomitante de precios monopolísticos no solamente no es ilegal, es un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios de monopolio, al menos durante un periodo corto, es lo que, para empezar, atrae la "capacidad empresarial"; induce a tomar riesgos que resultan en innovación y crecimiento económico. Para salvaguardar el incentivo de innovar, la posesión de poder de monopolio no se considerará ilegal, a menos que esté acompañado de un elemento de conducta anticompetitiva."

"430 la competencia que surge donde no había existido ninguna, puede de manera accidentalmente resultar en monopolios. Debido a que la Ley convierta a la "monopolización" en un delito, así como en una falta civil, sería no solamente injusto, sino presuntamente contrario a la intención del Congreso incluir estos casos. Por ejemplo, un mercado puede estar tan limitado que es imposible producir nada y cumplir con los costos de producción salvo por una planta lo suficientemente grande para suministrar la demanda completa. O puede haber cambios en el gusto o en los costos que aleja a todos con la excepción de un proveedor. Un solo productor puede ser el sobreviviente de un grupo de competidores activos, simplemente debido a su habilidad, previsión e industria superiores. En tales casos se puede argumentar que, aunque el resultado puede exponer al público a los males del monopolio, la Ley no tiene como objetivo condenar el resultado de esas mismas fuerzas que son el objetivo principal a fomentar: finis opus coronat. El competidor exitoso, habiéndose visto instado a competir, no debe verse rechazado cuando gana."

Al respecto, se indica que el contenido de dichas transcripciones en realidad no es idóneo para acreditar los hechos que se pretenden probar con su ofrecimiento, pues en todo caso, el Dictamen Preliminar no determinó que "ser grande" constituya una ilegalidad. Asimismo, se precisa que el procedimiento que nos ocupa no tiene por objeto "sancionar" a GTV por "ser grande", por lo que independientemente de que tales traducciones se refieren a situaciones

que ocurrieron fuera del periodo de investigación, en realidad, tanto las pruebas, como los hechos que se pretenden demostrar con su ofrecimiento, no están relacionadas con las condiciones que sustentan las conclusiones del Dictamen Preliminar.

34. Dictamen Pericial en "Materia de Telecomunicaciones"

GTV manifestó que este dictamen pericial: *"se ofrece con base en los conocimientos del perito, experto en la materia, valiéndose de las constancias que conforman el expediente en el que se actúa, con el objeto de acreditar que OTT y STAR son sustitutos."*³³⁹

Asimismo, GTV señaló que esta pericial *"se relaciona con todos y cada uno de los argumentos hechos valer (en el) escrito de manifestaciones, específicamente aquellas para acreditar que los OTT son sustitutos del STAR"*, sin embargo, no se analiza de manera específica la pericial en ningún apartado del Escrito de Manifestaciones de GTV.

De conformidad con el artículo 38 de las DRLFCE, al ofrecer las pruebas se deberá expresar con claridad el hecho o los hechos que se trata de demostrar con cada una de ellas. En ese sentido, en el capítulo de pruebas del Escrito de Manifestaciones de GTV se indicó claramente cuáles son los hechos que se trata de demostrar con el ofrecimiento del dictamen pericial en "Telecomunicaciones".

No obstante, de manera general, el dictamen pericial en materia de telecomunicaciones ofrecido por GTV no es idóneo para demostrar sus argumentos principales con relación al Dictamen Preliminar, es decir, que éste carece de sustento analítico y jurídico. Lo anterior es así, dado que: i) las manifestaciones del perito no contienen evidencias que sustenten las conclusiones a las que arriba; ii) el perito confunde la capacidad tecnológica de transmitir audio y video a través de distintas tecnologías, con el concepto económico de sustitución de productos, y iii) las credenciales del perito no permiten considerar como válido su pronunciamiento respecto a la sustitución entre STAR y OTT, ya que se encuentra acreditado como experto en telecomunicaciones y no en economía o política de competencia.

35. Dictamen Pericial en "Determinación de poder sustancial de mercado"

GTV manifestó que este dictamen pericial: *"se ofrece con base en los conocimientos del perito, experto en la materia, valiéndose de las constancias que conforman el expediente en el que se actúa, con el objeto de acreditar la incorrecta determinación del mercado relevante en el expediente de referencia, así como la sustitución de los OTT con el mercado STAR."*³⁴⁰

Asimismo, GTV señaló que esta pericial *"se relaciona con todos y cada uno de los argumentos hechos valer (en el) escrito de manifestaciones, específicamente aquellas para acreditar que los OTT son sustitutos del STAR"*.

³³⁹ Prueba identificada con el numeral 56 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 56 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18678 a 18682 y 18861 del Expediente.

³⁴⁰ Prueba identificada con el numeral 58 del Acuerdo de Admisión de Pruebas de GTV y como Anexo 58 del Escrito de Manifestaciones de GTV. Folios 18688 a 18696 y 18861 del Expediente.

Al respecto, se señala que la conclusión a la que llega el perito relativa a que los OTT no son sustitutos del STAR en virtud de que los contenidos audiovisuales no son equiparables carece de sustento principalmente porque para llevar a cabo un análisis completo de sustitución con base en el criterio de intercambiabilidad y equivalencia funcional, como el que pretende el perito, es necesario comparar la variedad de los contenidos y su disponibilidad, además de algunos criterios adicionales, en particular, la existencia de obstáculos y costos que impidan el desplazamiento de la demanda de un servicio a otro, ejercicio que no se observa que se haya realizado. El Perito no hace mención, por ejemplo, de posibles obstáculos y costos a la sustitución de la demanda entre los dos servicios, como lo hace el DP en cuanto a que la disponibilidad de internet y la calidad de dicho servicio constituyen un obstáculo para que los consumidores puedan sustituir el STAR por OTTs.

Además, el perito hace referencia a hechos futuros cuando afirma que los servicios STAR y OTT son "cada vez más equivalentes", de lo que se interpreta que mientras aún no lo son del todo, lo serán en el futuro. El análisis de sustitución evidentemente no puede ser una cuestión de gradualidad y mucho menos se apega al requerimiento legal de la materia y por el contrario, confirma lo señalado en el DP respecto a que "(l) la oferta de los servicios OTT en el país es incipiente (...)",³⁴¹

3.3. Pruebas de GTV en relación con el análisis de participaciones de mercado.

3.3.1. Dictamen Pericial en Materia de Contabilidad.

GTV ofreció como prueba el dictamen pericial en "Materia de Contabilidad". Indicó que esta prueba tiene por objeto acreditar: "(...) (i) la definición, características y diferencias en la estimación del SAC, (ii) la UAFIDA y margen UAFIDA de [REDACTED] para los años 2012, 2013, y 2014, (iii) si conforme a las Normas Internacionales de Información Financiera y Principios de Contabilidad Generalmente aceptados en los EUA es factible dar diversos tratamientos a los costos de instalación de antenas Low Noise Block, (iv) número de suscriptores del servicio de prepago y del servicio de pago recurrente, (v) variación del número de suscriptores del servicio prepago de marzo de 2008 a marzo de 2015, (vi) determinar cuál es el ingreso promedio anual por suscriptor para [REDACTED], (vii) los reportes corporativos y estados financieros que se pueden consultar en el portal de Internet de las empresas STAR de GTV, [REDACTED]".

De conformidad con el artículo 38 de las DRLFCE, al ofrecer las pruebas se deberá expresar con claridad el hecho o los hechos que se trata de demostrar con cada una de ellas. En ese sentido, en el capítulo de pruebas del Escrito de Manifestaciones de GTV se indicó claramente cuáles son los hechos que se trata de demostrar con el ofrecimiento de este dictamen pericial.

En general, el dictamen pericial en materia de contabilidad no es idóneo para determinar los argumentos principales de GTV con relación al Dictamen Preliminar, es decir, que éste carece de sustento analítico y jurídico dado que: i) los argumentos manifestados por el perito no

contradican los hechos que realmente fueron establecidos mediante el Dictamen Preliminar para determinar poder sustancial; ii) resultan accesorios para efectos de tal determinación, y iii) existen contradicciones entre los argumentos formulados en el Escrito de Manifestaciones de GTV y el dictamen pericial en materia contable.

Si bien GTV indicó los hechos que pretende acreditar en el capítulo de pruebas de su escrito de manifestaciones (hechos referidos en párrafos anteriores) lo cierto es que tales cuestiones únicamente pueden analizarse en conjunto con los argumentos que se formularon en el Escrito de Manifestaciones de GTV.

Sobre la definición y determinación del Costo del "Costo de Adquisición por Suscripción" (SAC por sus siglas en inglés) el perito expuso el concepto y explico las distintas metodologías que se pueden usar para determinarlo y al mismo tiempo explicó la relación que tiene esta medida financiera, la cual es utilizada principalmente por empresas que ofrecen sus servicios a terceros con base en suscripciones por un tiempo determinado, como lo es el caso de los servicios de televisión restringida. Manifestó que dado que no hay un solo criterio o estándar para calcular el SAC, el mismo puede incluir o no el costo de adquisición de contenido adicional de acuerdo con la categoría de paquete contratado, atendiendo al procedimiento que decida seguir cada empresa y por tanto no puede ser un indicador comparable entre empresas. En el DP se señaló que el SAC utilizado fue elaborado con base en la propia información aportada por los agentes económicos y que por ser empresas que reportan a la BMV tienen como base las mismas normas financieras. Por lo que las manifestaciones del perito no son suficientes para desestimar el sentido del análisis de la AI respecto a la diferencia de éste indicador entre operadores.

Tal como se señaló en el Dictamen Preliminar, se llevó a cabo un análisis comparativo entre los principales operadores del STAR con la única finalidad de tener una mejor perspectiva sobre los márgenes de ganancia que se observan en México;³⁴² sin embargo, ello no implica que la comparación por sí misma y como único elemento de análisis indique la capacidad para fijar precios de GTV.

Es decir, tanto GTV como el perito en materia contable desestiman que uno de los elementos presentados en el Dictamen Preliminar para evaluar si GTV cuenta con capacidad para fijar precios en los Mercados Relevantes, sin que sus principales competidores puedan contrarrestarlo, son los márgenes de ganancia superiores a sus contrapartes nacionales, lo que para efectos de la existencia de agentes económicos con PSM en el STAR, debe considerarse únicamente la superioridad con los operadores nacionales. Asimismo, dadas las limitaciones de los márgenes de UAFIDA, se considera que éstos, por sí mismos, no pueden determinar la existencia de poder sustancial sino que deben ser contemplados con otra evidencia.

Por otro lado, el perito no advierte que el Gráfico 6 del Dictamen Preliminar Únicamente señaló a [REDACTED] como el operador que ha mostrado los márgenes UAFIDA [REDACTED]; sin embargo, en el Dictamen Preliminar no se estableció que [REDACTED] fuera el único operador con márgenes UAFIDA superiores a sus contrapartes. Es decir, cuando el Dictamen Preliminar se está refiriendo a los márgenes UAFIDA en conjunto del GIE denominado GTV -incluyendo a todos sus operadores-; pero no se está refiriendo únicamente a [REDACTED].

En ese sentido, el perito también omite referirse a los márgenes UAFIDA de las demás empresas afiliadas a GTV, limitándose a pronunciarse con relación a la comparación entre los márgenes de [REDACTED] con relación a otros operadores satelitales de otros países, que se insiste, esta comparación del margen UAFIDA de una sola empresa afiliada a GTV no constituye la unidad de referencia, dado que los elementos considerados fueron los márgenes de GIE en comparación con sus competidores nacionales.

Incluso si en el Dictamen Preliminar no se hubiese realizado el análisis comparativo al que se refiere GTV, ello no implicaría la inexistencia de los márgenes de ganancia que se indicaron en el Gráfico 26 del Dictamen Preliminar, que en conjunto son superiores a sus competidores, elemento que sugiere su capacidad para afijar precios pero que, por sí mismo, no puede considerarse como determinante.

Ahora bien, GTV pretende sostener, a partir de los ajustes que se realizan en el dictamen pericial en materia de contabilidad con relación al margen [REDACTED], que dicho margen es similar al de operadores de otros países como [REDACTED]. Lo anterior, de ser cierto, únicamente implicaría que el análisis comparativo que realizó el Dictamen Preliminar de los márgenes de ganancia sería diferente al calculado por el perito; pero ello no implicaría que los márgenes UAFIDA de GTV como GIE, o incluso, el margen UAFIDA de [REDACTED] en lo particular, fuera similar al del otro operador satelital [REDACTED].

No obstante, incluso con los ajustes en la estimación del UAFIDA de SKY presentados en la respuesta a la pregunta 10 del dictamen en materia contable, en comparación con el margen UAFIDA que a decir del perito corresponde a [REDACTED] en la respuesta a la pregunta 6, arroja que el margen UAFIDA de [REDACTED]

EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

Aun tomando en cuenta todos los ajustes propuestos en el dictamen pericial, el margen UAFIDA de [REDACTED] es superior a los del operador [REDACTED] con el que se pretende comparar GTV, por lo que en todo caso, se arribarían a las mismas conclusiones que el Dictamen Preliminar, es decir, que los márgenes de [REDACTED] y en este caso los de [REDACTED] son superiores a los de otros operadores de STAR en otros países.

Hay que notar que el mismo perito, al realizar distintos ajustes en la estimación del UAFIDA necesarios para ser comparables con los de otros operadores, muestra que dicho margen se ha incrementado, al menos, en los últimos tres años. En conclusión, se observa que los argumentos formulados por el perito en realidad no se encuentran relacionados directamente con los elementos que el Dictamen Preliminar y, en todo caso, estando relacionados, los ajustes realizados no modifican el análisis comparativo para tener una mejor perspectiva, que implica que [REDACTED] UAFIDA [REDACTED] al de otros operadores en otros países, independientemente de los porcentajes, estos siguen siendo superiores aun con los ajustes realizados por el perito.

Por lo que hace a los hechos que pretende acreditar el dictamen pericial contable con relación al ingreso promedio por usuario (ARPU) que reporta en su respuesta a la pregunta trece, esta autoridad no encuentra manifestación de GTV que valorar relacionada con el argumento del Dictamen Preliminar en el capítulo "III.5.2.4 Análisis de costo de adquisición por suscripción y márgenes de ganancia"³⁴³ respecto a que "[REDACTED] han mantenido sus ingresos promedio por usuario relativamente constantes (y en el caso de [REDACTED] la trayectoria descendente del ingreso por usuario se explica por un ampliación de su modelo de negocio a partir del año 2009 (..)", por lo que no se puede pronunciar respecto a la respuesta a la pregunta trece.

En todo caso, GTV proporciona en sus manifestaciones³⁴⁴ de manera general y sin referencia específica al DP una tabla con la que pretende comparar la posición del ARPU de [REDACTED] frente a otros operadores internacionales y demostrar que dado un nivel bajo de ARPU sus precios son competitivos [REDACTED], misma que no se relaciona con las tablas presentadas en la respuesta a la pregunta referida del dictamen pericial contable siguientes:

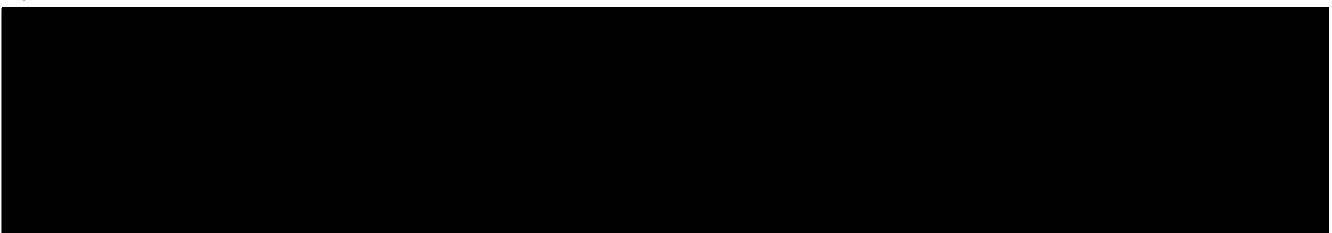
[REDACTED]

343

Página 167 del Dictamen Preliminar. Folio 13864 del Expediente.

344

Página 398 de las manifestaciones de GTV. Folio 16791 del Expediente



Como se ha señalado, para efectos del análisis de poder sustancial el DP consideró únicamente la comparación entre operadores nacionales. Asimismo, el perito argumentó sin presentar elementos de prueba adicionales que puedan ser valorados respecto al DP que las empresas cableras de GTV registran un CAPEX equivalente o mayor a su EBITDA, afirmando que esta es la razón por la que [REDACTED] no tiene una renta de poder sustancial.

No obstante lo anterior, los niveles de ARPU de [REDACTED] que reporta el perito son equivalentes al Gráfico 27 del DP y sin embargo, el perito no ofrece elementos para acreditar la baja del ARPU que en todo caso se puedan relacionar a las manifestaciones de GTV respecto a que los márgenes de ganancia o los precios no corresponden a los de un agente económico con poder sustancial.

3.3.2. Dictamen Pericial en "Análisis Comparativo de Precios para los Servicios de Televisión de Paga en América Latina y Canadá".

GTV ofreció como prueba el dictamen pericial rendido sobre la materia referida, sobre el cual manifestó que: "(...) se ofrece con base en los conocimientos del perito, experto en la materia, valiéndose de las constancias que conformen el expediente en el que se actúa, con el objeto de acreditar que los precios del STAR en México son los más bajos de América Latina."³⁴⁵

Debe recordarse que el Escrito de Manifestaciones de GTV fue presentado por dicho GIE, considerando que el Dictamen Preliminar carecer de sustento analítico y jurídico y, su decir, resulta improcedente. En consecuencia, el objeto del Escrito de Manifestaciones de GTV es que esta autoridad resuelva que no es un agente económico con poder sustancial en los Mercados Relevantes, tal y como se determinó en el Dictamen Preliminar.

De conformidad con el artículo 38 de las DRLFCE, al ofrecer las pruebas se deberá expresar con claridad el hecho o los hechos que se trata de demostrar con cada una de ellas. En ese sentido, en el capítulo de pruebas del Escrito de Manifestaciones de GTV se indicó claramente cuáles son los hechos que se trata de demostrar con el ofrecimiento del dictamen pericial en "Análisis Comparativo de Precios para los Servicios de Televisión de Paga en América Latina y Canadá".



EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

En ese sentido, los argumentos de GTV tendrían que tener por objeto hacer del conocimiento del Pleno, que los elementos que el Dictamen Preliminar analizó para arribar a sus conclusiones son erróneos o diferentes a como fueron determinados por la Autoridad Investigadora, y con ello, permitir a esta autoridad analizar si sus manifestaciones son correctas o no.

Sin embargo, por lo que hace a la pericial en *"Análisis Comparativo de Precios para los Servicios de Televisión de Paga en América Latina y Canadá"*, se observa que GTV pretende acreditar *"que los precios del STAR en México son los más bajos de América Latina"*; no obstante, es necesario precisar que el Dictamen Preliminar no consideró como elemento para arribar a sus conclusiones, el hecho de que los precios del STAR en México fueran más o menos altos en comparación con los precios del STAR en América Latina.

La prueba pericial en *Análisis Comparativo de Precios para los Servicios de Televisión de Paga en América Latina y Canadá* no resulta idónea para considerar que GTV no es un agente económico con poder sustancial en los Mercados Relevantes, dado que el objeto de su ofrecimiento es acreditar que los precios del STAR de México son los más bajos en América Latina; pero en realidad, el Dictamen Preliminar no consideró tales circunstancias como elementos o criterios para determinar PSM GTV.

No obstante lo anterior, es necesario realizar algunas precisiones con relación al dictamen pericial que aquí se valora. De la lectura del dictamen pericial se observa que las manifestaciones realizadas por el perito devienen generales y carecen de fundamento documental para sostener sus afirmaciones, por lo que esta autoridad se encuentra imposibilitada para estimar la veracidad y procedencia de la información presentada por el perito.

En primer lugar, GTV señaló que el dictamen pericial se ofreció con base en los conocimientos del perito, y *"valiéndose de las constancias que conforman el Expediente"*; ³⁴⁶ sin embargo, de la lectura de su dictamen pericial no se observa que éste haya sido rendido con base en información que obre en el Expediente.

En segundo lugar, el dictamen pericial fue ofrecido como *"Análisis Comparativo de Precios para los Servicios de Televisión de Paga en América Latina y Canadá"*; sin embargo, de la lectura de dicho dictamen se observa que el perito se limita a realizar sus comparaciones con relación a países latinoamericanos, omitiendo la inclusión de Canadá, tal y como fue ofrecida la prueba pericial en el Escrito de Manifestaciones de GTV.

En tercer lugar, el dictamen pericial fue presentado haciendo referencia a un "estudio para comparar los precios de los servicios de TV de Paga en distintos países de América Latina"; sin embargo, dicho "estudio" no fue acompañado al dictamen pericial, por lo que ante la imposibilidad por parte de esta autoridad para pronunciarse sobre dicho estudio, con fundamento en el artículo 51, fracción IV, de las DRLFCE, se requirió al perito para que señalara a qué "estudio" se refiere su dictamen pericial.

Ante tales circunstancias, el perito señaló que el "estudio" al que se refiere su dictamen pericial es el documento intitulado "Benchmark de precios de la televisión de paga en América Latina, elaborado por la consultora internacional OVUM de abril de 2015". Si bien el perito no refirió que dicho estudio fue ofrecido como prueba mediante el Escrito de Manifestaciones de GTV, lo cierto es que el "Anexo 43" de dicho escrito, contiene un testimonio donde se da fe "que en la página de Internet de OVUM Knowledge Centre se publicó un Benchmark de precios de televisión de paga en América Latina",³⁴⁷ con el objeto de acreditar que los precios del STAR en México son los más bajos en América Latina.

La fe de hechos con la que se acredita la prueba referida en el párrafo anterior, hace prueba plena de los hechos que ocurrieron ante el notario público que otorgó el testimonio; sin embargo, esta plenitud no se traslada al contenido del documento impreso y agregado al testimonio otorgado.

En tal sentido, en particular se realizan las siguientes precisiones con relación al dictamen pericial en "Análisis Comparativo de Precios para los Servicios de Televisión de Paga en América Latina y Canadá":

- i) Esta autoridad se encuentra imposibilitada para determinar si la información contenida en las tablas de las respuestas a las preguntas 5, 6, 7, 8, 10 y 12, corresponden realmente a la información que a decir del perito ahí se muestra, ya que éste omitió acompañar la documentación que sostiene esa información y/o la fuente donde pueda ser consultada esta información para determinar su veracidad. En ese sentido, las manifestaciones relacionadas con dichas tablas y cifras en realidad constituyen meras afirmaciones que carecen de fundamento.
- ii) En todo caso, suponiendo que los argumentos y afirmaciones del perito tuvieran sustento documental y/o fuente de referencia que permitiera a esta autoridad verificar la autenticidad de la información presentada, de forma general se observa que el dictamen pericial en "Análisis Comparativo de Precios para los Servicios de Televisión de Paga en América Latina y Canadá" argumenta lo siguiente:

Los precios del STAR en México son los más bajos de América Latina. El perito señala que una comparación de precios por Paridad del Poder de Compra, es adecuada para este análisis de competencia y que los menores precios del servicio STAR, en comparación con otros países latinoamericanos, son prueba de un dinámico entorno competitivo en el mercado STAR mexicano. Sin embargo, el perito presenta datos probablemente sesgados por la elección de paquetes, pues si bien dividir por tipo de paquete para efecto de comparación es correcto en general, se realiza una división insuficiente para garantizar que los precios de los paquetes son comparables. En particular, el rango utilizado es muy amplio, y no se señala cual es el número de canales y no realiza división en cuanto al tipo de canales que incluye cada paquete en cada país. En particular, no presenta indicadores del precio promedio por canal en cada país.

Aun si los precios en México fueran relativamente bajos en proporción al PIB, eso no implica que en México exista un mercado competitivo, pues los precios se pueden explicar por economías de escala derivadas del tamaño del país, la falta de condiciones de competencia en otros países, los impuestos, o la regulación, entre otros.

Por una parte, la comparación mediante PPP, aunque es una medida usada frecuentemente a nivel internacional, no necesariamente es adecuada para bienes como el servicio STAR. Por otra parte, el supuesto menor precio de los servicios STAR en México no necesariamente es consecuencia de una vigorosa competencia económica. Además, el dictamen pericial no se enfoca en las condiciones de competencia de cada país e ignora el comportamiento estratégico de los operadores.

El perito afirma que los precios óptimos de los operadores de DTH reflejan las condiciones en las regiones del país con mayor demanda (grandes zonas urbanas) donde, "típicamente, existe un mayor grado de competencia". Sin embargo, el perito ignora que GTV coordina las actividades de [REDACTED] y de sus cableras, además de que, si su afirmación fuera correcta, lo contrario podría también ser cierto: los operadores harían extensivos los precios no competitivos si tuvieran PSM en áreas urbanas muy pobladas.

Por otro lado, el perito se manifiesta con relación a la estructura de costos de los proveedores de televisión de paga en América Latina, y las implicaciones que pueden derivarse al respecto así como los supuestos económicos necesarios para determinar los bajos costos de algunas de las empresas proveedoras de STAR. También se manifiesta sobre los distintos factores que afectan la estructura de costos o márgenes de ganancia de GTV, y como se refleja esto en los precios, y finalmente, si el hallazgo de precios bajos en México para el STAR puede vincularse a mayores eficiencias en la provisión del servicio y por lo tanto probar la existencia de rentas ricardianas.

Relativo a los puntos anteriores, se señala que en el escenario planteado por el perito como razón del nivel de precios donde supone que la estructura de costos de los servicios de TV de Paga es homogénea, se observa en "El Estudio de Referencia" que es la oferta de canales donde se aprecia una gran diferencia entre los países, lo que no puede estar relacionado con estructuras de costos homogéneas. Relativo al segundo escenario que plantea el perito donde las estructuras de costos son distintas, si bien es cierto que puede haber mayor eficiencia entre una empresa y otra, a partir de la información que se presenta en el "Estudio de Referencia", no es posible arribar a alguna conclusión al respecto.

Para que se considere al margen de ganancia de GTV como rentas ricardianas es necesario observar que un conjunto de factores de producción son utilizados con mayor eficiencia por un proveedor de un bien o servicio. Sin embargo, como se ha señalado, de la información contenida en el estudio referido no es posible derivar conclusiones relacionadas con la eficiencia de los operadores analizados.

En conclusión, el dictamen pericial en "Análisis Comparativo de Precios para los Servicios de Televisión de Paga en América Latina y Canadá" no resulta idóneo para determinar que el Dictamen Preliminar carece de sustento jurídico y analítico y, tampoco permite determinar que las conclusiones a las que arribó el Dictamen Preliminar sean incorrectas.

3.3.3. Dictamen Pericial en Economía.

GTV manifestó que ofrece este dictamen pericial "con base en los conocimientos del perito, experto en la materia, valiéndose de las constancias que conformen el expediente en el que se actúa (...) con el objeto de acreditar (i) si la autoridad investigadora definió de manera incorrecta el mercado relevante al hacer caso omiso de la definición de éste que contiene el artículo noveno transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (ii) si en virtud de la convergencia digital y la convergencia normativa existe el mercado relevante de redes convergentes al que concurren las partes de la concertación, y que la Autoridad Investigadora incorrectamente no analizó, (iii) si existe un agente económico preponderante en el sector de telecomunicaciones y, por consiguiente, con poder sustancial en los mercados redes convergentes, y que, al amparo del noveno transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, la autoridad está obligada a fomentar el desarrollo de competidores viables que le puedan hacer frente, (iv) si los OTT son sustitutos de STAR, (v) si la tecnología DTH actúa como un disciplinador de precios nacional en el mercado relevante del STAR, (vi) si GTV tiene o no una posibilidad real de fijar precios o restringir el abasto en el mercado de redes o en el STAR, (vii) la debida determinación los índices de concentración, (viii) la posibilidad real de fijar precios y restringir el abasto en los mercados relevantes (ix) el crecimiento en suscriptores de los STAR y el principal OTT por suscripción en el mundo de los últimos 3 años, (x) el análisis de sustitución del STAR y los servicios OTT realizado por el IFT en el DP cuenta con suficiente sustento económico (xi) los conceptos de complementariedad y sustituibilidad son adecuadamente manejados en el DP del IFT de acuerdo a la teoría económica y si tales conceptos son forzosamente excluyentes (xii) que la existencia de dos operadores de DTH con cobertura nacional, tiene como consecuencia la competencia con todos los operadores de cable (xiii) los elementos que analizó el IFT, así como entre el nivel de precios y los municipios en donde hay "poder sustancial" y donde no lo hay (xiv) la variación de precios entre paquetes puede deberse a factores distintos de los índices de concentración o la determinación de poder sustancial, (xv) si la teoría de marcas combate se aplica en el mercado mexicano de DTH, (xvi)

la razonabilidad de inferir poder sustancial en el mercado de STAR de México con base a la información de precios disponible en México y otros países, (xvii) se acreditó la existencia de los elementos necesarios para establecer una relación entre precios de los paquetes de TV de paga y los índices de concentración para determinar poder sustancial y (xviii) si los cambios en el ingreso promedio por usuario (ARPU) implican necesariamente un ensanchamiento de los márgenes de ganancia, y si esto, a su vez, se traduce necesariamente en un daño al consumidor, o si, bien, el comportamiento del ARPU puede responder a otros factores."

De conformidad con el artículo 38 de las DRLFCE, al ofrecer las pruebas se deberá expresar con claridad el hecho o los hechos que se trata de demostrar con cada una de ellas. En ese sentido, en el capítulo de pruebas del Escrito de Manifestaciones de GTV se indicó claramente cuáles son los hechos que se trata de demostrar con el ofrecimiento del dictamen pericial en "Economía".

El dictamen pericial en materia económica ofrecido por GTV no es idóneo para demostrar sus argumentos principales con relación al Dictamen Preliminar, porque carece de sustento analítico y jurídico dado que:

- i) los argumentos manifestados por el perito no contradicen los hechos y metodología establecidos en el Dictamen Preliminar para determinar poder sustancial;
- ii) los criterios y metodologías que utiliza el perito parten de premisas incorrectas, lo cual conlleva conclusiones erróneas, y
- iii) se basa en consideraciones generales que no permiten concluir lo que pretende el perito.

Si bien GTV indicó los hechos que pretende acreditar en el capítulo de pruebas de su escrito de manifestaciones (hechos referidos en el capítulo "IV. MANIFESTACIONES DE AGENTES ECONÓMICOS CON INTERÉS") lo cierto es que tales cuestiones únicamente pueden analizarse en conjunto con los argumentos que se formularon en el Escrito de Manifestaciones de GTV.

Así, en los apartados "*Falta de correlación entre los niveles de concentración y habilidad de fijar precios unilateralmente*",³⁴⁸ "*Incorrecto análisis de participaciones de mercado e índices de concentración*",³⁴⁹ y "*Propuesta para calcular los índices Hirschman-Herfindahl*"³⁵⁰ y del Escrito de Manifestaciones de GTV, se hace referencia al dictamen pericial en materia económica con la finalidad de fortalecer, comprobar o profundizar lo argumentado en estos capítulos de su escrito así como también se observa que las manifestaciones sobre "*Convergencia digital*", "*Convergencia del marco normativo*" y "*Análisis del mercado de redes*" que tienen como fin establecer que el mercado relevante es el mercado de redes están relacionadas con éste.

El perito afirma que la digitalización y la generalización del uso del protocolo IP para la transmisión de voz, video y datos, es la base tecnológica de la convergencia en

348 Folio 16559 del Expediente.
349 Folio 16580 del Expediente.
350 Folios 16586 del Expediente.

telecomunicaciones y ha permitido eliminar las diferencias tecnológicas y de costos entre lo que individualmente eran los proveedores de dichos servicios al ser transformados en un flujo común binario. La consecuencia de esto es la eliminación de las barreras que existían entre los distintos tipos de servicios de voz, video y datos y sus proveedores individuales, brindando a los usuarios un universo más amplio de alternativas para su entretenimiento, comunicación, información y desarrollo personal y profesional. Ante esto, los consumidores se encuentran frente a un mercado de redes públicas de telecomunicaciones en el que pueden sustituir entre redes dada la competencia que se genera en la provisión de los servicios de telecomunicaciones.

Al respecto, no obstante que las redes de siguiente generación (RSG) o redes convergentes son una realidad tecnológica, en la actualidad no se puede hablar en México de un mercado de redes en el que los consumidores pueden sustituir la contratación de los servicios de voz, video y datos entre redes públicas de telecomunicaciones debido a que prevalecen condiciones, ya sean regulatorias o económicas, que determinan que la decisión de los consumidores de contratación de los servicios de telecomunicaciones la realicen considerando de forma individual cada servicio de voz, datos y video. Ejemplo claro de lo anterior es la Tabla 18 del Dictamen Preliminar, pues solamente el [REDACTED] del total de suscriptores del STAR lo contratan en forma de Triple play y el [REDACTED] lo hacen en Doble play, lo que significa que los consumidores encuentran incentivos para no sustituir entre redes sino entre servicios. Respecto al apartado "Propuesta para calcular los índices Hirschman-Herfindahl", en la presente resolución se ha referido que la opinión del perito en economía estima un IHH considerando algunas modificaciones al procedimiento seguido por la AI, sin embargo, la propuesta del perito para calcular los índices de concentración carecen de sustento, ya que i) parte de una definición incorrecta del mercado relevante, ii) incorpora a los OTTs al considerar que son sustitutos del STAR, y iii) no es posible calcular las participaciones de mercado y los índices de concentración considerando a [REDACTED] como un ente separado de [REDACTED] ya que forman parte del mismo GIE.

En cuanto a la afirmación de GTV, contenida en los apartados "Falta de correlación entre los niveles de concentración y habilidad de fijar precios unilateralmente" e "Incorrecto análisis de participaciones de mercado e índices de concentración", según la cual el Dictamen Preliminar no analizó la relación entre índices de concentración y precios a fin de determinar la capacidad de fijar precios, se precisa lo siguiente:

La determinación de la existencia de PSM puede efectuarse haciendo uso de la evidencia considerada por tres enfoques distintos: el primero basado en la definición de un mercado relevante y la evaluación de las participaciones de mercado por encima de umbrales preestablecidos. El segundo basado en la comparación de precios y costos; el tercero basado en el análisis de restricciones competitivas, tanto por el lado de la demanda como de la oferta.

En la práctica internacional, para determinar que un agente económico cuenta con PSM, predomina el uso de "*evidencia indirecta*", es decir, el análisis de las participaciones de mercado de todos quienes participan en el mismo, las barreras a la entrada de nuevos competidores o a la expansión de los existentes, así como la existencia de clientes con poder de negociación.

Las autoridades de competencia establecen, por lo general, un (unos) valor (es) de los índices de concentración a partir del cual se derivan presunciones sobre las condiciones de competencia y que debe contrastarse con el valor estimado del índice para un caso en particular. Si este valor estimado rebasa cierto umbral, entonces se considera que podrían existir riesgos para la competencia y deben ser analizados de forma integral junto con otros factores. Es decir, ni los umbrales ni los valores obtenidos del índice de concentración en cuestión deben ser analizados respecto a los niveles de precios para concluir que existe un riesgo para la competencia así como tampoco pueden ser el único factor de análisis para la determinación de PSM. En todo caso, la evaluación del nivel de precios se basa en la diferencia entre éste y el costo unitario (o una medida del costo marginal), bajo el supuesto económico de que a menor diferencia mayor competencia en el mercado, a lo cual el perito no hace ninguna referencia. No obstante lo anterior, se precisa lo siguiente:

El perito pierde de vista que las tecnologías no pueden competir pues no son agentes económicos sujetos a la LFCE. Quienes compiten (o no) son los agentes económicos, quienes ofrecen bienes o servicios y disponen de alguna tecnologías para producir o distribuir dichos bienes o servicios.

Así, si un agente económico (como lo es GTV) ofrece un bien o servicio (STAR) por más de una tecnología que permite la prestación del servicio en condiciones similares (DTH y cable, por ejemplo), es necesario considerar que el mismo agente económico no tomará estrategias comerciales agresivas debido a que éstas contravendrían los intereses del grupo.

Las disminuciones de precios por sí mismas, en particular en telecomunicaciones, no pueden ser concluyentes para determinar la existencia o ausencia de PSM ya que son comunes en dicho sector a lo largo del tiempo debido a reducciones en costos.

El Perito pasa por alto que no existe necesariamente una contradicción entre reducción de precios y aumento en ingreso por suscriptor. No es posible derivar conclusión alguna sobre la existencia o ausencia de PSM sólo a partir de la reducción de precios o el incremento de ingresos por usuario en un periodo de tiempo. En principio, reducciones de precios a lo largo del tiempo son comunes en telecomunicaciones y radiodifusión a causa de reducciones de costos, mientras que aumentos o reducciones de ingreso por usuario pueden ser la causa de cambios en la calidad o tamaño de los paquetes, o en la composición de los clientes, entre otros.

VI. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS

Vistas las consideraciones y valoración de pruebas que anteceden, se concluye lo siguiente.

- Actualmente **los servicios OTT**, como Netflix, **no son sustitutos del STAR**, pues: i) se enfocan en ofrecer principalmente un catálogo de contenidos audiovisuales que ya han sido ofrecidos en otras plataformas previamente (cine, renta de películas, televisión restringida o televisión radiodifundida); ii) a diferencia del STAR, no ofrecen programación lineal, en particular, no disponen de las señales de mayor audiencia de éstos, y iii) dependen de la capacidad de conexión a Internet, la cual en México registra bajas velocidades.

Además, en México un número importante de suscriptores de STAR no cuenta con una conexión a Internet. Al respecto, la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares de dos mil catorce³⁵¹ indica que 46.8% (cuarenta y seis punto ocho por ciento) de los hogares que contaban con el STAR no disponían del servicio de Internet.

- El Expediente no contiene un análisis para evaluar la dinámica competitiva que se genera entre plataformas que ofrecen uno o múltiples servicios de telecomunicaciones. En el sector de telecomunicaciones se identifica la existencia de plataformas y redes de telecomunicaciones con la capacidad de prestar múltiples servicios. En estos casos, resulta notorio que la determinación de los precios y de las ofertas de servicios en lo individual y en forma empaquetada atiende a las condiciones de competencia que enfrente cada agente económico frente a los demás competidores en la provisión de cada uno de estos servicios. De tal forma que los agentes económicos que operan plataformas que sólo ofrecen comercialmente el STAR ejercen presión competitiva sobre las demás plataformas que lo incluyan, ya sea que se trate de plataformas uni o multiservicios, y viceversa.

El DP no analizó la dinámica de competencia entre los operadores multiservicio y los que sólo prestan comercialmente el STAR y no evaluó si pueden restringir la capacidad de fijar los precios del STAR en su provisión individual o empaquetada con otros servicios de telecomunicaciones. De esto se deriva que para esta Autoridad no es claro, por un lado, el papel que dichas plataformas juegan en la dinámica de competencia de los prestadores del servicio STAR, y por otro, si esta dinámica de competencia tiene efectos a nivel local o nacional, dado que en la provisión del STAR concurren plataformas satelitales con coberturas nacionales y con ofertas comerciales que se determinan uniformemente en este ámbito; y plataformas cableadas con coberturas en múltiples localidades, las cuales elaboran ofertas comerciales que pueden exhibir diferencias entre localidades.

³⁵¹

Disponible en el sitio de internet:

<http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/regulares/enigh/enigh2014/tradicional/default.aspx>.

En este contexto, un operador multiservicios que intente incrementar el precio del STAR, se encontrará con que una parte de sus suscriptores consume dicho servicio en forma conjunta con otro u otros servicios. Esta situación influye sobre la capacidad y la rentabilidad de incrementar unilateralmente el precio del STAR. Por ejemplo, ante un incremento en el precio de un paquete de servicios de telecomunicaciones (ej. *triple play*) una parte de los suscriptores puede optar por contratarlos con otro(s) operador(es), de tal forma que el proveedor que incrementa los precios puede sufrir una reducción en la cantidad comercializada, de tal forma que sus ingresos antes del cambio sean mayores a los ingresos obtenidos después del cambio, por lo que esta acción no resultaría rentable y previsiblemente no tendría la capacidad de fijar precios o restringir el abasto. En caso contrario, si los suscriptores no pueden optar por otras ofertas, se tendrían indicios de la existencia de una capacidad para fijar precios.

En este sentido, la oferta de servicios de telecomunicaciones empaquetados debió ser analizada para determinar de qué forma afecta la capacidad de fijar precios o restringir la oferta del STAR. Esta información no está contenida en el Expediente y por tal razón se carece de un elemento necesario para evaluar si existe un agente económico con capacidad unilateral para fijar el precio o restringir el abasto del STAR, sin que los demás competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

- **Se identifican fallas metodológicas en la definición de la dimensión geográfica de los Mercados Relevantes.** El DP propone que la dimensión geográfica de cada uno de los Mercados Relevantes es local. Sin embargo, el artículo 58 de la LFCE establece que metodológicamente se debe establecer primero cuál es el servicio relevante y su dimensión geográfica, pues es en ese ámbito en el que se debe evaluar si existe un agente económico con poder sustancial. No es adecuado que la definición del mercado relevante parta del ámbito geográfico en el que tuvo efectos la concentración que motivó el inicio de la investigación, pues el agente económico al que identificaron preliminarmente con poder sustancial no limita su participación a esos 102 (ciento dos) municipios. En consecuencia, el Expediente no presenta los elementos suficientes para que esta Autoridad pueda determinar en esta etapa del procedimiento, que la dimensión geográfica determinada en el DP es la idónea para el análisis del o de los *mercados relevantes*.
- **Es incompleto el análisis para definir el *servicio relevante*.** El DP definió el servicio relevante como el STAR y también señaló que existen distintas categorías u ofertas comerciales que exhibían distintas composiciones (i.e. número de canales y servicios accesorios incluidos) y distintos precios. Sin embargo, no incluye información desagregada de las ofertas comerciales para todas las plataformas que permitan a esta Autoridad determinar cómo ocurre la dinámica competitiva que lleva a la determinación de precios y ofertas comerciales, cuestión que se considera relevante y necesaria en el análisis de mérito. Máxime cuando el 55.2% (cincuenta y cinco punto dos por ciento) de los suscriptores

contratan el STAR con proveedores satelital³⁵² que establecen sus ofertas comerciales, tanto en la dimensión de precios como en la composición de los paquetes, con una dimensión nacional.

El DP definió que el servicio relevante corresponde al STAR y también señala que éste se presta con distintas composiciones y distintos precios que constituyen categorías diferenciadas (ej. básico, Premium y otros). La definición de un *servicio relevante* en términos del artículo 58 de la LFCE implica que todos los servicios incluidos deben ser sustitutos entre sí del lado de la oferta y/o de la demanda. El DP y el Expediente no aportan elementos que permitan a esta Autoridad, en esta etapa del procedimiento, verificar si todas las categorías del STAR son sustitutas desde el lado de la oferta y/o de la demanda, sobre todo cuando, entre categorías, se identifican diferencias significativas en el número de los canales y los precios. En ausencia de esta información, esta Autoridad no puede determinar cómo ocurre la dinámica competitiva intra e inter-categoría, para efectos de determinar si un agente económico tiene la capacidad unilateral para fijar precios o restringir la oferta en el mercado relevante.

El Expediente tampoco contiene elementos que sustenten la afirmación de que la capacidad de GTV para contratar contenidos audiovisuales con exclusividad para su oferta en categorías Premium constituye una ventaja competitiva que sus competidores no pueden replicar. Tampoco explica cómo y en qué medida los contenidos audiovisuales exclusivos que puede incluir en las categorías Premium del STAR le permiten crear barreras en la provisión del STAR en general, aún en las categorías que no incluyen tales contenidos.

- **No se tienen elementos suficientes para determinar que GTV tiene la capacidad de limitar el acceso de otros proveedores del STAR a canales de televisión y otros contenidos relevantes.** Además, GTV tiene la obligación regulatoria de dar acceso a sus competidores a los canales de televisión abierta de mayor valor para las audiencias (i.e. *must offer*), situación que le impide usar estos insumos para limitar la capacidad de competir a otros proveedores del STAR.

Si bien GTV adquiere contenidos audiovisuales con exclusividad para sus suscriptores en el STAR, pero no para todas las ofertas de servicios sino únicamente en algunos paquetes. Sin embargo, el Expediente no aporta elementos de convicción sobre cómo esta conducta le otorga a GTV la capacidad de limitar la capacidad de los demás proveedores para competir en la provisión del STAR, sobre todo en las ofertas (ej. los básicos) que no incluyen los contenidos que GTV contrata con exclusividad.

- **Las empresas que actualmente forman parte de GTV cuentan con la mayor participación en términos de suscriptores del STAR y sus competidores han crecido e incrementado su participación de mercado.** Con base en el número de suscriptores, se observó que las empresas que actualmente forman parte de GTV cuentan con la mayor participación

agregada en este servicio. Sin embargo, sus principales competidores también han crecido e incrementado su participación de mercado.

De acuerdo con Información del Instituto, de septiembre de dos mil trece a junio de dos mil quince el número de suscriptores totales del STAR, sin incluir la plataforma MMDS, pasó de 14.3 (catorce punto tres) a 16.9 (dieciséis punto nueve) millones, lo que representa un aumento de aproximadamente 2.6 (dos punto seis) millones de usuarios y un incremento de 18.4% (dieciocho punto cuatro por ciento). En este periodo:

- La participación del servicio por cable pasó de 47.1% (cuarenta y siete punto uno por ciento) a 45.0% (cuarenta y cinco por ciento) y la del servicio vía satélite de 52.9% (cincuenta y dos punto nueve por ciento) a 55.0% (cincuenta y cinco por ciento).
- La plataforma satelital registró 1.8 (uno punto ocho) millones de nuevos suscriptores, de los cuales SKY obtuvo 57.8% (cincuenta y siete punto ocho) y Dish 42.2% (cuarenta y dos punto dos por ciento).
- En la plataforma de cable se registraron 882.4 (ochocientos ochenta y dos punto cuatro) mil suscriptores adicionales, de los cuales las empresas que actualmente forman parte de GTV acumularon el 27.3% (veintisiete punto tres por ciento); Megacable, 49.5% (cuarenta y nueve punto cinco por ciento); Axtel, 6.0% (seis por ciento); Total Play, 8.9% (ocho punto nueve por ciento) y otros 8.3% (ocho punto tres por ciento).

Por lo anterior, en este periodo la participación agregada de las empresas que actualmente forman parte de GTV pasó de 64.1% (sesenta y cuatro punto uno por ciento) a 61.5% (sesenta y uno punto cinco por ciento). En la plataforma de cable, GTV pasó de 54.0% (cincuenta y cuatro por ciento) a 50.9% (cincuenta punto nueve por ciento). En la plataforma satelital pasó de 73.0% (setenta y tres por ciento) a 70.2% (setenta punto dos por ciento).

Dish aumentó su participación de 14.3% (catorce punto tres por ciento) a 16.4% (dieciséis punto cuatro por ciento) y en la plataforma satelital de 27.0% (veintisiete por ciento) a 29.8% (veintinueve punto ocho por ciento).

Megacable incrementó su participación de 14.9% (catorce punto nueve por ciento) a 15.2% (quince punto dos por ciento) y en cable de 31.6% (treinta y uno punto seis por ciento) a 33.7% (treinta y tres punto siete por ciento).

Esto es, Dish y Megacable han ganado el 28.1% (veintiocho punto uno por ciento) y 16.6% (dieciséis punto seis por ciento) de los nuevos usuarios del STAR, registrando crecimientos del 36.3% (treinta y seis punto tres por ciento) y 20.5% (veinte punto cinco por ciento), respectivamente. Por su parte Axtel y Total Play también han reportado altas tasas de crecimiento.

Toda vez que, a partir de la información estadística disponible para este Instituto, se observa que las empresas que actualmente forman parte de GTV cuentan con la mayor participación agregada en este servicio, que sus competidores han crecido e incrementando su participación de mercado y que el mercado del STAR es un mercado en crecimiento, se concluye que no se tienen elementos para acreditar que los competidores de GTV enfrentan restricciones para expandir sus operaciones ante posibles acciones unilaterales de GTV para fijar precios o restringir el abasto de los servicios. Adicionalmente, existe presión competitiva por parte de los proveedores del STAR mediante DTH y en los servicios fijos de telecomunicaciones, como telefonía e Internet, que suelen empaquetarse. Respecto a estos últimos, es de reconocerse que la optimización de costos en la provisión de servicios empaquetados que logran de su infraestructura convergente, les permite evaluar la posibilidad de entrar a los mercados de servicios de telecomunicaciones donde encuentran expectativas de obtener ganancias, lo que significa la reducción de barreras económicas y por tanto una presión competitiva sobre el agente con mayor participación de mercado.

Al evaluar la información anterior y la demás reunida durante el procedimiento, el Pleno considera que si bien GTV cuenta con las mayores participaciones medidas en términos de suscriptores en la provisión del STAR en el periodo comprendido entre septiembre de dos mil trece a junio de dos mil quince, también se tienen datos de que los competidores de GTV han aumentado sus participaciones de mercado.

Por lo anterior, el Pleno considera que no se acreditan los elementos previstos en la LFCE para determinar la existencia de un Agente Económico con poder sustancial en el STAR toda vez que la información que se encuentra en el Expediente y el DP no tienen los elementos suficientes que permitan a esta autoridad resolver que se actualiza la fracción I del artículo 59 de la LFCE. Esta disposición establece que para determinar la existencia de un Agente Económico con poder sustancial en los mercados esencialmente se debe considerar si pueden fijar precios o restringir el abasto en los mercados analizados por sí mismos, (esto es, de manera unilateral) sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

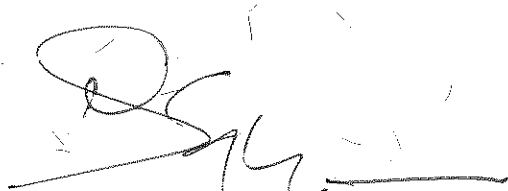
En virtud de las consideraciones antes presentadas, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite los siguientes:

VII. RESOLUTIVOS

Primero. Para efectos del presente procedimiento no se tienen elementos de convicción para determinar la existencia de un Agente Económico con poder sustancial en los mercados analizados.

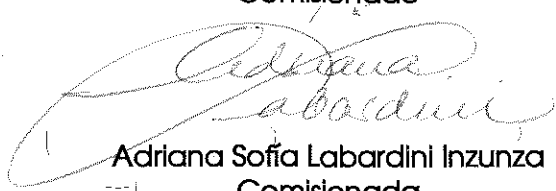
EXPEDIENTE: AI/DC-002-2014

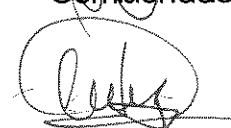
Segundo. Se instruye a la Unidad de Competencia Económica para que, en términos de la fracción X del artículo 96 de la Ley Federal de Competencia Económica publique: (i) la presente Resolución en la página de Internet del Instituto, salvo por la información que haya sido clasificada con carácter de reservada o confidencial y, (ii) los datos relevantes de la presente Resolución en el Diario Oficial de la Federación.


Gabriel Oswaldo Contreras Saldivar
Comisionado Presidente

Luis Fernando Borjón Figueroa
Comisionado


Ernesto Estrada González
Comisionado


Adriana Sofia Labardini Inzunza
Comisionada


María Elena Estavillo Flores
Comisionada


Mario Germán Fromow Rangel
Comisionado

Adolfo Cuevas Teja
Comisionado

La presente Resolución fue aprobada por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones en su XII Sesión Extraordinaria celebrada el 2 de noviembre de 2015, por mayoría de votos de los Comisionados Gabriel Oswaldo Contreras Saldivar, Ernesto Estrada González, Mario Germán Fromow Rangel y Adolfo Cuevas Teja; y con el voto en contra de las Comisionadas María Elena Estavillo Flores y Adriana Sofia Labardini Inzunza, quien manifiesta voto particular disidente; con fundamento en los párrafos vigésimo, fracciones I y II; y vigésimo primero, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 7, 16 y 45 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; 5 y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica; así como en los artículos 1, 7, 8 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/021115/156.

La Comisionada Adriana Sofia Labardini Inzunza asistió, participó y emitió su voto razonado en la Sesión, mediante comunicación electrónica a distancia, tal y como lo señala el artículo 45 párrafo cuarto de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; y el artículo 8, tercer párrafo, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Los Comisionados Luis Fernando Borjón Figueroa y Adolfo Cuevas Teja, previendo su ausencia justificada a la sesión, emitieron su voto razonado a favor por escrito, de conformidad con los artículos 5 y 18 párrafo segundo de la Ley Federal de Competencia Económica; 15 fracción XVIII, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; y el artículo 8, segundo párrafo, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones.