

Asunto: Se formulan comentarios al anteproyecto de Guía para el control de concentraciones en los sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Ciudad de México, a 15 de marzo de 2017

GEORGINA K. SANTIAGO GATICA

Titular de la Unidad de Competencia Económica

Instituto Federal de Telecomunicaciones

Presente

En respuesta a su oficio número IFT/226/UCE/035/2017 del 20 de febrero de 2017, por medio del cual el Instituto Federal de Telecomunicaciones (Instituto o IFT) solicitó a esta Comisión Federal de Competencia Económica (Comisión o Cofece) opinión sobre el anteproyecto de **“Guía para el control de concentraciones en los sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión”** (Anteproyecto de Guía), recibido en las oficinas de esta Comisión el 22 de ese mes, y con fundamento en los artículos 138, fracción I, de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE); 2, fracción VIII, 4, fracción IV, 18, 19 y 20, fracciones L y LVI, y 24, fracción XXII, del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica (Estatuto), me permito hacerle llegar nuestros comentarios al proyecto como sigue:

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,¹ 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

¹ La página 4 del Anteproyecto de Guía, literalmente señala: “El Instituto publica la Guía de Concentraciones que presenta información y orientación general no vinculante (...)

(...)

(...) 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.

(...)”

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 confluyan 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,² 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,³ 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.

² Véase la página 65 de la resolución emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado especializado el tres de marzo de dos mil diecisiete en el expediente relacionado con el conflicto competencial número 1/2017 publicada el seis de marzo siguiente que establece: “la decisión que este tribunal tomó en la ejecutoria que se examina derivó de un caso particular, en donde a falta de prueba convincente, se optó por el principio de especialidad; de lo que se sigue que, de ninguna manera puede entenderse que en todos los casos opere dicho principio, pues dada la complejidad de las concentraciones, el examen de los efectos que podría generar la operación con respecto a los otros mercados y agentes económicos relacionados, es una cuestión que debe examinarse caso por caso.”

³ Si bien es cierto que la resolución a que se refieren en el pie de página utiliza “elementos que confluyan” (pág. 35 de la resolución del conflicto competencial número 02/2015) puede resultar confuso.

En la misma resolución refiere, entre otros temas a “... el ámbito competencial del Instituto comprende la provisión de bienes que sean necesarios o utilizados expresamente para el funcionamiento de redes de telecomunicaciones y servicios conexos” y, de igual forma refiere a las fases en el proceso productivo.

Por lo anterior, sin la intención de ser limitativos se podrían manejar ejemplos.

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,⁴ 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”**⁵ 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.”*⁶

⁴ Que formó parte del análisis del conflicto competencial número 01/2017.

⁵ Así lo sostiene el artículo 61 de la LFCE al decir: “... no autorizará o, en su caso investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia respecto de **bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados**” [énfasis añadido]

Además en la página 47 de la resolución emitida por el H. Segundo Tribunal Colegiado especializado el tres de marzo de dos mil diecisiete en el expediente relacionado con el conflicto competencial número 1/2017, se señaló: “Finalmente, debe tenerse presente lo que sostuvo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión * en sesión de quince de mayo de dos mil, promovido por **, cuando dijo que: “para que un bien o servicio esté sustancialmente relacionado con otro es dable entender que exista entre ambos una correspondencia esencial que permita afirmar que la concentración operada respecto de un producto afecta o tiene relevancia para el otro, por los vínculos no accidentales existentes entre ambos”

⁶ Página 60 de la resolución del tres de marzo de dos mil diecisiete en el expediente relacionado con el conflicto competencial número 1/2017.

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 cuentan 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 223 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.⁷

- 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,⁸ 9, fracción V,⁹ 15, fracción LII,¹⁰ 90, fracción II,¹¹ 202,¹² 218, fracción I¹³ y 219, fracción II¹⁴ de la LFTR, se considera que el Instituto sólo tiene facultades para promover el acceso a tecnologías de la información y comunicación

⁷ Páginas 56 y siguientes de la mencionada resolución. En donde textualmente se señaló: "Como se observa, es exacto que el citado artículo 223, cuya aplicación corresponde al tribunal, regula contenidos audiovisuales, pero solo en tanto estos se distribuyan, programen o comercialicen en plataformas de radiodifusión o televisión y audio restringidos (STAR); pero evidentemente la norma no se ocupa de regular la distribución mayorista de contenidos audiovisuales en salas de cine u otros establecimientos, en formatos físicos y digitales, ni tampoco el licenciamiento de derechos de propiedad intelectual o de videojuegos, ni las demás actividades relacionadas con esos productos y publicaciones a que se ha hecho referencia."

⁸ "Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

XLIII Política de inclusión digital universal: Conjunto de programas y estrategias emitidos por el Ejecutivo Federal orientadas a brindar acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, incluyendo el Internet de banda ancha para toda la población, haciendo especial énfasis en sus sectores más vulnerables, con el propósito de cerrar la brecha digital existente entre individuos, hogares, empresas y áreas geográficas de distinto nivel socioeconómico, respecto a sus oportunidades de acceso a las tecnologías referidas y el uso que hacen de éstas;"

⁹ "Artículo 9. Corresponde a la Secretaría:

V. Coordinarse con el Instituto para promover, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, el acceso a las tecnologías de la información y comunicación y a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet, en condiciones de competencia efectiva;"

¹⁰ "Artículo 15. Para el ejercicio de sus atribuciones corresponde al Instituto:

LII. Establecer los mecanismos para que los procedimientos de su competencia, se puedan sustanciar por medio de las tecnologías de la información y comunicación;"

¹¹ "Artículo 90. Para el otorgamiento de las concesiones de radiodifusión para uso público y social, el Instituto deberá tomar en consideración:

II. Que su otorgamiento contribuya a la función social de los servicios públicos de radiodifusión y al ejercicio de los derechos humanos de libertad de expresión, a la información y al libre acceso a las tecnologías de la información y comunicación;

¹² "Artículo 202. El Ejecutivo Federal de conformidad con la Estrategia Digital Nacional y el Instituto, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluido Internet y de conformidad con los lineamientos que al efecto emitan."

¹³ "Artículo 218. Corresponde a la Secretaría de Educación Pública:

I. En los términos establecidos en las disposiciones que en materia de Estrategia Digital emita el Ejecutivo Federal, promover en coordinación con la Secretaría, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el sector de educación;"

¹⁴ "Artículo 219. Corresponde a la Secretaría de Salud:

II. En los términos establecidos en las disposiciones que en materia de Estrategia Digital emita el Ejecutivo Federal, promover, en coordinación con la Secretaría, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el sector salud;"

(TIC),¹⁵ 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 TIC¹⁶, 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,¹⁷ 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,¹⁸ 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.

¹⁵ De conformidad con el Acuerdo por el que se modifican las Políticas y Disposiciones para la Estrategia Digital Nacional, en Materia de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, y en la de Seguridad de la Información, así como el Manual Administrativo de Aplicación General en Dichas Materias, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de febrero de 2016 (Acuerdo de Modificaciones de TIC), por TIC se entiende “las tecnologías de información y comunicaciones que comprenden el equipo de cómputo, software y dispositivos de impresión que sean utilizados para almacenar, procesar, convertir, proteger, transferir y recuperar información, datos, voz, imágenes y video;”

¹⁶ De conformidad con el Acuerdo de Modificaciones de TIC, los activos de TIC se refieren a “los aplicativos de cómputo, bienes informáticos, soluciones tecnológicas, sus componentes, las bases de datos o archivos electrónicos y la información contenida en éstos” y la infraestructura de TIC se compone por “el hardware, software, redes e instalaciones requeridas para desarrollar, probar, proveer, monitorear, controlar y soportar los servicios de TIC;”

¹⁷ Véase la Ley General de Educación:

“Artículo 12.- Corresponden de manera exclusiva a la autoridad educativa federal las atribuciones siguientes:

V Ter.- Emitir los lineamientos generales para el uso responsable y seguro de las tecnologías de la información y la comunicación en el sistema educativo;”

“Artículo 14.- Adicionalmente a las atribuciones exclusivas a las que se refieren los artículos 12 y 13, corresponde a las autoridades educativas federal y locales de manera concurrente, las atribuciones siguientes:

X Bis.- Fomentar el uso responsable y seguro de las tecnologías de la información y la comunicación en el sistema educativo, para apoyar el aprendizaje de los estudiantes, ampliar sus competencias para la vida y favorecer su inserción en la sociedad del conocimiento;”

¹⁸ Definidos en el Acuerdo de Modificaciones de TIC como el lugar físico en los que se ubiquen los activos de TIC y desde el que se proveen servicios de TIC.

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 del 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.

Saludos cordiales,



Sergio López Rodríguez
Secretario Técnico