

INFORME DE LOS COMENTARIOS, OBSERVACIONES, PROPUESTAS, Y/O ADICIONES RECIBIDAS DURANTE LA CONSULTA PÚBLICA DEL “ANTEPROYECTO DE GUÍA PARA EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LOS SECTORES DE TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN”.

PRESENTACIÓN

La Unidad de Competencia Económica del (UCE) del Instituto Federal de Telecomunicaciones (Instituto) presenta este Informe que contiene un resumen de los comentarios, opiniones y propuestas concretas (Opiniones) recibidas sobre el “Anteproyecto de guía para el control de concentraciones en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión” (*Anteproyecto de la guía de concentraciones*), así como las consideraciones de esta Unidad.

Este Informe se tiene por integrado el jueves 31 de marzo de 2017, dentro del plazo legal otorgado de 30 días hábiles posteriores a la conclusión de la consulta pública, en términos de los resolutivos Primero y Tercero del Acuerdo P/IFT/081216/707; y los artículos 138, fracción II, de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) y 47, fracción VIII, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones (Estatuto Orgánico).¹

Está integrado de las siguientes secciones.

1. Antecedentes
2. Opiniones recibidas durante la consulta pública
3. Consideraciones sobre las opiniones recibidas

Este documento se emite con propósitos informativos y no es vinculante para el Instituto al momento de emitir la versión final de la guía.

1. Antecedentes

Primero. En su sesión XLIV Sesión Ordinaria celebrada el ocho de diciembre de dos mil dieciséis, mediante Acuerdo P/IFT/081216/707, el Pleno del Instituto determinó someter a consulta pública el *Anteproyecto de la guía de concentraciones*.

Segundo. Con fecha veintitrés de diciembre de dos mil dieciséis se publicó en el Diario Oficial de la Federación, así como en la página del Instituto Federal de

¹ Publicado en el DFO el 4 de septiembre de 2014 y modificado mediante acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre de 2014.

Telecomunicaciones (Instituto),² el extracto y la consulta pública del *Anteproyecto de la guía de concentraciones*.³

Tercero. El proceso de consulta pública tuvo una duración de treinta días hábiles que corrieron del cinco de enero al dieciséis de febrero de dos mil diecisiete. En este periodo se recibieron siete opiniones que son públicas⁴ y pueden consultarse en la página de Internet del Instituto.

El propósito de las consultas públicas consiste en promover la participación ciudadana y transparentar el proceso de elaboración de nuevas regulaciones, así como de cualquier otro asunto que estime el Pleno del Instituto. Lo anterior, a efecto de generar un espacio de intercambio de información, opiniones y puntos de vista sobre cualquier tema de interés que este órgano constitucional autónomo someta al escrutinio público, en términos de lo dispuesto por el artículo 120 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

² Véase <http://www.ift.org.mx/industria/consultas-publicas/consulta-publica-sobre-el-anteproyecto-de-guia-para-el-control-de-concentraciones-en-los-sectores-de>

³ Ello con base en lo establecido en los artículos 12, fracción XXII, párrafo tercero, inciso a), y 138, fracción I, de la Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo, la "LFCE"), 15, fracción XL, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (en lo sucesivo, la "LFTR"), y 1, párrafos primero y tercero, 2, fracción X, 4, fracciones I, V, inciso vi), y VI, y 6, fracción XXXVIII, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

⁴ En términos de los formatos de participación en el proceso de consulta pública, disponibles en la página de internet del Instituto.

2. Opiniones recibidas durante la consulta pública

A. El 26 de diciembre de 2016, el **C. Álvaro Rubén Sánchez González** (en adelante, ARSG) presentó sus comentarios vía correo electrónico, participando en los siguientes términos:

I. "Sobre los umbrales de la notificación:

- i. ¿Cómo se aplican los umbrales cuando se genera una concentración (sic) que no implica la transmisión de propiedad de activos o capital social?*
- ii. ¿Cuándo será aplicable la UMA en lugar del SMGDVDF?*

II. Respecto a la fracción II del artículo 86: Se debe entender que si una empresa A en el extranjero adquiere, por ejemplo, 40% del capital social de una empresa B en el extranjero, y que a su vez esta posee, por ejemplo, 10% de del capital social de una empresa B1 en México que registra ventas o activos, ¿se actualizaría la priimera (sic) parte del umbral ¿O será necesario que B tenga también más de 35% del capital social de la empresa B1? ¿Podrían aclarar la interpretación por favor?

III. Sobre la notificación extemporánea: No es claro si la notificación será aceptada a trámite o si se rechazará y se iniciará un procedimiento de investigación. ¿Podrían aclarar el procedimiento por favor?

B. El 15 de febrero de 2017, la **C. Viviana Aragón** (en adelante, VA) presentó comentarios vía correo electrónico, participando en los siguientes términos:

I. Si bien en el Anteproyecto se enlistan algunos elementos o información necesaria para realizar la evaluación económica de una concentración de acuerdo con al LFCE, se considera relevante incluir un apartado con la descripción del proceso de análisis económico y de competencia. Es decir, explicar que éste consiste en:

- i. Determinar el tipo de concentración que se está notificando (horizontal, vertical o conglomerado).*
- ii. Definir el mercado relevante en el que se realizará la evaluación de la concentración, considerando una dimensión producto o servicio relevante, una dimensión geográfica y una dimensión de temporalidad.*
- iii. Una vez definido el mercado relevante, es en este marco de referencia que se hace el análisis de posibles efectos anticompetitivos (efectos unilaterales y coordinados en el caso de las concentraciones horizontales) y competitivos (ganancias en eficiencia) derivados de la concentración.*
- iv. En caso de que se encuentren efectos contrarios a la competencia, es decir, que disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados, se evalúa si la concentración no se autoriza o se autoriza con condiciones.*

Adicionalmente, con respecto a la descripción de este proceso de análisis económico y de competencia, se sugiere que dicha explicación guíe a los concesionarios en los elementos que se toman en cuenta para la determinación del mercado relevante, como son elementos tanto del lado de oferta, como del lado de la demanda. Así como también se deben ofrecer elementos que guíen a los concesionarios a una definición adecuada de la dimensión geográfica y la dimensión temporal del mercado.

Esto resulta de suma importancia ya que permite a los concesionarios tener mayor claridad sobre para qué y por qué se requiere la información que se solicita, así.

C. El 25 de enero de 2017, el C. **Antonio Díaz Hernández**, en representación de **AT&T Comunicaciones Digitales, S. de R.L. de C.V., Grupo AT&T Celular, S. de R.L. de C.V., AT&T Norte, S. de R.L. de C.V., AT&T Comercialización Móvil, S. de R.L. de C.V., y AT&T Desarrollo en Comunicaciones de México, S. de R.L. de C.V.** (en adelante, Grupo AT&T) presentó comentarios vía correo electrónico, participando en los siguientes términos:

I. Concentraciones:

- i. Los "American Depositary Receipts" (ADR's) son certificados canjeables por acciones; y no son iguales a un título de accionario o documento representativo de partes sociales o "equity interes" ver: <https://www.sec.gov/investor/alerts/adr-bulletin.pdf>.*

Por lo anterior, parecería que no existe razón alguna para que la presente Guía requiera notificar como una concentración la adquisición de ADR's, en caso que se cumplan los umbrales previstos en la LFC E. En todo caso, la notificación de concentración debería efectuarse (en caso de rebasar los umbrales previstos en la LFCE) previo a ejercer el canje de ADR's por títulos representativos de acciones o partes sociales de la sociedad de que se trate.

Incluir este supuesto podría construir un precedente cuestionable para el caso de adquisición de "obligaciones convertibles en acciones" (previstas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) pues los ADR's y las obligaciones convertibles en acciones tienen características comunes.

II. Agente(s) Económico(s):

- i. Se sugiere incluir la siguiente redacción en la definición de Agente Económico:*
- Cualquier sujeto de derecho – persona física o moral (jurídica)- que ejerza de forma autónoma, individual o colectiva, una actividad económica en el mercado, o bien.*

Lo anterior toda vez que debe considerarse el caso de familias que han sido determinadas como Grupos de Interés Económico.

III. Notificación extemporánea:

- i. De la redacción, no es claro si la Unidad de Competencia Económica aceptará y dará trámite una notificación extemporánea.*

AT&TG considera que si la notificación es presentada de forma espontánea ante esa Unidad, la misma debería ser aceptada a trámite.

D. El 16 de febrero de 2017, la C. **Ana Telésforo Galván** (en adelante, ATG), presentó sus comentarios vía correo electrónico, participando en los siguientes términos:

I. Grupo de Interés Económico y Control:

- i. No es correcto que se defina en la guía qué es un Grupo de Interés Económico y sus elementos, pues esto ya fue definido por el Poder Judicial de la Federación, y en este sentido, se considera incluso que el IFT rebasa sus facultades al intentar definir quién es o no un grupo. Además, es inadecuado que el Instituto defina estos conceptos porque el análisis debería realizarse caso por caso.

Tampoco se entienden los conceptos que incluye la guía sobre “control” y “autonomía”, pues esta no explica lo que estableció el poder judicial respecto a los mismos. Aunado a ello, si el concepto de control no es lo suficientemente claro, mucho menos las definiciones de “influencia o influencia significativa.” En suma, todas estas definiciones sin sustento generan inseguridad jurídica.

Conceptos como el de “Grupo de Interés Económico”, “control” y “unidad económica” escapan de la materia de la Ley de Telecomunicaciones, pues los mismos son conceptos determinados en el Derecho Bursátil y Bancario.

II. Procedimientos del artículo 9º transitorio:

- i. Resulta confuso que la guía de concentraciones incluya el procedimiento del artículo noveno transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, ya que el mismo no es equiparable a una notificación de concentración.

En primer lugar, el procedimiento del artículo noveno transitorio no requiere del análisis de un mercado relevante, sino que considera solamente participaciones por sector, de telecomunicaciones o radiodifusión. En segundo lugar, la guía no profundiza en los señalamientos del mismo artículo transitorio, ni aporta información adicional. En tercer lugar, la guía establece una forma de contabilizar los plazos para el trámite del aviso de concentración que, en algunos casos, no está contemplada en la normatividad aplicable.

El artículo noveno transitorio es un beneficio que la reforma constitucional otorgó a los agentes económicos, por lo que el establecer requisitos que no estén contenidos en el mismo para su procedencia, atenta contra los principios de seguridad jurídica pues generaría incertidumbre a los particulares para saber cuál es el lineamiento a seguir, además de hace patente el hecho de que la autoridad solicite requisitos caprichosos que impidan el libre ejercicio del derecho otorgado por la propia constitución generando cargas innecesarias a nosotros los particulares.

E. El 16 de febrero de 2017, la **C. Ana de Saracho O’Brien**, en representación de **Pegaso PCS, S.A. de C.V.**, (en adelante, Pegaso) presentó sus comentarios vía correo electrónico, participando en los siguientes términos:

I. Numeral 2.4. “Control e Influencia”

- i. En específico, consideramos que lo establecido en el numeral 2.4. “Control e Influencia” de dicha Guía sobre pasa los objetivos perseguidos por la misma y podrían constituir más que reglas para prevenir concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre competencia o la competencia económica en los mercados, reglas que violenten o limiten el derecho a la asociación previsto para los concesionarios en la Constitución.

De igual forma, se hace referencia al Estudio de la OCDE sobre Políticas y Regulación de Telecomunicaciones en México, publicado en el 2012 en cuya página 64 se establece lo siguiente:

*“... En la mayoría de los países de la OCDE, la regulación del sector de las telecomunicaciones, por lo general, incluye regulación ex ante y ex post (conforme al derecho de la competencia). **El objetivo de la regulación ex ante es impedir que un operador dominante incurra en prácticas contrarias a la competencia**, entre las que suelen incluirse precios predatorios, estrangulamiento de márgenes (margin squeezing), empaquetamiento abusivo y diversas prácticas de “negar, demorar y degradar” la provisión de productos esenciales de acceso mayorista a los competidores. La preocupación es que la empresa dominante puede apalancar su poder de mercado para obtener ventaja en áreas donde esté sujeta a la competencia. **La lógica de la regulación ex ante es que la regulación ex post, con base en la ley general de competencia, resulta insuficiente para atender las fallas del mercado y los temores de abuso del poder de mercado, o para conseguir los objetivos de las políticas públicas. Respecto a la oferta de telecomunicaciones, la regulación ex ante debe concentrarse en los elementos que constituyen “recursos esenciales (cuellos de botella) permanentes”**. (el subrayado es nuestro)*

Conforme a lo anterior, mi representada manifiesta que la imposición de regulación “ex ante” en un instructivo de Concentraciones aplicable para cualesquier tipo de asociación entre personas físicas o morales, ya sea en su calidad de cliente-proveedor, competidores, entre otros, resulta un tanto desmedido, ya que podría bloquear de inicio la posibilidad de llevar a cabo algunos acuerdos que, realizados por agentes que no han sido declarados con poder sustancial en un mercado o como agentes económicos preponderantes, sus fines no les brindarían la capacidad ni el ejercicio de ningún tipo de influencia o control.

La solicitud expresa de mi representada, es que la Guía se limite a orientar la información, requisitos, procedimientos y fundamentos legales y criterios que ya han sido adoptados por el propio IFT y las instancias judiciales en el trámite de concentraciones, pero que continúe realizando los análisis de existencia de “Control”, “Influencia Decisiva” e “Influencia Significativa”, con base en la información que se llegara a presentar caso por caso.

II. Apartado Segundo, numeral 2.4 relativo al tema de influencia:

- i. Los elementos de referencia establecidos en la Guía (de aplicación general para cualquier Concentración) para determinar la existencia de Influencia Decisiva, fueron emitidos por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para identificar “ex ante” a los agentes económicos impedidos para tener influencia en la operación de la Red Compartida, en cumplimiento a lo establecido en la fracción IV del Décimo sexto Transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución (en adelante el “**Decreto de Reforma**”) que a continuación se transcribe:

“DÉCIMO SEXTO. El Estado, a través del Ejecutivo Federal, en coordinación con el Instituto Federal de Telecomunicaciones, garantizará la instalación de una red pública compartida de telecomunicaciones que impulse el acceso efectivo de la población a la comunicación de banda ancha y a los servicios de telecomunicaciones, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 6o., Apartado B, fracción II del presente Decreto y las características siguientes:

I. (...)

II. (...)

III. (...)

IV. Asegurará que ningún prestador de servicios de telecomunicaciones tenga influencia en la operación de la red:..."

Es así, que la regulación ex ante emitida, cumplió un fin totalmente restrictivo como lo fue instruido en la Carta Magna. Sin embargo, en caso de que el IFT intentara aplicar dichos criterios a la totalidad de las Concentraciones reguladas, podría darse un efecto negativo, ya que podrían rechazarse de manera arbitraria operaciones o acuerdos comerciales entre dos o más concesionarios, sin que los mismos tuvieran la capacidad o causaran efectos contrarios a la competencia y la libre concurrencia.

- ii. *Aunado a lo anterior, tal y como se reconoce por ese Instituto, los términos no definidos en una ley deben de definirse casuísticamente de conformidad con las particularidades que cada caso presente. Es decir, la acepción que se le dé a dichos términos debe establecerse mediante una interpretación armónica de los hechos particulares del asunto que se somete a consideración del regulador y la normatividad aplicable.*

Se considera que la inclusión de los conceptos de influencia puede generar un efecto perjudicial, ya que su definición en la guía no necesariamente implica que los aspectos ahí establecidos serán los que se determinen en un caso particular sometido a la valoración del Instituto.

Por lo anterior, se solicita la eliminación de los apartados denominados "Elementos de referencia para determinar su existencia" tanto respecto del "Control o Influencia Decisiva", como de la "Influencia o Influencia Significativa".

F. El 16 de febrero de 2017, el **C. Álvaro Guillermo Haro Guerrero**, en representación de Televisión de Puebla S.A. de C.V. (en adelante, TV de Puebla), presentó sus comentarios vía correo electrónico, participando en los siguientes términos:

I. Apartado Cuarto, numeral 4.2 relativo al tema de elementos para evaluar concentraciones:

- i. *En el caso de la información señalada en el numeral 4.3.1. Información, cuando se hace referencia a la información de tipo básica si bien señala que la información permite descartar a) coincidencias de productos o servicios en los mercados; b) Integraciones verticales; posibles concentraciones de conglomerado que pudieran tener efectos sobre la competencia; c) Coincidencias en coberturas geográficas, y d) Elevadas participaciones de mercado bajo distintos niveles de agregación de definición del mercado relevante y mercados relacionados, consideramos que omite señalar las características de la información que se necesita como sí lo hace en el apartado de información "adicional", lo cual es propio de una guía, es decir que te conduce en la forma y características de la información tal y como se debe de presentar para el auxilio de mejor proveer para esa autoridad.*

Lo anterior, ayudará a que los Agentes Económicos puedan presentar la información de manera correcta, evitando prevenciones y periodos largos de respuestas por parte del IFT.

En lo que respecta a la información que se debe de proporcionar en el inciso g) Para el análisis de eficiencias (foja 41), en su tercer punto, la guía se ocupa de señalar las características que debe tener la acreditación de eficiencias, sin embargo señala que no serán tomadas en cuenta las manifestaciones discursivas y/o retóricas de los agentes económicos notificantes en este rubro.

En esta tesitura, sugerimos que al ser una guía se establezcan unos ejemplos de la manera en que el IFT quiera se desahogue este rubro.

II. Apartado Quinto, numeral 5 relativo al tema de notificación de concentraciones:

- i. 5.1. Umbrales para la notificación, foja 49. En el apartado denominado "Consideraciones en el cálculo de los umbrales" consideramos que se debe de modificar la medidas SMGDVDF por la UMA no obstante que la Ley Federal de Competencia Económica aún considera que como medida el Salario Mínimo General Diario Vigente para el Distrito Federal.

Sugerimos que en dado caso señale lo siguientes: "b) Se debe de tomar en cuenta el SMGDVDF del día anterior a aquél en que se realice la notificación o su equivalente en Unidad de Medida y Actualización".

e) El SMGDVDF o UMA del día anterior a la realización de la transmisión.

- ii. 5.4. Oportunidad en la Notificación, foja 53, primer párrafo. En dónde se señala que "Como consecuencia del artículo 2014 del CCF, es deseable que la celebración de este tipo de contratos o convenios traslativos de propiedad incorpore cláusulas suspensivas que sujeten la existencia de la transacción a la existencia previa de una autorización por parte del IFT", es conveniente que en la Guía se aclare el objeto que pretende obtener al sugerir este tipo de cláusulas suspensivas.

En lo que respecta al cuarto párrafo de la foja 56, mientras que en la Ley Federal de Competencia Económica no se establece una posibilidad para notificar la operación de concentración siempre y cuando no se haya realizado el último acto por virtud del cual se rebasen dichos umbrales, aunque los demás hayan surtidos sus efectos, el IFT, en su guía pretende que así sea, lo cual va más allá de lo que la Ley establece a un Agente Económico.

- iii. 5.7. Escrito de notificación, foja 59. Es importante detallar que la presente es una guía para que los Agente Económicos puedan presentar de una mejor manera la información correspondiente a una concentración, por lo que, contrario a lo que señala en el primer párrafo del punto que nos ocupa "no requiere formalidades, formatos ni anotaciones especiales.", sugerimos que el IFT elabore una formato o guía con la información más relevante a presentar, ya que en caso contrarios se pierde un poco el objetivo de la guía que propone el IFT.

En el inciso VII, del numeral 5.7. Escrito de notificación, foja 71 a 74, consideramos que la guía va más allá de lo que la Ley le solicita a los Agentes Económicos para notificar la concentración, en específico de la fracción VII del artículo 89, por lo que sugerimos eliminarlo.

En el inciso IX, del numeral 5.7. Escrito de notificación, foja 76 a 78, consideramos que la guía va más allá de lo que la Ley le solicita a los Agentes Económicos para notificar la concentración, en específico de la fracción IX del artículo 89, al solicitar en la guía que se informe sobre actividades relacionadas en el sector de las telecomunicaciones o radiodifusión, cuando en la ley expresamente señala que se debe de proporcionar "Datos de la participación en el mercado de los Agentes

Económicos involucrados y de sus competidores” por lo que sugerimos eliminarlo.

G. El 15 de marzo de 2017, la **Comisión Federal de Competencia**, a través de su Secretario Técnico, **C. Sergio López Rodríguez** (en adelante, Cofece), presentó comentarios mediante Oficio número ST-CFCE-2017-093, el cual fue recibido vía correo electrónico, participando en los siguientes términos:

El Anteproyecto de Guía incorpora un apartado con el numeral 4 relacionado con el ámbito de competencia del IFT, en el que se pretende explicar, a juicio de ese Instituto, cuándo se actualiza su competencia para conocer y resolver una concentración. Sobre este punto, se considera que a pesar de que en la introducción del Anteproyecto de Guía se señala que no prejuzga ni resulta vinculante por estar abierta la posibilidad de realizar un análisis en cada asunto y que es susceptible de modificaciones y adiciones futuras ante los cambios en la legislación o los criterios de aplicación o interpretación, la información contenida en algunas secciones de ese apartado podría generar confusión entre los agentes económicos respecto a qué autoridad resulta competente para conocer de la notificación de su operación previo a su realización en términos de los artículos 61, 86, 87 y 90 ó 92, de la LFCE.

En particular, esta Comisión tiene observaciones respecto a los siguientes textos:

- *Párrafo introductorio del Apartado 4 que establece.-*

*"En términos de los artículos 28 de la CPEUM, 5 de la LFCE y 7 de la LFTR, el IFT tiene atribuciones exclusivas en materia de concentraciones en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión en el territorio nacional. La COFECE es la autoridad competente en todas las concentraciones de las demás áreas de la actividad económica. Además, **tratándose de concentraciones que involucren actividades concesionadas sujetas a la LFTR, el IFT es la única autoridad competente en conocer y resolver sobre su realización.**"*

Derivado de la reciente resolución emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, en el conflicto competencial número 01/2017, se considera que no por el hecho de que la concentración involucre actividades que resulten de la competencia del IFT, ese Instituto sea la única autoridad facultada para conocer de una concentración, puesto que si la operación involucra también actividades ajenas a los sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión, que no se encuentren relacionados sustancialmente con dichos sectores, resultará igualmente competente la Comisión, siendo necesario que los agentes económicos la notifiquen a ambas autoridades.

*"En la práctica pueden existir transacciones en las que no sea sencillo determinar si el ámbito de competencia pertenece al IFT o a la COFECE. **En esos casos, en términos del artículo 110 de la LFCE, el IFT ofrece orientación general a cualquier persona y Autoridad en relación con la aplicación de esa ley.** De esta forma, se brinda seguridad jurídica a los particulares que deseen identificar, antes de iniciar un procedimiento, qué autoridad es competente para conocer y resolver."*

Sobre este punto, sugerimos que se señale que dicho procedimiento de orientación general puede plantearse en cualquiera de los dos órganos autónomos (Cofece o IFT), quienes además cuentan con un convenio de colaboración que permitirá la atención coordinada de dudas que los agentes económicos puedan tener.

- *Sección 4.1 que señala lo siguiente. -*

"En su práctica decisoria, **el IFT ha adoptado criterios** para establecer su ámbito de competencia para conocer y resolver sobre concentraciones. **Estos criterios pueden servir de referencia para identificar en futuras concentraciones si pertenecen al ámbito de competencia del Instituto.**"

Sobre el particular se considera que la mayoría de los criterios que se citan en esta sección no han sido confirmados o aceptados por el Poder Judicial, por lo que se sugiere hacer la aclaración en este respecto. En especial, debe establecerse de manera clara en qué casos los criterios son propios, sin confirmación o si son derivados de alguna sentencia emitida por algún órgano jurisdiccional, con las reservas de que dichos criterios del Poder Judicial corresponden al análisis de casos específicos.

"(b) En segundo lugar, se determina si las actividades identificadas en (a) satisfacen alguno de los siguientes supuestos:

- i. Pertenecen a los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión;
- ii. Su análisis exige un conocimiento técnico especializado en los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión, así como en los diversos elementos que confluyen en los mismos;
- iii. Pertenecen a la cadena de valor de otras actividades que forman parte de los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión, y
- iv. Utilizan como insumo las redes de telecomunicaciones, en forma significativa."

Se estima que los criterios de referencia señalados en las fracciones ii a iv del inciso (b) antes citados (que se refieren básicamente a mercados que no pertenecen propiamente los sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión) no deberían generalizar su aplicación para todos los casos, pues como la propia ejecutoria emitida en el conflicto competencial número 01/2017 por el H. Segundo Tribunal Colegiado de Circuito Especializado en materia de Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones señala, el análisis debe hacerse respecto de cada asunto en específico

En efecto, el señalar que forman parte de la competencia del IFT los asuntos que requieran un conocimiento técnico especializado, que pertenezcan a la cadena de valor de los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión, o que se utilicen como insumo, se consideran conceptos o interpretaciones muy amplias que podrían ir más allá de lo que el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece y que esta Comisión no comparte.

La Cofece ha sostenido, por medio del acuerdo de tres de febrero de dos mil diecisiete por el que se declaró competente para conocer de la concentración notificada ante la Comisión, que para que sea posible que la competencia del IFT se extienda a sectores ajenos a las Telecomunicaciones y la Radiodifusión se requiere que exista una **"relación sustancial"** entre ellos. Como se trata precisamente de un concepto jurídico indeterminado, su análisis deberá realizarse caso por caso, por lo que dependerá de las circunstancias que rodeen la operación u operaciones notificadas para que pueda determinarse, con mayores elementos, qué autoridad debe conocer del asunto: si debe ser una sola o ambas.

Es decir, deberá valorarse si la operación podrá tener incidencia directa en diferentes mercados, si esos efectos se encuentran subordinados o predeterminados por los efectos que se produzcan en los otros mercados, si su incidencia puede darse o no en mercados que se encuentran en el sector de

las Telecomunicaciones y Radiodifusión, y si esta incidencia es sustancial o, por el contrario, los mercados pueden funcionar de manera autónoma.

Además, el Poder Judicial señaló que no es un criterio necesario y suficiente el argumentar que por el hecho de pertenecer a una cadena de valor o por ser un posible insumo, todas las actividades que la conformen deben ser del conocimiento del IFT si algunas de esas actividades forman parte del sector de las Telecomunicaciones y Radiodifusión, sino que por el contrario indicó que "se llegaría al extremo de considerar que cualquier elemento de naturaleza material o inmaterial que estuviera implicado en algún proceso productivo que tuviera lugar en el sector de telecomunicaciones o de radiodifusión, llevaría a reservar al Instituto el conocimiento de los mercados en donde aquél se produjera, transformara, distribuyera o comercializara, lo cual sería desconocer que su fortaleza institucional radica en su especialidad."

Del razonamiento se sostiene que el criterio sobre la permanencia de ciertos bienes o servicios en una cadena productiva es útil en un análisis para resolver un conflicto de competencias, pero no definitivo, ya que la decisión es caso por caso de acuerdo a la información con la que cuenten los Órganos Constitucionales Autónomos (OCA).

Por otra parte, se estima que es equivocado considerar que cualquier servicio o producto que para su comercialización utilice como insumo las redes de telecomunicaciones deba ser del conocimiento del IFT, sobre todo si los productos o servicios comercializados no forman parte del sector de las Telecomunicaciones y Radiodifusión, y se refieren a mercados en donde la Cofece resulta ser el órgano especializado para conocer y resolver. Tal es el caso de los servicios y productos que se comercializan por la Internet o por telefonía móvil y que se refieren a mercados diversos (servicios financieros, turísticos, venta de comida, ropa, muebles, etc., por citar solo algunos) por constituir una de las formas en las que los agentes económicos las pueden poner a disposición de los usuarios y clientes. Cuestiones que, se insiste, deben estudiarse considerando las especialidades de cada mercado.

"Las **actividades que pertenecen a los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión** incluyen, entre otras, las siguientes:

i) a ix)"

En el listado que se proporciona en las fracciones i) a ix), en las que el IFT pretende especificar cuáles son las actividades que pertenecen a los sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión, deberían especificarse las disposiciones legales que así lo determinen expresamente en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTIR) o cualquier otra norma en la que se fundamente el ejercicio de esas facultades, para dar certeza de que efectivamente se está ante un caso que debe ser presentado, tramitado y resuelto ante el IFT.

En específico, se considera que son muy amplias y se alejan del ámbito competencial del IFT, las siguientes actividades descritas en el Anteproyecto de Guía:

a) Producción, venta y/o transmisión de aplicaciones y contenido

El texto del Anteproyecto literalmente señala:

"v) La producción, venta y/o transmisión de aplicaciones y contenido, a nivel nacional, regional o local, **que se transmiten** a través de frecuencias de radiodifusión o redes públicas de telecomunicaciones;"

Se considera que el texto debe decir que es hasta el momento en que se transmiten dichos contenidos, pues de acuerdo con la resolución del tres de marzo de dos mil diecisiete en el expediente relacionado con el conflicto competencial

número 1/2017, se concluyó que conforme al artículo 2.2.3 de la LFTR no se advierten elementos suficientes para considerar que las facultades concedidas al IFT en materia de contenidos audiovisuales en plataformas de radiodifusión y telecomunicaciones hagan necesario o aconsejable que también se recomiende analizar una operación en relación con contenidos audiovisuales y productos creativos derivados de ellos, distribuidos fuera de esas plataformas. Ello aunado a que es por definición legal la Cofece quien tiene la especialidad técnica para conocer de ellos.

b) Provisión de servicios de tecnologías de la información y comunicación, así como centros de datos prevista en la fracción ix).

De la lectura de los artículos 3, fracción XLIII, 9, fracción V, 15, fracción LII, 90, fracción II, 202, 218, fracción I y 219, fracción II de la LFTR, se considera que el Instituto sólo tiene facultades para promover el acceso a tecnologías de la información y comunicación (TIC), a verificar que el otorgamiento de una concesión contribuya a su libre acceso, o a establecer mecanismos para que sus procedimientos se tramiten a través de esas tecnologías, más no se encuentra facultado para regular dicha actividad. Por tal motivo, se estima que el IFT podría estar extralimitando el ejercicio de sus facultades al señalar que es competente para conocer y pronunciarse sobre la provisión de TIC, las cuales, además, pueden proveerse tanto fuera como dentro de las redes de telecomunicaciones.

En ese sentido, se considera que únicamente debería entenderse que el IFT podría conocer en el ámbito de su competencia, es decir, en lo relativo a los ámbitos de Telecomunicaciones y Radiodifusión, mas no así a ámbitos ajenos.

Por su parte, de la normativa correspondiente a la Secretaría de Educación Pública, se considera que quien tiene competencia en temas de TIC es la autoridad educativa federal, por lo que al no ser agentes económicos considerados como operadores y al no encontrarse en el ámbito de las Telecomunicaciones y Radiodifusión, se puede deducir que las determinaciones que pretendan tomar en materia de TIC o sus actividades no corresponden al IFT.

En cuanto a los centros de datos, se estima que no existe fundamento legal alguno por el que se determine que el IFT es competente para conocer de ese tipo de actividad económica. Sobre el particular se considera que la LFTR no establece que tal actividad sea parte del sector de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Finalmente, dicha sección establece:

*"Estos criterios son enunciativos y orientadores, que se desprenden tanto de la práctica decisoria del IFT como de las referencias provenientes de Tribunales Especializados, mismas que de ninguna manera **restringen la facultad de/ Pleno del IFT para fijar competencia atendiendo a las características particulares de cada caso.**"*

Al respecto, se considera que debería señalarse también que los criterios del Anteproyecto de Guía de ninguna manera restringen la facultad de la Cofece para declarar o reclamar su competencia en aquellas actividades en las que sea autoridad especializada para conocer y pronunciarse sobre la operación u operaciones notificadas.

- Sección 4.2, y subtítulo denominado "Precedente Judicial"

"(...) Los plazos previstos en la LFCE quedan suspendidos desde el inicio de cualquier procedimiento previsto en ese artículo hasta su resolución."

Por lo que hace a la suspensión del procedimiento de notificación de concentraciones a que se hace referencia en la sección 4.2 del Anteproyecto de Guía, se considera que la LFCE señala que la suspensión se declarará hasta que se determina su envío a los Tribunales Especializados, por lo que a juicio de esta

autoridad los plazos siguen corriendo hasta que se actualiza dicho supuesto.

"En 2015, se tramitó y resolvió **el primer y único - hasta ahora -** procedimiento para fijar competencia para conocer y resolver una concentración, en términos de lo previsto en el artículo 5 de la LFCE.

(...)

a) El ámbito competencial del IFT comprende la provisión de bienes necesarios o utilizados expresamente para el funcionamiento de redes de telecomunicaciones y los servicios conexos, y

b) Para fijar competencia, resulta aplicable un principio de especialidad, esto es, que el asunto exigía un conocimiento altamente técnico y especializado en el sector de telecomunicaciones y los diversos elementos que confluyen en el mismo, lo cual es propio del IFT, por virtud de las atribuciones que el Constituyente Permanente le otorgó cuando lo instituyó como órgano regulador de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión."

Se recomienda la inclusión de las dos determinaciones adoptadas hasta el momento en materia de resolución de conflictos competenciales y se estima que únicamente debería remitirse a su texto para evitar interpretaciones que pudieran alejarse de lo efectivamente resuelto.

Asimismo, se reitera que puede haber casos en los que la competencia de los OCA sea compartida por lo que cada uno deberá resolver en el ámbito de sus respectivas atribuciones."

En específico, en las páginas 38 y 39 de la resolución dictada en el conflicto competencial número 1/2017, se establece que la distribución de competencias no impide que los OCA puedan conocer de una misma operación en el ámbito de sus respectivas competencias; que aunque el IFT sea quien ejerce rectoría en Telecomunicaciones y Radiodifusión y sea autoridad en competencia económica en esos sectores, no implica que en todos los casos en que una operación involucra algunas actividades relacionadas con ese sector, deba conocer enteramente de ellas con exclusión de la Comisión, ya que ésta fue creada con el propósito de proteger el proceso de competencia y libre concurrencia y, por ende, se encuentra dentro de su especialidad y atribuciones analizar y decidir en todas las demás actividades ajenas a dicho sector, por lo que no se puede limitar el ejercicio de sus funciones en dichas actividades, pues para ello se requerirían razones excepcionales justificadas por parte del IFT.

En todo caso se insiste en que nada impide que ambos órganos realicen un diálogo colaborativo para la toma de decisiones.

3. Consideraciones sobre las opiniones recibidas

En términos del artículo 138, fracción II, de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), se emiten las respuestas a las Opiniones, atendiendo al orden cronológico en que fueron recibidas.

3.1. Respuestas a ARSG

Participación

I. "Sobre los umbrales de la notificación:

- i. ¿Cómo se aplican los umbrales cuando se genera una concentración (sic) que no implica la transmisión de propiedad de activos o capital social?*
- ii. ¿Cuándo será aplicable la UMA en lugar del SMGDVDF?*

II. Respecto a la fracción II del artículo 86: Se debe entender que si una empresa A en el extranjero adquiere, por ejemplo, 40% del capital social de una empresa B en el extranjero, y que a su vez esta posee, por ejemplo, 10% de del capital social de una empresa B1 en México que registra ventas o activos, ¿se actualizaría la primera (sic) parte del umbral? ¿O será necesario que B tenga también más de 35% del capital social de la empresa B1? ¿Podrían aclarar la interpretación por favor?

III. Sobre la notificación extemporánea: No es claro si la notificación será aceptada a trámite o si se rechazará y se iniciará un procedimiento de investigación. ¿Podrían aclarar el procedimiento por favor?

Respuestas

1. En atención al comentario que se refiere a las concentraciones que no implican la transmisión de propiedad de activos o capital social, la Unidad de Competencia Económica (UCE) propondrá para consideración del Pleno del Instituto la inclusión de ejemplos en el documento final de la Guía de Concentraciones.
2. De conformidad con el glosario del *Anteproyecto de la guía de concentraciones*, cuando se hace referencia al SMGDVDF, se señala que:

"Salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal. Este elemento constituye la referencia para estimar: (i) los umbrales previstos en el artículo 86 de la LFCE con base en los cuales se actualiza la obligación de notificar; y (ii) las medidas de apremio y sanciones establecidos en los artículos 126 y 125 de la misma ley."

Asimismo, se especifica que:

"A partir del (27) de enero de 2016, deja de emplearse esta referencia y, en su lugar, se emplea la Unidad de medida y actualización que determine el Instituto Nacional de Estadística y Geografía."

De lo anterior se desprende que la fecha en que comenzó a emplearse la UMA para determinar los montos de las concentraciones inició a partir del 27 de enero de 2016.

Sin embargo, en el documento final de la Guía de Concentraciones, todas las referencias a SMGDVDF serán sustituidas por el concepto de UMA.

3. En el apartado 5.1 del *Anteproyecto de la guía de concentraciones*, se incluyen los umbrales que deben considerarse para determinar que una operación (como la planteada en el comentario) debe notificarse en términos de la LFCE.

En relación con el Segundo umbral, fracción II del artículo 86 de la LFCE, el *Anteproyecto de la guía de concentraciones* señala:

“Este umbral se compone de dos partes o requisitos que se aplican al agente económico adquirido, que pueden estar integrados por una única persona o por un conjunto de personas o activos.

Con relación a la primera parte, el IFT debe considerar que el acto o sucesión de actos impliquen la acumulación del 35% (treinta y cinco por ciento) o más de los activos o acciones del agente económico adquirido. Al respecto, el IFT no se limita a considerar agentes económicos que se ubiquen en México o tengan una nacionalidad mexicana, sino que el efecto de la acumulación se pueda dar sobre cualquier empresa o grupo de empresas de cualquier nacionalidad y ubicadas en cualquier parte del mundo, siempre y cuando las mismas, directa o indirectamente, tengan ventas originadas en México o activos en territorio nacional.

En la segunda parte, se evaluará respecto al agente económico adquirido que sus ventas anuales originadas en México o activos en el territorio nacional superen los dieciocho millones de veces el SMGDVDF. Por ventas anuales originadas en el territorio nacional, se entiende las ventas por bienes o servicios, intermedios o finales, que se facturen dentro del territorio nacional, incluyendo importaciones. Para el caso de los activos, estos deben tratarse de cualquier activo que se ubique en territorio nacional.

Los dos requisitos identificados deben actualizarse para considerarse que una concentración es objeto de obligación de notificación.”

Sin embargo, en atención al comentario planteado por ARSG, la UCE propondrá para consideración del Pleno del Instituto la inclusión de ejemplos que permitan identificar cómo se actualizan los umbrales de notificación de concentración en términos del artículo 86 de la LFCE.

4. Sobre el tema de notificación extemporánea, el *Anteproyecto de la guía de concentraciones* en su apartado 5.5 plantea que la UCE del Instituto se encuentra imposibilitada para tramitarla cuando la concentración objeto del procedimiento ya se encuentre realizada, perfeccionada y/o haya surtido efectos entre las partes previo a su notificación, caso en el cual únicamente se dará vista a la autoridad investigadora para los efectos conducentes.

Sin embargo, la confirmación de este planteamiento para su inclusión en el documento final de la Guía de Concentraciones corresponderá al Pleno del Instituto.

3.2. Respuestas a VA.

Participación

1. Si bien en el Anteproyecto se enlistan algunos elementos o información necesaria para realizar la evaluación económica de una concentración de acuerdo con el LFCE, se considera relevante incluir un apartado con la descripción del proceso de análisis económico y de competencia. Es decir, explicar que éste consiste en:

- i. Determinar el tipo de concentración que se está notificando (horizontal, vertical o conglomerado).*
- ii. Definir el mercado relevante en el que se realizará la evaluación de la concentración, considerando una dimensión producto o servicio relevante, una dimensión geográfica y una dimensión de temporalidad.*
- iii. Una vez definido el mercado relevante, es en este marco de referencia que se hace el análisis de posibles efectos anticompetitivos (efectos unilaterales y coordinados en el caso de las concentraciones horizontales) y competitivos (ganancias en eficiencia) derivados de la concentración.*
- iv. En caso de que se encuentren efectos contrarios a la competencia, es decir, que disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados, se evalúa si la concentración no se autoriza o se autoriza con condiciones.*

Adicionalmente, con respecto a la descripción de este proceso de análisis económico y de competencia, se sugiere que dicha explicación guíe a los concesionarios en los elementos que se toman en cuenta para la determinación del mercado relevante, como son elementos tanto del lado de oferta, como del lado de la demanda. Así como también se deben ofrecer elementos que guíen a los concesionarios a una definición adecuada de la dimensión geográfica y la dimensión temporal del mercado.

Esto resulta de suma importancia ya que permite a los concesionarios tener mayor claridad sobre para qué y por qué se requiere la información que se solicita, así.

Respuestas

1. Se precisa que no es el propósito de la guía realizar un análisis detallado de la forma en que el Instituto realiza el análisis de los mercados correspondientes a los sectores de su competencia. Precisamente, la casuística ha orientado a concluir que cada asunto es distinto y tienen sus propios méritos o características que lo distinguen de la generalidad.

Aún y cuando en la guía no es posible abordar y, en su caso, agotar la manera de proceder en el análisis de mercado para casos concretos, se sugiere consultar y remitirse a las diversas decisiones que en materia de concentraciones se han tomado por parte del Pleno del Instituto, en donde se podrá revisar cómo fue definido el mercado relevante (en sus dimensiones

de producto, geográfica y temporal), los efectos de la concentración y, en algunos casos, la existencia y evaluación de mercados relacionados.

Concentración AT&T, Inc., y NII Holdings, Inc. Disponible en:

http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/acuerdo_oliga/versionpublicapifttext29041586.pdf

Concentración Nokia Corporation y Alcatel Lucent. Disponible en:

http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/acuerdo_oliga/versionpublicaacepifttext201015152.pdf

Concentración Corporativo Vasco de Quiroga S.A. de C.V. y Televisión Internacional S.A. de C.V., entre otras. Disponible en:

http://apps.ift.org.mx/publicdata/Version_Publica_P_IFT_EXT_190216_7.pdf

Cesión de derechos en radiodifusión. Disponible en:

http://apps.ift.org.mx/publicdata/versionpublicapift18031590_1.pdf

Intercambio de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico. Disponible en:

http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones_pleno/acuerdo_liga/p_ift_ext_151215_187.pdf

3.3. Respuestas a Grupo AT&T

Participación

I. Concentraciones:

- i. Los "American Depositary Receipts" (ADR's) son certificados canjeables por acciones; y no son iguales a un título de accionario o documento representativo de partes sociales o "equity interest" ver: <https://www.sec.gov/investor/alerts/adr-bulletin.pdf>.*

Por lo anterior, parecería que no existe razón alguna para que la presente Guía requiera notificar como una concentración la adquisición de ADR's, en caso que se cumplan los umbrales previstos en la LFC E. En todo caso, la notificación de concentración debería efectuarse (en caso de rebasar los umbrales previstos en la LFCE) previo a ejercer el canje de ADR's por títulos representativos de acciones o partes sociales de la sociedad de que se trate.

Incluir este supuesto podría construir un precedente cuestionable para el caso de adquisición de "obligaciones convertibles en acciones" (previstas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) pues los ADR's y las obligaciones convertibles en acciones tienen características comunes.

II. Agente(s) Económico(s):

- i. Se sugiere incluir la siguiente redacción en la definición de Agente Económico:*

- *Cualquier sujeto de derecho – persona física o moral (jurídica)- que ejerza de forma autónoma, individual o colectiva, una actividad económica en el mercado, o bien.*

Lo anterior toda vez que debe considerarse el caso de familias que han sido determinadas como Grupos de Interés Económico.

III. Notificación extemporánea:

- De la redacción, no es claro si la Unidad de Competencia Económica aceptará y dará trámite una notificación extemporánea.*

AT&T considera que si la notificación es presentada de forma espontánea ante esa Unidad, la misma debería ser aceptada a trámite.

Respuestas

1. En términos del Apartado 2.1, inciso c), del *Anteproyecto de la guía de concentraciones*, se definió a los ADR de la siguiente manera:

"Adquisiciones de American Depositary Receipts ("ADRs") que son certificados negociables en los Estados Unidos de América y representan la propiedad de acciones de una sociedad constituida fuera de ese país; pero que les otorgan a sus tenedores todos los derechos y obligaciones, incluidos los de dividendo y voto, de esas acciones, y que además pueden ser canjeados por las acciones en cualquier momento a solicitud del tenedor."

Asimismo, en el pie de página del párrafo correspondiente se señaló lo siguiente:

"14. Aún y cuando no existe precedente emitido por el Pleno del Instituto, se considera que la adquisición de ADRs constituye una concentración, pues implica la adquisición de derechos sobre acciones representativas de capital sociales. Véase: <https://www.sec.gov/answers/adrs.htm> y <https://www.sec.gov/investor/alerts/adr-bulletin.pdf>"

Al respecto, la UCE considera que las figuras jurídicas deben regirse conforme al acto jurídico (i.e. contrato) que les da origen. En la práctica, se identifica que hay distintos tipos de ADRs dependiendo de la relación y términos contractuales que los rigen.

Para efectos de la guía, debe considerarse que es necesario notificar la adquisición de ADRs en aquellos casos en que, previo a su canje, éstos concedan al tenedor derechos de voto extendidos (*extend voting rights*); es decir, concedan derechos a través de los cuales el tenedor pueda instruir al banco depositario administrador la forma de votar como tenedor de acciones.

Por el contrario, no debe notificarse cuando la adquisición no conceda al tenedor ningún tipo de derechos semejantes al de un accionista previo al canje de tales títulos, sea ejercido éste por propia cuenta o a través del banco depositario (i.e. *extend voting rights*).

En conclusión, los supuestos en adquisición de ADRs se evaluarán caso por caso y derivado de las condiciones y términos en los cuales estos títulos se hayan adquirido.

Sin embargo, la confirmación de estos planteamientos para su inclusión en el documento final de la Guía de Concentraciones corresponderá al Pleno del Instituto.

2. La definición de Agente Económico presentada en el *Anteproyecto de la guía de concentraciones* corresponde a la utilizada por la LFCE. En ese sentido, se propone conservarse a como se encuentra redactada a la fecha, pues en su contenido ya prevé la inclusión de personas físicas y morales a como lo comenta Grupo AT&T.
3. Favor de remitirse a la Respuesta 4 proporcionada a ARSG.

3.4 Respuestas a ATG

Participación

I. Grupo de Interés Económico y Control:

- i. *No es correcto que se defina en la guía qué es un Grupo de Interés Económico y sus elementos, pues esto ya fue definido por el Poder Judicial de la Federación, y en este sentido, se considera incluso que el IFT rebasa sus facultades al intentar definir quién es o no un grupo. Además, es inadecuado que el Instituto defina estos conceptos porque el análisis debería realizarse caso por caso.*

Tampoco se entienden los conceptos que incluye la guía sobre "control" y "autonomía", pues esta no explica lo que estableció el poder judicial respecto a los mismos. Aunado a ello, si el concepto de control no es lo suficientemente claro, mucho menos las definiciones de "influencia o influencia significativa." En suma, todas estas definiciones sin sustento generan inseguridad jurídica.

Conceptos como el de "Grupo de Interés Económico", "control" y "unidad económica" escapan de la materia de la Ley de Telecomunicaciones, pues los mismos son conceptos determinados en el Derecho Bursátil y Bancario.

II. Procedimientos del artículo 9º transitorio:

- i. *Resulta confuso que la guía de concentraciones incluya el procedimiento del artículo noveno transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, ya que el mismo no es equiparable a una notificación de concentración.*

En primer lugar, el procedimiento del artículo noveno transitorio no requiere del análisis de un mercado relevante, sino que considera solamente participaciones por sector, de telecomunicaciones o radiodifusión. En segundo lugar, la guía no profundiza en los señalamientos del mismo artículo transitorio, ni aporta información adicional. En tercer lugar, la guía establece una forma de contabilizar los plazos para el trámite del aviso de concentración que, en algunos casos, no está contemplada en la normatividad aplicable.

El artículo noveno transitorio es un beneficio que la reforma constitucional otorgó a los agentes económicos, por lo que el establecer requisitos que no estén contenidos en el mismo para su procedencia, atenta contra los principios de seguridad jurídica pues generaría incertidumbre a los particulares para saber cuál es el lineamiento a seguir, además de hace patente el hecho de que la autoridad solicite requisitos caprichosos que impidan el libre ejercicio del derecho otorgado por la propia constitución generando cargas innecesarias a nosotros los particulares.

Respuestas

1. La definición de GIE insertada en el *Anteproyecto de la guía de concentraciones* coincide con la definición que de ese concepto ha hecho el Poder Judicial.

En la guía se dice lo siguiente:

"De conformidad con precedentes decisorios de las autoridades de competencia y del poder judicial, un GIE se define como dos o más de sujetos de derecho con intereses comerciales y financieros afines que coordinan sus actividades para participar en los mercados y actividades económicas, a través del control o influencia decisiva, directa o indirecta, que uno de sus integrantes ejerce sobre los demás. El GIE tiene el carácter de Agente Económico para efectos de la LFCE"

(Página 12 del *Anteproyecto de la guía de concentraciones*)

Por su parte el Poder Judicial ha señalado que:

"En materia de competencia económica se está ante un grupo de interés económico cuando un conjunto de personas físicas o morales tienen intereses comerciales y financieros afines, y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común. Así, aunado a los elementos de interés -comercial y financiero- y de coordinación de actividades, concurren otros como son el control, la autonomía y la unidad de comportamiento en el mercado. (...) se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, en los términos anotados, sin que sea necesario que se den de manera concomitante."

(Véase jurisprudencia: Registro No. 168 470, GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. Localización: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Noviembre de 2008; Pág. 1244. I.4o.A. J/66.)

Esencialmente, se trata de las mismas definiciones, por lo cual el Instituto no está excediendo sus facultades. La Guía tiene como objeto dar a conocer a la sociedad en general cómo el Instituto aplica e instrumenta las definiciones y conceptos establecidos en la LFCE y en la jurisprudencia para casos concretos.

De lo anterior deviene que el Instituto tiene las facultades de aplicar las figuras previstas en la LFCE a situaciones reales, por lo cual el *Anteproyecto de la guía de concentraciones* únicamente tiene como intención exponer cómo se aplican y utilizan tales figuras en los procedimientos que corresponden.

Los elementos presentados en la guía son orientativos y enunciativos, pero de ningún modo taxativos. Asimismo, tienen como referencia diversos pies de páginas que hacen alusión a los precedentes judiciales que los han establecido e interpretado. Por ende, no se está frente a facultades discrecionales o unilaterales del Instituto.

En el caso del análisis en materia de competencia económica, la figura de GIE es trascendental, por lo cual su estudio y revisión no pueden omitirse en el cuerpo de la guía, pues lo que se busca con este documento es orientar y guiar a la industria y público en general respecto de tales elementos y consideraciones de los temas abordados. Sin embargo, se revisará y someterá a consideración del Pleno del Instituto la eliminación de dicho apartado y los relativos a control e influencia significativa en el documento final de Guía de Concentraciones.

2. Como lo señala ATG, el artículo Noveno Transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR) no es equiparable al procedimiento de notificación de concentraciones, pues, como en la misma guía se planteó, resulta ser una excepción al régimen de concentraciones previsto en la LFCE.

Las diferencias sustantivas y de tramitación entre ambos procedimientos son evidentes en el documento. El tema de ese artículo Noveno Transitorio se incluyó en la guía por consistir en un procedimiento relacionado con la materia de concentraciones, con lo cual es necesario disipar dudas también sobre su tramitación tanto al público en general como a la industria.

El procedimiento identificado se basa en trámites que se han descrito en resoluciones de avisos de concentración:

Grupo Televisa y Cablecom. Disponible en:

http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/cuerdoliga/versionpublicapifttext101214273_1.pdf y

Axtel S.A.B. de C.V. y Onexa S.A. de C.V. Disponible en:

<http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/cuerdoliga/versionpublicaucepifttext17061616.pdf>

No obstante lo anterior, la propuesta de ATG en cuanto a eliminar el procedimiento que el Instituto sigue para tramitar el artículo Noveno Transitorio de la LFTR a manera de considerarlo sólo como un aviso se tomará en cuenta para el documento final de la Guía de Concentraciones.

3.5. Respuestas a Pegaso

Participación

I. Numeral 2.4. "Control e Influencia"

- i. En específico, consideramos que lo establecido en el numeral 2.4. "Control e Influencia" de dicha Guía sobre pasa los objetivos perseguidos por la misma y podrían constituir más que reglas para prevenir*

concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre competencia o la competencia económica en los mercados, reglas que violenten o limiten el derecho a la asociación previsto para los concesionarios en la Constitución.

De igual forma, se hace referencia al Estudio de la OCDE sobre Políticas y Regulación de Telecomunicaciones en México, publicado en el 2012 en cuya página 64 se establece lo siguiente:

"... En la mayoría de los países de la OCDE, la regulación del sector de las telecomunicaciones, por lo general, incluye regulación ex ante y ex post (conforme al derecho de la competencia). El objetivo de la regulación ex ante es impedir que un operador dominante incurra en prácticas contrarias a la competencia, entre las que suelen incluirse precios predatorios, estrangulamiento de márgenes (margin squeezing), empaquetamiento abusivo y diversas prácticas de "negar, demorar y degradar" la provisión de productos esenciales de acceso mayorista a los competidores. La preocupación es que la empresa dominante puede apalancar su poder de mercado para obtener ventaja en áreas donde esté sujeta a la competencia. La lógica de la regulación ex ante es que la regulación ex post, con base en la ley general de competencia, resulta insuficiente para atender las fallas del mercado y los temores de abuso del poder de mercado, o para conseguir los objetivos de las políticas públicas. Respecto a la oferta de telecomunicaciones, la regulación ex ante debe concentrarse en los elementos que constituyen "recursos esenciales (cuellos de botella) permanentes". (el subrayado es nuestro)

Conforme a lo anterior, mi representada manifiesta que la imposición de regulación "ex ante" en un instructivo de Concentraciones aplicable para cualesquier tipo de asociación entre personas físicas o morales, ya sea en su calidad de cliente-proveedor, competidores, entre otros, resulta un tanto desmedido, ya que podría bloquear de inicio la posibilidad de llevar a cabo algunos acuerdos que, realizados por agentes que no han sido declarados con poder sustancial en un mercado o como agentes económicos preponderantes, sus fines no les brindarían la capacidad ni el ejercicio de ningún tipo de influencia o control.

La solicitud expresa de mi representada, es que la Guía se limite a orientar la información, requisitos, procedimientos y fundamentos legales y criterios que ya han sido adoptados por el propio IFT y las instancias judiciales en el trámite de concentraciones, pero que continúe realizando los análisis de existencia de "Control", "Influencia Decisiva" e "Influencia Significativa", con base en la información que se llegara a presentar caso por caso.

II. Apartado Segundo, numeral 2.4 relativo al tema de influencia:

- i. Los elementos de referencia establecidos en la Guía (de aplicación general para cualquier Concentración) para determinar la existencia de Influencia Decisiva, fueron emitidos por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones para identificar "ex ante" a los agentes económicos impedidos para tener influencia en la operación de la Red Compartida, en cumplimiento a lo establecido en la fracción IV del Décimo sexto Transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución (en adelante el "**Decreto de Reforma**") que a continuación se transcribe:

"DÉCIMO SEXTO. El Estado, a través del Ejecutivo Federal, en coordinación con el Instituto Federal de Telecomunicaciones, garantizará la instalación de una red pública compartida de telecomunicaciones que impulse el

acceso efectivo de la población a la comunicación de banda ancha y a los servicios de telecomunicaciones, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 6o., Apartado B, fracción II del presente Decreto y las características siguientes:

I. (...)

II. (...)

III. (...)

IV. Aseguraré que ningún prestador de servicios de telecomunicaciones tenga influencia en la operación de la red;...

Es así, que la regulación *ex ante* emitida, cumplió un fin totalmente restrictivo como lo fue instruido en la Carta Magna. Sin embargo, en caso de que el IFT intentara aplicar dichos criterios a la totalidad de las Concentraciones reguladas, podría darse un efecto negativo, ya que podrían rechazarse de manera arbitraria operaciones o acuerdos comerciales entre dos o más concesionarios, sin que los mismos tuvieran la capacidad o causaran efectos contrarios a la competencia y la libre concurrencia.

- ii. Aunado a lo anterior, tal y como se reconoce por ese Instituto, los términos no definidos en una ley deben de definirse casuísticamente de conformidad con las particularidades que cada caso presente. Es decir, la acepción que se le dé a dichos términos debe establecerse mediante una interpretación armónica de los hechos particulares del asunto que se somete a consideración del regulador y la normatividad aplicable.

Se considera que la inclusión de los conceptos de influencia puede generar un efecto perjudicial, ya que su definición en la guía no necesariamente implica que los aspectos ahí establecidos serán los que se determinen en un caso particular sometido a la valoración del Instituto.

Por lo anterior, se solicita la eliminación de los apartados denominados "Elementos de referencia para determinar su existencia" tanto respecto del "Control o Influencia Decisiva", como de la "Influencia o Influencia Significativa".

Respuestas

1. Los apartados correspondientes a "Control," "Influencia Decisiva" e "Influencia Significativa" no se tratan de regulación *ex ante* ni de nuevos criterios que limiten la capacidad y libertad contractual de los particulares. Esencialmente, tienen como punto de partida: a) resoluciones previas del Instituto, b) disposiciones legales y c) precedentes judiciales.

Al igual que los demás temas de la guía, se tratan de criterios orientadores en materia de competencia económica que se irán ajustando con el avance de la legislación, de la experiencia comparada y la complejidad de las relaciones comerciales y económicas en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

Al respecto, a foja 4 del *Anteproyecto de la guía de concentraciones* se señala:

"La Guía de Concentraciones reúne elementos orientadores sobre los procedimientos, la evaluación y las resoluciones de las concentraciones en los

sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, contenidos en la CPEUM, la LFCE, la LFTR y los precedentes decisorios, tanto del Instituto como del Poder Judicial de la Federación. Estos elementos no prejuzgan ni pueden hacerse extensivos a otros procedimientos previstos en la LFCE y la LFTR. Tampoco son vinculantes para el IFT que ejercerá sus facultades de análisis y decisión en cada asunto.

Este documento es susceptible de modificaciones o adiciones futuras en la medida que la legislación y los criterios que guían su aplicación cambien; y en atención a las interpretaciones y los criterios que emitan las autoridades competentes.

Esta Guía será revisada por lo menos cada cinco años, de conformidad con lo señalado en el artículo 138 in fine, de la LFCE.”

2. En cuanto al concepto de “influencia significativa” analizado en el *Anteproyecto de la guía de concentraciones*, éste no atiende exclusivamente al marco de análisis del proyecto de Red Compartida Mayorista y previsto en el artículo Décimo Sexto Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional (concepto así definido en el Glosario del anteproyecto).

Por mucho, ese concepto forma parte de la práctica común en materia de competencia económica a como lo señalan el pie de página 33 del *Anteproyecto de la guía de concentraciones*. Incluso tratándose de las opiniones emitidas en materia de competencia económica para los interesados en el proyecto de Red Compartida Mayorista, también en esos casos se estableció que el concepto de “influencia significativa” no era privativo de ese proyecto, sino que tiene una base sólida en materia de derecho de competencia económica comparado y nacional.⁵

Para esos casos, por ejemplo, los estándares de análisis de “influencia significativa” tuvo como punto de partidas las legislaciones, resoluciones y precedentes internacionales en materia de concentraciones y prácticas monopólicas.

Por lo anterior, sólo se trata de un concepto que sirve para identificar relaciones entre agentes económicos, pero que de ningún modo limita los derechos de asociación y contractuales de los agentes económicos en alguna industria, pues su aplicación requiere considerar las características propias de cada caso sujeto a evaluación.

3. No obstante las respuestas anteriores y en atención a los comentarios recibidos de Pegaso, la UCE someterá a consideración del Pleno del Instituto el planteamiento de eliminar de los apartados a que se aluden del documento final de la Guía de Concentraciones.

3.6. Respuestas a TV de Puebla

Participación

⁵ Véase resolución del Instituto en esta materia disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/temas-relevantes/versionpublicaacepifttext13101625.pdf>

I. Apartado Cuarto, numeral 4.2 relativo al tema de elementos para evaluar concentraciones:

- i. *En el caso de la información señalada en el numeral 4.3.1. Información, cuando se hace referencia a la información de tipo básica si bien señala que la información permite descartar a) coincidencias de productos o servicios en los mercados; b) Integraciones verticales; posibles concentraciones de conglomerado que pudieran tener efectos sobre la competencia; c) Coincidencias en coberturas geográficas, y d) Elevadas participaciones de mercado bajo distintos niveles de agregación de definición del mercado relevante y mercados relacionados, consideramos que omite señalar las características de la información que se necesita como sí lo hace en el apartado de información "adicional", lo cual es propio de una guía, es decir que se conduce en la forma y características de la información tal y como se debe de presentar para el auxilio de mejor proveer para esa autoridad.*

Lo anterior, ayudará a que los Agentes Económicos puedan presentar la información de manera correcta, evitando prevenciones y periodos largos de respuestas por parte del IFT.

En lo que respecta a la información que se debe de proporcionar en el inciso g) Para el análisis de eficiencias (foja 41), en su tercer punto, la guía se ocupa de señalar las características que debe tener la acreditación de eficiencias, sin embargo señala que no serán tomadas en cuenta las manifestaciones discursivas y/o retóricas de los agentes económicos notificantes en este rubro.

En esta tesitura, sugerimos que al ser una guía se establezcan unos ejemplos de la manera en que el IFT quiera se desahogue este rubro.

II. Apartado Quinto, numeral 5 relativo al tema de notificación de concentraciones:

- i. *5.1. Umbrales para la notificación, foja 49. En el apartado denominado "Consideraciones en el cálculo de los umbrales" consideramos que se debe de modificar la medidas SMGDVDF por la UMA no obstante que la Ley Federal de Competencia Económica aún considera que como medida el Salario Mínimo General Diario Vigente para el Distrito Federal.*

Sugerimos que en dado caso señale lo siguientes: "b) Se debe de tomar en cuenta el SMGDVDF del día anterior a aquél en que se realice la notificación o su equivalente en Unidad de Medida y Actualización".

e) El SMGDVDF o UMA del día anterior a la realización de la transmisión.

- ii. *5.4. Oportunidad en la Notificación, foja 53, primer párrafo. En dónde se señala que "Como consecuencia del artículo 2014 del CCF, es deseable que la celebración de este tipo de contratos o convenios traslativos de propiedad incorpore cláusulas suspensivas que sujeten la existencia de la transacción a la existencia previa de una autorización por parte del IFT", es conveniente que en la Guía se aclare el objeto que pretende obtener al sugerir este tipo de cláusulas suspensivas.*

En lo que respecta al cuarto párrafo de la foja 56, mientras que en la Ley Federal de Competencia Económica no se establece una posibilidad para notificar la operación de concentración siempre y cuando no se haya realizado el último acto por virtud del cual se rebasen dichos umbrales, aunque los demás hayan surtidos sus efectos, el IFT, en su guía pretende que así sea, lo cual va más allá de lo que la Ley establece a un Agente Económico.

iii. 5.7. Escrito de notificación, foja 59. Es importante detallar que la presente es una guía para que los Agentes Económicos puedan presentar de una mejor manera la información correspondiente a una concentración, por lo que, contrario a lo que señala en el primer párrafo del punto que nos ocupa "no requiere formalidades, formatos ni anotaciones especiales.", sugerimos que el IFT elabore un formato o guía con la información más relevante a presentar, ya que en caso contrario se pierde un poco el objetivo de la guía que propone el IFT.

En el inciso VII, del numeral 5.7. Escrito de notificación, foja 71 a 74, consideramos que la guía va más allá de lo que la Ley le solicita a los Agentes Económicos para notificar la concentración, en específico de la fracción VII del artículo 89, por lo que sugerimos eliminarlo.

En el inciso IX, del numeral 5.7. Escrito de notificación, foja 76 a 78, consideramos que la guía va más allá de lo que la Ley le solicita a los Agentes Económicos para notificar la concentración, en específico de la fracción IX del artículo 89, al solicitar en la guía que se informe sobre actividades relacionadas en el sector de las telecomunicaciones o radiodifusión, cuando en la ley expresamente señala que se debe proporcionar "Datos de la participación en el mercado de los Agentes Económicos involucrados y de sus competidores" por lo que sugerimos eliminarlo.

Respuestas

1. Las distintas fracciones del artículo 89 de la LFCE establecen los requisitos esenciales (básicos) que debe cumplir toda notificación de concentración para ser tramitada por el Instituto en términos de los artículos 90 y 92 de la LFCE. Dichos requisitos básicos se describen a partir del Apartado 5.7 del *Anteproyecto de la guía de concentraciones*.

Sin embargo, en atención a los comentarios formulados por TV de Puebla, se considerará la posible inclusión de ejemplos solicitados y, en su caso, sobre las características de la información que los agentes económicos podrán presentar para que el Instituto pueda evaluar si una concentración se trata de un caso que no requiere un análisis exhaustivo.

2. Al respecto de las "manifestaciones discursivas" en el tema de acreditación de eficiencias, el *Anteproyecto de la guía de concentraciones* estableció lo siguiente en su Apartado 4.3.1:

"g) *Para el análisis de eficiencias:*

- *Las posibles eficiencias del mercado que se lograrían derivadas de la concentración y que incidirán favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, en términos del artículo 14 de las Disposiciones Regulatorias, y*
- *Que éstas derivarán específicamente de la concentración; superarán de forma continua sus posibles efectos anticompetitivos en el mercado y resultarán en una mejora al bienestar del consumidor.*

- *Al respecto, para la acreditación de eficiencias, resulta esencial que los agentes económicos expliquen cómo se generará, en última instancia, un beneficio directo para los usuarios o consumidores, resultando indispensable que las mismas puedan medirse o estimarse de forma objetiva y razonable. Por ende, no serán tomadas en cuenta las manifestaciones discursivas y/o retóricas de los agentes económicos notificantes en este rubro.*
- *Los agentes económicos notificantes pueden presentar sus análisis de eficiencia desde el escrito de notificación de concentración y hasta dentro de los tres días siguientes contados a partir de la fecha en que se les comunique la existencia de posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia en términos de los artículos 90, fracción V, segundo párrafo, de la LFCE y 14, tercer párrafo, de las Disposiciones Regulatorias.*

En el análisis de eficiencias forma parte del análisis de efectos de la concentración en los mercados relevantes y relacionados. En términos de lo dispuesto en los artículos 63, fracciones V y VI, de la LFCE y 14 de las Disposiciones Regulatorias se tomarán en consideración las siguientes:

- *La obtención de ahorros en recursos que permitan producir o proveer la misma cantidad del bien o servicio a menor costo o una mayor cantidad del bien o servicio al mismo costo, sin disminuir la calidad del bien o servicio;*
- *La reducción de costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta en lugar de separadamente;*
- *La transferencia o desarrollo de tecnología que genere una mejora en la producción o provisión de bienes o servicios;*
- *La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución, y*
- *Las demás que demuestren que las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivadas de la concentración superan sus efectos anticompetitivos.*

Para que las ganancias en eficiencia sean tomadas en cuenta, los agentes económicos notificantes deben presentar el análisis, los estudios, los peritajes u otros documentos.

Con toda la evidencia anterior, el IFT buscará determinar si la concentración tiene como objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y competencia económica.”

De acuerdo con lo anterior, cuando el Anteproyecto de la guía de concentraciones se refiere a posibles “manifestaciones discursivas” en el

tema de acreditación de eficiencias, lo que se busca es que los interesados eviten el uso de frases y aseveraciones que no tengan un sustento objetivo, empírico y real o potencial para el caso en concreto, así como evitar el uso de adjetivos, adverbios y frases literarias que no lleven a la actualización de los supuestos previstos en el artículo 14 de las Disposiciones Regulatorias.

Como contracara de lo anterior, a fin de acreditar las eficiencias y tal como lo refiere el *Anteproyecto de la guía de concentraciones*, las partes pueden presentar estimaciones numéricas basadas en estadísticas propias, dictámenes periciales, aportación de estudios científicos y/o técnicos propios y/o de terceros, así como insumos que presenten una metodología y conclusiones debidamente elaboradas para el caso concreto a efecto de poder ser valorados en la resolución correspondiente.

3. Con relación a la utilización de la UMA en sustitución del SMGDVDF, favor de remitirse a la respuesta 2 proporcionada a ARSG.
4. En cuanto a la cláusulas suspensivas “que sujeten la existencia de la transacción a la existencia previa de una autorización por parte del IFT,” únicamente se pretendió precisar que es “deseable” establecerla porque, a como aparece en los dos párrafos siguientes, dicho requisito se encuentra expresamente previsto en el artículo 16 de las Disposiciones Regulatorias.

Sin embargo, ello de ninguna manera implicaría que, por el sólo hecho de establecer esa cláusula, el Instituto no pueda analizar y advertir si en su caso la concentración ya se realizó, perfeccionó y/o surtió sus efectos antes de la notificación, aún y cuando esa cláusula esté inserta en los contratos respectivos, casos para los cuales el establecimiento de esa cláusula quedaría sin efectos.

Por lo que hace al tema de sucesión de actos, éste consiste en una hipótesis particular que, a como lo establece la guía, deberá de atenderse caso por caso. La inclusión de este tema en la guía se someterá a discusión del Pleno del Instituto, sin omitir que la guía es sólo un documento orientativo y no vinculante.

No obstante lo anterior, respecto de ese texto comentado, se revisará el texto final del documento de Guía de Concentraciones para evitar confusiones, haciendo las correcciones que resulten necesarias.

5. En cuanto a la propuesta de establecer un formato para la presentación de notificaciones de concentración, se valorará la emisión de un formato que contenga una guía sobre la información y/o documentación que los agentes económicos podrían presentar para el trámite de notificación de concentraciones y que de ninguna forma sea impedimento para que los interesados usen un formato libre y abierto.
6. Al interior de la guía, la precisión y explicación de los alcances de las fracciones VII y IX del artículo 89 de la LFCE no va más allá de la ley. Su explicación pretende hacer más asequible los requisitos de la información que los involucrados deben presentar desde su escrito inicial, pues en su

caso, esa misma información pudiera ser también objeto del Requerimiento de Información Adicional conforme al artículo 90, fracción III, de la LFCE.

3.7. Respuestas a la Cofece

Participación

El Anteproyecto de Guía incorpora un apartado con el numeral 4 relacionado con el ámbito de competencia del IFT, en el que se pretende explicar, a juicio de ese Instituto, cuándo se actualiza su competencia para conocer y resolver una concentración. Sobre este punto, se considera que a pesar de que en la introducción del Anteproyecto de Guía se señala que no prejuzga ni resulta vinculante por estar abierta la posibilidad de realizar un análisis en cada asunto y que es susceptible de modificaciones y adiciones futuras ante los cambios en la legislación o los criterios de aplicación o interpretación, la información contenida en algunas secciones de ese apartado podría generar confusión entre los agentes económicos respecto a qué autoridad resulta competente para conocer de la notificación de su operación previo a su realización en términos de los artículos 61, 86, 87 y 90 ó 92, de la LFCE.

En particular, esta Comisión tiene observaciones respecto a los siguientes textos:

- *Párrafo introductorio del Apartado 4 que establece.-*

*"En términos de los artículos 28 de la CPEUM, 5 de la LFCE y 7 de la LFTR, el IFT tiene atribuciones exclusivas en materia de concentraciones en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión en el territorio nacional. La COFECE es la autoridad competente en todas las concentraciones de las demás áreas de la actividad económica. Además, **tratándose de concentraciones que involucren actividades concesionadas sujetas a la LFTR, el IFT es la única autoridad competente en conocer y resolver sobre su realización.**"*

Derivado de la reciente resolución emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, en el conflicto competencial número 01/2017, se considera que no por el hecho de que la concentración involucre actividades que resulten de la competencia del IFT, ese Instituto sea la única autoridad facultada para conocer de una concentración, puesto que si la operación involucra también actividades ajenas a los sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión, que no se encuentren relacionados sustancialmente con dichos sectores, resultará igualmente competente la Comisión, siendo necesario que los agentes económicos la notifiquen a ambas autoridades.

*"En la práctica pueden existir transacciones en las que no sea sencillo determinar si el ámbito de competencia pertenece al IFT o a la COFECE. **En esos casos, en términos del artículo 110 de la LFCE, el IFT ofrece orientación general a cualquier persona y Autoridad en relación con la aplicación de esa ley.** De esta forma, se brinda seguridad jurídica a los particulares que deseen identificar, antes de iniciar un procedimiento, qué autoridad es competente para conocer y resolver."*

Sobre este punto, sugerimos que se señale que dicho procedimiento de orientación general puede plantearse en cualquiera de los dos órganos autónomos (Cofece o IFT), quienes además cuentan con un convenio de colaboración que permitirá la atención coordinada de dudas que los agentes económicos puedan tener.

- *Sección 4.1 que señala lo siguiente. -*

*"En su práctica decisoria, **el IFT ha adoptado criterios** para establecer su ámbito de competencia para conocer y resolver sobre concentraciones. **Estos criterios pueden***

servir de referencia para identificar en futuras concentraciones si pertenecen al ámbito de competencia del Instituto."

Sobre el particular se considera que la mayoría de los criterios que se citan en esta sección no han sido confirmados o aceptados por el Poder Judicial, por lo que se sugiere hacer la aclaración en este respecto. En especial, debe establecerse de manera clara en qué casos los criterios son propios, sin confirmación o si son derivados de alguna sentencia emitida por algún órgano jurisdiccional, con las reservas de que dichos criterios del Poder Judicial corresponden al análisis de casos específicos.

"(b) En segundo lugar, se determina si las actividades identificadas en (a) satisfacen alguno de los siguientes supuestos:

- v. Pertenecen a los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión;*
- vi. Su análisis exige un conocimiento técnico especializado en los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión, así como en los diversos elementos que confluyen en los mismos;*
- vii. Pertenecen a la cadena de valor de otras actividades que forman parte de los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión, y*
- viii. Utilizan como insumo las redes de telecomunicaciones, en forma significativa."*

Se estima que los criterios de referencia señalados en las fracciones ii a iv del inciso (b) antes citados (que se refieren básicamente a mercados que no pertenecen propiamente los sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión) no deberían generalizar su aplicación para todos los casos, pues como la propia ejecutoria emitida en el conflicto competencial número 01/2017 por el H. Segundo Tribunal Colegiado de Circuito Especializado en materia de Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones señala, el análisis debe hacerse respecto de cada asunto en específico

En efecto, el señalar que forman parte de la competencia del IFT los asuntos que requieran un conocimiento técnico especializado, que pertenezcan a la cadena de valor de los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión, o que se utilicen como insumo, se consideran conceptos o interpretaciones muy amplias que podrían ir más allá de lo que el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece y que esta Comisión no comparte.

*La Cofece ha sostenido, por medio del acuerdo de tres de febrero de dos mil diecisiete por el que se declaró competente para conocer de la concentración notificada ante la Comisión, que para que sea posible que la competencia del IFT se extienda a sectores ajenos a las Telecomunicaciones y la Radiodifusión se requiere que exista una **"relación sustancial"** entre ellos. Como se trata precisamente de un concepto jurídico indeterminado, su análisis deberá realizarse caso por caso, por lo que dependerá de las circunstancias que rodeen la operación u operaciones notificadas para que pueda determinarse, con mayores elementos, qué autoridad debe conocer del asunto: si debe ser una sola o ambas.*

Es decir, deberá valorarse si la operación podrá tener incidencia directa en diferentes mercados, si esos efectos se encuentran subordinados o predeterminados por los efectos que se produzcan en los otros mercados, si su incidencia puede darse o no en mercados que se encuentran en el sector de las Telecomunicaciones y Radiodifusión, y si esta incidencia es sustancial o, por el contrario, los mercados pueden funcionar de manera autónoma.

Además, el Poder Judicial señaló que no es un criterio necesario y suficiente el argumentar que por el hecho de pertenecer a una cadena de valor o por ser un posible insumo, todas las actividades que la conformen deben ser del conocimiento del IFT si algunas de esas actividades forman parte del sector de las Telecomunicaciones y Radiodifusión, sino que por el contrario indicó que "se llegaría al extremo de considerar que cualquier elemento de naturaleza material o inmaterial que estuviera implicado en algún proceso productivo que tuviera lugar en el sector de telecomunicaciones o de radiodifusión, llevaría a reservar al Instituto el conocimiento de los mercados en donde aquél se produjera, transformara, distribuyera o comercializara, lo cual sería desconocer que su fortaleza institucional radica en su especialidad."

Del razonamiento se sostiene que el criterio sobre la permanencia de ciertos bienes o servicios en una cadena productiva es útil en un análisis para resolver un conflicto de competencias, pero no definitivo, ya que la decisión es caso por caso de acuerdo a la información con la que cuenten los Órganos Constitucionales Autónomos (OCA).

Por otra parte, se estima que es equivocado considerar que cualquier servicio o producto que para su comercialización utilice como insumo las redes de telecomunicaciones deba ser del conocimiento del IFT, sobre todo si los productos o servicios comercializados no forman parte del sector de las Telecomunicaciones y Radiodifusión, y se refieren a mercados en donde la Cofece resulta ser el órgano especializado para conocer y resolver. Tal es el caso de los servicios y productos que se comercializan por la Internet o por telefonía móvil y que se refieren a mercados diversos (servicios financieros, turísticos, venta de comida, ropa, muebles, etc., por citar solo algunos) por constituir una de las formas en las que los agentes económicos las pueden poner a disposición de los usuarios y clientes. Cuestiones que, se insiste, deben estudiarse considerando las especialidades de cada mercado.

"Las **actividades que pertenecen a los sectores de telecomunicaciones o radiodifusión** incluyen, entre otras, las siguientes:

i) a ix)"

En el listado que se proporciona en las fracciones i) a ix), en las que el IFT pretende especificar cuáles son las actividades que pertenecen a los sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión, deberían especificarse las disposiciones legales que así lo determinen expresamente en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR) o cualquier otra norma en la que se fundamente el ejercicio de esas facultades, para dar certeza de que efectivamente se está ante un caso que debe ser presentado, tramitado y resuelto ante el IFT.

En específico, se considera que son muy amplias y se alejan del ámbito competencial del IFT, las siguientes actividades descritas en el Anteproyecto de Guía:

a) Producción, venta y/o transmisión de aplicaciones y contenido

El texto del Anteproyecto literalmente señala:

"v) La producción, venta y/o transmisión de aplicaciones y contenido, a nivel nacional, regional o local, **que se transmiten** a través de frecuencias de radiodifusión o redes públicas de telecomunicaciones;"

Se considera que el texto debe decir que es hasta el momento en que se transmiten dichos contenidos, pues de acuerdo con la resolución del tres de marzo de dos mil diecisiete en el expediente relacionado con el conflicto competencial número 1/2017, se concluyó que conforme al artículo 2.2.3 de la LFTR no se advierten elementos suficientes para considerar que las facultades concedidas

al IFT en materia de contenidos audiovisuales en plataformas de radiodifusión y telecomunicaciones hagan necesario o aconsejable que también se le recomiende analizar una operación en relación con contenidos audiovisuales y productos creativos derivados de ellos, distribuidos fuera de esas plataformas. Ello aunado a que es por definición legal la Cofece quien tiene la especialidad técnica para conocer de ellos.

b) Provisión de servicios de tecnologías de la información y comunicación, así como centros de datos, prevista en la fracción ix).

De la lectura de los artículos 3, fracción XLIII, 9, fracción V, 15, fracción LII, 90, fracción II, 202, 218, fracción I y 219, fracción II de la LFTR, se considera que el Instituto sólo tiene facultades para promover el acceso a tecnologías de la información y comunicación (TIC), a verificar que el otorgamiento de una concesión contribuya a su libre acceso, o a establecer mecanismos para que sus procedimientos se tramiten a través de esas tecnologías, más no se encuentra facultado para regular dicha actividad. Por tal motivo, se estima que el IFT podría estar extralimitando el ejercicio de sus facultades al señalar que es competente para conocer y pronunciarse sobre la provisión de TIC, las cuales, además, pueden proveerse tanto fuera como dentro de las redes de telecomunicaciones.

En ese sentido, se considera que únicamente debería entenderse que el IFT podría conocer en el ámbito de su competencia, es decir, en lo relativo a los ámbitos de Telecomunicaciones y Radiodifusión, mas no así a ámbitos ajenos.

Por su parte, de la normativa correspondiente a la Secretaría de Educación Pública, se considera que quien tiene competencia en temas de TIC es la autoridad educativa federal, por lo que al no ser agentes económicos considerados como operadores y al no encontrarse en el ámbito de las Telecomunicaciones y Radiodifusión, se puede deducir que las determinaciones que pretendan tomar en materia de TIC o sus actividades no corresponden al IFT.

En cuanto a los centros de datos, se estima que no existe fundamento legal alguno por el que se determine que el IFT es competente para conocer de ese tipo de actividad económica. Sobre el particular se considera que la LFTR no establece que tal actividad sea parte del sector de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Finalmente, dicha sección establece:

*"Estos criterios son enunciativos y orientadores, que se desprenden tanto de la práctica decisoria del IFT como de las referencias provenientes de Tribunales Especializados, mismas que de ninguna manera **restringen la facultad de/ Pleno del IFT para fijar competencia atendiendo a las características particulares de cada caso.**"*

Al respecto, se considera que debería señalarse también que los criterios del Anteproyecto de Guía de ninguna manera restringen la facultad de la Cofece para declarar o reclamar su competencia en aquellas actividades en las que sea autoridad especializada para conocer y pronunciarse sobre la operación u operaciones notificadas.

- Sección 4.2, y subtítulo denominado "Precedente Judicial"

"(...) Los plazos previstos en la LFCE quedan suspendidos desde el inicio de cualquier procedimiento previsto en ese artículo hasta su resolución."

Por lo que hace a la suspensión del procedimiento de notificación de concentraciones a que se hace referencia en la sección 4.2 del Anteproyecto de Guía, se considera que la LFCE señala que la suspensión se declarará hasta que se determina su envío a los Tribunales Especializados, por lo que a juicio de esta autoridad los plazos siguen corriendo hasta que se actualiza dicho supuesto.

*"En 2015, se tramitó y resolvió **el primer y único - hasta ahora -** procedimiento para*

fijar competencia para conocer y resolver una concentración, en términos de lo previsto en el artículo 5 de la LFCE.

(...)

a) El ámbito competencial del IFT comprende la provisión de bienes necesarios o utilizados expresamente para el funcionamiento de redes de telecomunicaciones y los servicios conexos, y

b) Para fijar competencia, resulta aplicable un principio de especialidad, esto es, que el asunto exigía un conocimiento altamente técnico y especializado en el sector de telecomunicaciones y los diversos elementos que confluyen en el mismo, lo cual es propio del IFT, por virtud de las atribuciones que el Constituyente Permanente le otorgó cuando lo instituyó como órgano regulador de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión."

Se recomienda la inclusión de las dos determinaciones adoptadas hasta el momento en materia de resolución de conflictos competenciales y se estima que únicamente debería remitirse a su texto para evitar interpretaciones que pudieran alejarse de lo efectivamente resuelto.

Asimismo, se reitera que puede haber casos en los que la competencia de los OCA sea compartida por lo que cada uno deberá resolver en el ámbito de sus respectivas atribuciones."

En específico, en las páginas 38 y 39 de la resolución dictada en el conflicto competencial número 1/2017, se establece que la distribución de competencias no impide que los OCA puedan conocer de una misma operación en el ámbito de sus respectivas competencias; que aunque el IFT sea quien ejerce rectoría en Telecomunicaciones y Radiodifusión y sea autoridad en competencia económica en esos sectores, no implica que en todos los casos en que una operación involucra algunas actividades relacionadas con ese sector, deba conocer enteramente de ellas con exclusión de la Comisión, ya que ésta fue creada con el propósito de proteger el proceso de competencia y libre concurrencia y, por ende, se encuentra dentro de su especialidad y atribuciones analizar y decidir en todas las demás actividades ajenas a dicho sector, por lo que no se puede limitar el ejercicio de sus funciones en dichas actividades, pues para ello se requerirían razones excepcionales justificadas por parte del IFT.

En todo caso se insiste en que nada impide que ambos órganos realicen un diálogo colaborativo para la toma de decisiones.

Respuestas

1. Se toman en consideración los comentarios recibidos de la Cofece, mismos que se someterán a consideración del Pleno del Instituto y que, en su caso, permitirán realizar las precisiones y/o correcciones que resulten necesarias en el documento final de la Guía de Concentraciones.

El presente documento, se emite a manera de informe sobre los comentarios recibidos en la consulta pública del "Anteproyecto de guía para el control de concentraciones en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión" y en términos de lo dispuesto en el artículo 138, fracción II, de la LFCE.
