

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

UNIDAD DE POLÍTICA REGULATORIA

Insurgentes Sur #1143
Col. Noche Buena
Delegación Benito Juárez
CP. 03720, Ciudad de México

**Asunto: Se presentan comentarios al
“Anteproyecto de Lineamientos
para el Despliegue y Acceso y
Uso Compartido de
Infraestructura de
Telecomunicaciones y
Radiodifusión”**

LUIS RODRIGO VIVANCO LÓPEZ, representante legal de las empresas OPERBES, S.A. DE C.V., BESTPHONE, S.A. DE C.V., TV CABLE DE ORIENTE, S.A. DE C.V., CABLEMÁS TELECOMUNICACIONES, S.A. DE C.V., CABLE Y COMUNICACIÓN DE CAMPECHE, S.A. DE C.V., CABLEVISIÓN, S.A. DE C.V., CABLEVISIÓN RED, S.A. DE C.V. y TELE AZTECA, S.A. DE C.V. (en lo sucesivo “mis representadas”), personalidad que acredito con las escrituras públicas que se acompañan (anexos del 1 al 8), ante Usted con el debido respeto comparezco a exponer:

Que el día 10 de octubre de 2016 el Instituto publicó en su portal de internet <http://www.ift.org.mx/> el *Anteproyecto de Lineamientos para el Despliegue y Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones y Radiodifusión* (los “Lineamientos”), a efecto de que los interesados envíen comentarios y observaciones, y sobre el cual por medio de este escrito vengo a manifestar en nombre de mis representadas lo siguiente:

RESUMEN EJECUTIVO

Los Lineamientos buscan reglamentar el uso y acceso compartido y el despliegue de infraestructura en materia de telecomunicaciones previsto por la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (en lo sucesivo la "LFTR"), pero lo hacen contrario a diversas disposiciones de la LFTR. En efecto, los Lineamientos regulan la obligación de compartición de una forma mecánica y descontextualizada, aplicando un trato igualitario a todos los concesionarios y autorizados, pero sin atender a las circunstancias concretas del sector, caracterizadas por la existencia de un agente económico preponderante en el sector de las telecomunicaciones (en lo sucesivo el "AEP en telecomunicaciones"), por lo que fortalecerían su posición de dominio y desincentivarían la inversión en redes del resto de los operadores. Se reseñan a continuación sus principales falencias.

Primero, los Lineamientos desnaturalizan completamente la obligación de compartición que, de acuerdo a la LFTR, podrían llegar a tener aquellos concesionarios que no revisten la condición de agente económico preponderante, pues la intervención coactiva del Instituto en los específicos casos que la LFTR autoriza referidos a infraestructura esencial, en lugar de ser excepcional, podría fácilmente convertirse en la regla y extenderse a toda su infraestructura. Esto, como se verá, fortalece la posición de dominio del AEP en telecomunicaciones pues trae como consecuencia directa que la medida asimétrica de compartición impuesta a éste pase a ser "simétrica", pues, en la práctica, la obligación de compartición pesará sobre todos los operadores por igual. En efecto, los Lineamientos sirven para extender obligaciones forzosas de compartición sobre cualquier infraestructura de los concesionarios –y no sólo la verdaderamente esencial– en tanto que: (i) no fomentan ni incentivan la celebración de acuerdos libres entre los concesionarios, por lo que se someterán a decisión del Instituto Federal de Telecomunicaciones (en lo sucesivo e indistintamente el "IFT" o el "Instituto") discusiones sobre casi cualquier infraestructura, con el riesgo cierto y serio de que se establezcan obligaciones de compartición fuera de los casos

previstos por la LFTR, (ii) utilizan conceptos amplios e imprecisos de las condiciones que conducen a que el Instituto pueda intervenir coactivamente sin pautas claras, y (iii) no establecen procedimientos de tramitación de desacuerdos ante el Instituto con plazos idóneos, pues los utilizados no permitirán evaluar las cuestiones técnicas y complejas relativas a compleja definición sobre el carácter de facilidad esencial de la infraestructura, aumentando así el riesgo de que se obligue a compartir infraestructura que no es verdaderamente esencial.

De igual modo, esta naturalización de la intervención forzosa también frustraría, de forma general, el preciso equilibrio del sistema que la LFTR impuso en materia de regulación y competencia económica. La LFTR adoptó un régimen mixto de intervención en el mercado de telecomunicaciones: (a) por un lado, un régimen regulatorio sustancialmente *ex ante* y coyuntural sobre el AEP en telecomunicaciones, hasta tanto éste deje de tener su posición preponderante y de poder sustancial de mercado; y, (b) por otro lado, un régimen estructural sustancialmente de competencia económica, con intervenciones *ex post* del Instituto, aplicable a la generalidad de los operadores. Los Lineamientos alteran ese sistema por ambos lados: (a) por un lado, neutralizan la eficacia del enfoque regulatorio *ex ante* sobre el AEP en telecomunicaciones, pues lo tornan igualitario y simétrico (y, en los hechos, más beneficioso para el AEP en telecomunicaciones que para el resto), haciendo peligrar la eficacia de las medidas asimétricas y la necesaria reducción de la preponderancia del AEP en telecomunicaciones; y (b) por otro lado, desnaturalizan la eficacia del enfoque de competencia económica *ex post*, pues –como se explica ampliamente a continuación– normalizan la intervención excepcional del Instituto, al establecer reglas sustanciales y procedimentales que tienden a favorecer y expandir su actuación más allá de lo previsto por la LFTR.

Segundo, los Lineamientos, al imponer un régimen de compartición y despliegue igualitario para operadores profundamente desiguales, favorecen de forma más que proporcional al AEP en telecomunicaciones fortaleciendo su posición de dominio, neutralizan medidas asimétricas, desincentivan la competencia en redes y frustran los objetivos de la LFTR. En efecto, a pesar de

que deben buscar formalmente favorecer la competencia y poner en un pie de igualdad a los distintos competidores, los Lineamientos generan el efecto contrario: al aplicarse por igual a todos los operadores, (a) implicarían neutralizar los efectos positivos que puedan generar las medidas de preponderancia impuestas sobre el AEP en telecomunicaciones, pues en los hechos las extienden al resto de los competidores y así las privan de toda utilidad, (b) favorecerían más al AEP en el sector de las telecomunicaciones por sus economías de escala y mejor posición económica y financiera y (c) frustrarían el sistema implementado por la LFTR en materia de regulación y competencia económica en el mercado de telecomunicaciones. Por ende, los Lineamientos no deben ser aprobados en la medida en que el AEP en telecomunicaciones mantenga su posición preponderante en los mercados de telecomunicaciones y sean necesarias tales medidas de regulación asimétrica de conformidad con la LFTR.

Tercero, los Lineamientos, además de imponer obligaciones de despliegue y uso y acceso compartido de forma igualitaria a operadores regulados de modo asimétrico por la LFTR, neutralizan los efectos de las medidas asimétricas vigentes, e imponen una irrazonable carga regulatoria extra de obligaciones no previstas en la LFTR. Estas obligaciones no son irrelevantes, pues implican costos adicionales para los competidores del AEP en telecomunicaciones. Así, los Lineamientos, en su conjunto, desincentivan la inversión y el desarrollo de infraestructura y, con ello, la competencia contra el AEP en telecomunicaciones.

En este sentido, los Lineamientos, en materia de uso y acceso compartido, obligan al titular de infraestructura a (i) absorber el costo de la reubicación de las instalaciones cuando ello sea necesario para atender las solicitudes de acceso (artículo 14); (ii) dar un preaviso de al menos 90 días naturales para remover o modificar elementos de infraestructura compartidos (artículo 15); (iii) dar preavisos de entre 120 y 270 días naturales para reacomodar o reubicar ciertos elementos de infraestructura (artículo 16); y (iv) registrar los Convenios de Acceso, no pudiendo reclamar confidencialidad sobre la información sobre los precios de uso compartido (artículos 19-20). Y, en materia de despliegue, los Lineamientos: (a) prohíben al titular de infraestructura interrumpir siquiera parcialmente la

prestación de servicios aun cuando ello sea necesario para poder desplegar, operar o mantener la infraestructura (artículo 32); (b) obligan al titular de infraestructura a hacer públicos sus planes de despliegue y, en su caso, a tener que aceptar la intervención de terceros “interesados en despliegue” para desarrollar conjuntamente la obra civil (sin que se aclare en qué consiste jurídicamente ese “desarrollo conjunto” ni cuáles son las pautas para la negociación en cuestión y eventualmente distribuir los costos) (artículo 42); y (c) obligan al titular de infraestructura a desarrollar, a su propia cuenta, capacidad de más a la que pretenda y sea rentable (“capacidad adicionada”) a efectos de permitir eventuales comparticiones (artículos 44 y siguientes); en otras palabras, obligan a desarrollar inversiones no rentables. Todo esto genera una suerte de regulación paralela (y aún más gravosa) a las medidas asimétricas impuestas al AEP en telecomunicaciones, pero esta vez impuestas al resto de los operadores, tratando igual a los desiguales.

Cuarto, los Lineamientos imponen obligaciones mayores a las previstas en la LFTR. En este sentido, imponen (a) una prohibición arbitraria e injustificable de convenios en exclusividad aún en casos en que no se trate de infraestructura esencial irremplazable, (b) restricciones adicionales en materia de despliegue y compartición, y (c) una obligación de informar el “Plan Anual de Despliegue”. Nada de ello tiene origen legal en la LFTR ni en ninguna otra norma de tal jerarquía o superior. En consecuencia, los Lineamientos incurren en un “exceso regulatorio”, pues imponen mayores obligaciones y cargas que las previstas en la LFTR. En este sentido los Lineamientos –en tanto se incluyen dentro del género de “reglamentos” emitidos por la Administración– están sujetos a ciertos principios constitucionales básicos, como son: (a) su finalidad instrumental, es decir, buscan facilitar la aplicación de la ley, detallándola, en la medida en que las normas reglamentarias sólo tienen vida y sentido de derecho en tanto deriven de una norma legal a la que reglamentan en la esfera administrativa; y (b) la primacía de la ley: las disposiciones reglamentarias no pueden modificar la ley que reglamentan.

Quinto, los Lineamientos señalan disposiciones que, en la actualidad, no existen, como son los lineamientos del Sistema Nacional de Información de Infraestructura (Lineamientos SNII), lo cual impide conocer de antemano las reales obligaciones que surgirán de aquéllos. Adviértase que los Lineamientos del SNII no se encuentran vigentes, motivo por el cual el Instituto introduce el artículo Cuarto Transitorio en los Lineamientos. En efecto, el Instituto recientemente ha sometido a consulta pública un anteproyecto de los lineamientos del SNII, motivo por el cual no es posible conocer aún su texto definitivo.

Y *sexto*, los Lineamientos no establecen garantías de confidencialidad de la información otorgada. La preocupación del legislador por que los datos que se aportan al Instituto se mantengan en confidencialidad es más que evidente. En efecto, basta una simple lectura del artículo 181 de la LFTR –que regula concretamente el SNII– para asegurar que el Instituto garantice la confidencialidad de los datos. Pero los Lineamientos no establecen las garantías mínimas de confidencialidad para la información, tanto relativa la infraestructura existente y futura como a los convenios de acceso y estructuras de precios vigentes–nuevamente, respecto de agentes que no son preponderantes y que carecen de poder sustancial de mercado, es decir, todos los operadores–.

Por todas estas razones, los Lineamientos no contribuyen a los objetivos perseguidos por la Constitución, la LFTR y las Medidas de Preponderancia relativos al desarrollo de una competencia real y efectiva en el sector de telecomunicaciones, que garantice una mejor tutela de los derechos e intereses de los consumidores.

1 LOS LINEAMIENTOS CONDUCEN A QUE SE COMPARTA TODA LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS QUE NO REVISTEN LA CONDICIÓN DE AGENTE ECONÓMICO PREPONDERANTE

Conforme se verá a continuación, los Lineamientos desnaturalizan completamente la obligación de compartición que, de acuerdo a la LFTR, podrían

llegar a tener aquellos concesionarios que no revisten la condición de AEP en telecomunicaciones, pues la intervención del Instituto en los casos que la LFTR autoriza referidos a infraestructura esencial, en lugar de ser excepcional, podría fácilmente convertirse en la regla y extenderse a toda su infraestructura. Esto, como se verá en capítulos siguientes, trae como consecuencia directa que la medida asimétrica de compartición impuesta al AEP en telecomunicaciones pase a ser “simétrica”, pues, en la práctica, la obligación de compartición de infraestructura se aplicará a todos los operadores por igual.

De igual modo, y como se explicará en mayor detalle, la intervención forzosa a prácticamente cualquier infraestructura de los concesionarios –y no solamente la verdaderamente esencial– también impediría, de forma general, el equilibrio del sistema que la LFTR impuso en materia de regulación y competencia económica. La LFTR adoptó un régimen mixto de intervención en el mercado de telecomunicaciones: (a) por un lado, un régimen regulatorio sustancialmente *ex ante* y coyuntural sobre el AEP en telecomunicaciones, hasta tanto éste deje de tener su posición preponderante y de poder sustancial de mercado; y, (b) por otro lado, un régimen estructural sustancialmente de competencia económica, con intervenciones *ex post* del Instituto, aplicable a la generalidad de los operadores.

Ahora bien, los Lineamientos tienen efectos modificatorios ese sistema por ambos lados: (a) por un lado, neutralizan la eficacia del enfoque regulatorio *ex ante* sobre el AEP en telecomunicaciones, pues se convierte en igualitario y simétrico (siendo más beneficioso para el AEP en telecomunicaciones que para el resto), haciendo peligrar la eficacia de las medidas asimétricas y la necesaria reducción de la preponderancia del AEP en telecomunicaciones; y (b) por otro lado, desvirtúan la eficacia del enfoque de competencia económica *ex post*, pues – como se explica ampliamente a continuación– normalizan la intervención excepcional del Instituto, al establecer reglas sustanciales y procedimentales que tienden a favorecer y expandir su actuación más allá de lo previsto por la LFTR.

Así, los Lineamientos hacen poner en riesgo la eficacia de ambos elementos –regulatorio y de competencia económica– de la LFTR.

Al respecto, el artículo 139 de la LFTR es claro: en materia de compartición de infraestructura, el principio es que los concesionarios deberán libremente celebrar acuerdos –circunstancia que el Instituto debería fomentar y los Lineamientos no hacen–, y sólo puede dicho organismo imponer una obligación de compartición en casos sumamente específicos y excepcionales en los que se cumplan las siguientes condiciones: (a) las partes no lleguen a un acuerdo, (b) se trate de infraestructura esencial para la prestación del servicio, (c) no existan otros sustitutos, y (d) exista capacidad de compartición.

En resumen, el esquema previsto por la LFTR es por un lado fomentar la compartición libre como regla, y por otro, para casos completamente excepcionales, para los que deben cumplirse complejas y severas condiciones, obligar a la compartición de todos los operadores.

Sin embargo, como se explicará a continuación, los Lineamientos hacen exactamente lo contrario: sirven para extender obligaciones forzosas de compartición sobre cualquier infraestructura de los concesionarios –y no solo la verdaderamente esencial– en tanto que: **(i)** no fomentan ni incentivan la voluntad de las partes, por lo que se someterán a decisión del IFT discusiones sobre cualquier infraestructura, con el riesgo de que se establezcan obligaciones de compartición fuera de los casos previstos por la LFTR, **(ii)** utilizan conceptos amplios e imprecisos de las condiciones que conducen a que el Instituto pueda intervenir coactivamente sin pautas claras, **(iii)** no establecen procedimientos de tramitación de desacuerdos ante el Instituto con plazos idóneos, pues los utilizados no permitirán evaluar las cuestiones técnicas y complejas relativas a la compartición y despliegue de infraestructura y aumentan el riesgo de que se obligue a compartir infraestructura que no es esencial.

1.1 Los Lineamientos serán utilizados para establecer obligaciones forzosas de compartición de un modo indiscriminado, pues justamente evitan que se celebren acuerdos libres entre los concesionarios.

Por un lado, y a pesar de que la LFTR faculta al Instituto adoptar medidas que fomenten acuerdos para evitar su intervención forzosa y mantener el carácter excepcional de la compartición de infraestructura de los concesionarios que no revisten la condición de agente económico preponderante, los Lineamientos no contienen ningún tipo de política que fomente la celebración de acuerdos. No se prevé un procedimiento adecuado para solventar diferencias, ni un incentivo económico o de ningún otro tipo a quienes alcancen acuerdos.

Existen diversas políticas de incentivo que el Instituto podría pretender implementar en lugar de buscar establecer obligaciones forzosas de compartición, pues los beneficios de que prevalezca la voluntad de las partes son sustancialmente superiores a la imposición de obligaciones. Un ejemplo de ello es lo que sucede en los municipios en relación a las estructura de soporte de antenas, en un ejemplo gráfico, que:

“El sistema de incentivos funciona así: supongamos que las empresas de telefonía celular A y B poseen, en el barrio X, una Estructura de Soporte de Antena cada una. El tributo es \$ 10 por Estructura de Soporte de Antena, por lo que ambas empresas pagan mensualmente esa cifra. Surge a simple vista que existen incentivos para que una de ellas desmantele su Estructura de Soporte de Antena para llevar sus antenas a la Estructura de Soporte de Antena de la otra empresa, a fin de pagar sólo \$ 5 (una sola Estructura de Soporte de Antena: \$ 10, dividido dos empresas: \$ 5). Veamos por el contrario, qué sucede si el tributo es por antena. Supongamos que cada Estructura de Soporte de Antena posee sólo dos antenas, y cada una tributa \$ 5. Así, veremos que cada empresa paga \$ 10. Si una de ellas desmantela una de las Estructura de Soporte de Antena e instala sus dos antenas en la Estructura de Soporte de Antena de la otra empresa, también pagará \$ 10, igual que su anfitriona, puesto que el tributo es por las antenas, independientemente de la Estructura de

Soporte de Antena de la que penden. Así, no existe incentivo para el uso conjunto.”¹

Por lo anterior, se advierte ante todo que los Lineamientos no establecen el cumplimiento ni ejecutan la facultad otorgada al Instituto por el artículo 139 de la LFTR en materia de fomento de los acuerdos de acceso, pues no generan incentivo alguno para la compartición libre, sino que transforman la regla (compartición libre) en excepción y la excepción (la compartición forzosa) en regla.

De este modo, los Lineamientos favorecen la actuación del Instituto que debiera ser excepcional para prácticamente cualquier caso, con un riesgo importante de que se establezcan obligaciones forzosas de compartición sobre cualquier infraestructura.

1.2 La imprecisión de los Lineamientos llevará a que se impongan obligaciones forzosas de compartición sobre cualquier elemento de infraestructura de los concesionarios

Toda vez que no fomentan el acuerdo libre de voluntades –lo que evitaría que se impusiera una obligación forzosa de compartición sobre infraestructura que no debería ser compartida coactivamente–, los Lineamientos establecen condiciones sustanciales y procesales que favorecen la intervención forzosa del Instituto, con el riesgo de que se terminen estableciendo obligaciones de compartición sobre cualquier elemento de infraestructura. En efecto, los Lineamientos utilizan un lenguaje sumamente amplio e impreciso que no contribuye a los fines que el Instituto debiera estar persiguiendo, es decir, desincentiva la celebración de acuerdos libres de compartición y aumentar la discrecionalidad del Instituto para poder imponer obligaciones de compartición como la LFTR manda. Esto se advierte tanto respecto de la “buena fe” que debe observarse en las negociaciones sobre el acceso, como en la noción de “infraestructura esencial” que habilita la intervención del Instituto.

¹ E. RUSSELL – E. SEGURA; “Sobre el derecho a la extensión de redes de telecomunicaciones y sus límites – con especial referencia a la telefonía móvil”, *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento de Derecho Administrativo, 2005..

1.2.1 Los Lineamientos permiten que, fácilmente, un concesionario provoque su intervención forzosa, con el riesgo de extender la obligación de compartición a cualquier infraestructura de un competidor

Según el Artículo 10 de los Lineamientos:

"El uso compartido de los elementos de infraestructura podrá realizarse bajo dos modalidades:

- I. Por acuerdo entre las partes, y
- II. Mediante resolución emitida por el Instituto –que considera que los elementos de infraestructura solicitados sean esenciales para la prestación del servicio, no existan sustitutos y exista capacidad para dicha compartición– una vez que haya vencido el periodo de negociación de sesenta (60) días naturales sin acuerdo entre las partes y el interesado presente un desacuerdo conforme a lo establecido en el Artículo 139 de la LFTR y el procedimiento del Artículo 129 de dicha ley."

De la transcripción anterior se advierte la facilidad con la que podría darse la situación prevista en la fracción II del artículo 10, provocando la intervención del Instituto: simplemente no llegando a un acuerdo sobre cualquier punto referido a la compartición, ya sea el precio, el plazo, el modo, u otro mucho más irrelevante. Un desacuerdo iniciado por el solicitante abriría las puertas a una compartición forzosa. Esta circunstancia, sumada a la discrecionalidad para determinar qué infraestructura es "esencial" y al procedimiento propuesto para dilucidar dicho extremo –como se explicará luego–, no hacen más que extender la obligación de compartición a prácticamente cualquier elemento de infraestructura. Desde luego, esto parece un corolario de la falta de incentivos a la compartición libre: como los Lineamientos no poseen absolutamente ningún tipo de incentivo, se pretende balancear dicha carencia con un sistema forzoso, propio de un operador incumbente.

En consecuencia bastará con un concesionario que pretende acceder a la infraestructura de otro concesionario tome una postura inflexible en cualquier punto del contrato para provocar la intervención del Instituto, y es posible que esto ocurra aún existiendo buena fe por parte del propietario de la infraestructura.

Ahora bien, se advierte que los Lineamientos no proveen pauta clara para determinar y evitar aquellos casos que probablemente ocurran y debieran preocupar al Instituto, es decir, aquellas situaciones en las que el concesionario que quiere acceder a la infraestructura de otro voluntariamente evita llegar a un acuerdo para así forzar la intervención del Instituto cuando lo crea conveniente a sus intereses, pues difícilmente se le requieran condiciones mayores a las que el propio competidor le exige.

En este sentido, si bien es claro que las partes debieran actuar “de buena fe”, lo cierto es que ello no siempre ocurre. Sobran ejemplos con el AEP en el sector de las telecomunicaciones, que constantemente “descubre” o “inventa” comportamientos que desgastan, encarecen y perjudican a los demás concesionarios para evitar el acceso a sus redes. es preciso mencionar que el Instituto tenga presente la necesidad de buena fe en los concesionarios entrantes y no haga nada para evitar la mala fe característica de los incumbentes, en este caso el AEP en el sector de las telecomunicaciones.

Por lo anterior, el artículo 9 de los Lineamientos, pareciera que el Instituto estuviera regulando al AEP en telecomunicaciones, describiendo actitudes típicas de este:

[...] Las partes tienen el derecho y la correspondiente obligación de adelantar de buena fe –es decir, actuando conforme a derecho de manera honesta, diligente y correcta que excluye toda intención maliciosa– la celebración y ejecución de acuerdos. Se tendrá como indicio en contra de la buena fe la demora injustificada y la obstrucción de las negociaciones tendientes a lograr acuerdos, así como el entorpecimiento, por acción o por omisión, de su celebración, de su ejecución, de la aplicación de actos de fijación de condiciones, así como de los otros actos expedidos por el Instituto. En particular, no se deberá:

- a) Obstruir o retrasar las negociaciones ni la resolución de disputas;
- b) Rehusarse a proveer información relevante para un acuerdo incluyendo aquella necesaria para identificar elementos de infraestructura, así como datos sobre costos;
- c) Rehusarse a designar a un representante para llevar a cabo compromisos vinculantes.”

En similar sentido, el artículo 29 indica que:

“[...] Las partes tienen el derecho y la correspondiente obligación de actuar conforme a derecho de manera honesta, diligente y correcta excluyendo toda intención maliciosa. Se tendrá como indicio en contra de la buena fe la demora injustificada y la obstrucción de las negociaciones tendientes a lograr acuerdos, así como el entorpecimiento, por acción o por omisión, de su celebración, de su ejecución, de la aplicación de actos de fijación de condiciones, así como de los otros actos expedidos por el Instituto [...]”

De la transcripción anterior, se desprende que esta clase de conductas dilatorias (demoras, negociación de mala fe) son propias del AEP en telecomunicaciones y de los operadores dominantes en los mercados de telecomunicaciones, y no del resto de los operadores.

Si bien todas las partes debieran negociar de buena fe, los Lineamientos no introducen una herramienta útil para evitar comportamientos en contrario que sólo tengan como finalidad generar la actuación compulsiva del Instituto y extender las obligaciones de compartición más allá de los términos previstos en la LFTR ¿Cuándo una actuación es “honesta”? ¿Cuándo es “diligente”? ¿Cuándo es “maliciosa”? Todos estos son conceptos jurídicos indeterminados cuya verificación queda a exclusivo arbitrio del Instituto, sin brindarse una pauta clara que permita identificar cuándo una partes impide intencionalmente la contratación para provocar la actuación forzosa del Instituto y una posible declaración de compartición obligatoria, evitando así llegar a un acuerdo con el concesionario a cuya infraestructura se quiere acceder.

Por otra parte: ¿cuándo una demora es injustificada y cuándo es justificada? O peor aún: ¿cuándo hay demora? ¿cuando pasa una semana, dos semanas, un mes sin que las partes lleguen a un acuerdo? ¿Se obstruyen las negociaciones por no alcanzar un acuerdo en relación, por ejemplo, al precio? No hay ninguna pauta clara en los Lineamientos que permita presumir a qué conductas y supuestos se refieren, ni que pueda servir como una herramienta para evitar que estas situaciones efectivamente ocurran.

1.2.2 Los Lineamientos no respetan la excepcionalidad con que debe declararse como “esencial” a la infraestructura de los concesionarios que no revisten la condición de agentes económicos preponderantes

La imprecisión de la definición de lo que debe considerarse como infraestructura “esencial” no hace más que considerar a toda la infraestructura de los concesionarios como sujeta a la obligación de compartición, convirtiendo la obligación asimétrica que pesa sobre el AEP en simétrica, como se explicará más adelante.

Los Lineamientos definen dicho concepto en el artículo 3, fracción XII, de la siguiente manera: “*Aquella infraestructura cuya reproducción no es viable desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro agente económico, además de que resulta indispensable para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones y radiodifusión y no tiene sustitutos cercanos*”; y luego en el artículo 21 se encargan de aclarar que el listado de infraestructura esencial es de mero carácter “*enunciativo*”.

Debe recordarse que la doctrina de las facilidades esenciales se ha desarrollado en relación a las facilidades del monopolista. La experiencia de los Estados Unidos es sumamente ilustrativa al respecto:

“Para resolver el segundo de los temas planteados, [esto es, si se aplica, y en qué condiciones, la doctrina de las instalaciones esenciales] la Corte [Suprema de los Estados Unidos, en el caso *MCI Communications*] estimó que un activo debe considerarse instalación esencial, y por tanto debe permitirse el acceso a quien lo solicite, si se cumplen las siguientes condiciones del posteriormente llamado “test de las *essential facilities*”:

- Que exista un control del bien o recurso **por parte del monopolista;**
- Que los competidores no tengan posibilidad de duplicar el bien o recurso a un costo razonable;
- Que se haya negado a un competidor el acceso al bien o recurso; y
- Que exista factibilidad de ofrecimiento del bien o recurso a los competidores.

La jurisprudencia posterior ha permitido explicar con mayor claridad algunos de los puntos antes detallados. Así, con respecto al

primer elemento se ha considerado que **el tribunal encargado del caso deberá definir con precisión el mercado relevante a fin de determinar si la empresa tiene poder monopólico o no.** En relación al segundo elemento, la empresa que busca acceso debe demostrar que no existe alternativa y que el insumo es esencial **para competir con el monopolista.** El tercer elemento no sólo implica la negación directa del acceso, sino que también comprende el acceso otorgado en condiciones abusivas o discriminatoras. Finalmente, para la evaluación del cuarto elemento se deben tomar en cuenta argumentos que justifican la negación del acceso, como la carencia de viabilidad física (por ejemplo, las limitaciones de capacidad) o el deterioro en la calidad del servicio brindado por el titular del bien o recurso.”²

En efecto, la doctrina de las facilidades esenciales está diseñadas y es razonable de ser aplicada únicamente a los monopolistas o agentes dominantes. Así se ha dicho, por ejemplo:

“La doctrina de las facilidades esenciales se aplica tradicionalmente a industrias de red en las que un abuso de posición dominante *upstream* conlleva el riesgo de impedir la competencia *downstream* y/o extender el poder de mercado a un mercado adyacente o *downstream* al denegar el acceso a un insumo esencial necesario para la provisión competitiva de servicios a usuarios finales.”³

En el mismo sentido, autora señala que *“cuando se aplica al sector de telecomunicaciones, el alcance de la doctrina de las facilidades esenciales está limitado a problemas de competencia que no son atendidos por la regulación específica del sector o bien cuando ésta no ha podido solucionar una falla de mercado”*⁴. Por ello, la doctrina de las facilidades esenciales es *“una excepción a la libertad comercial de las compañías dominantes para competir agresivamente*

² C. E. GONZÁLEZ – P. ARRIARÁN, *¿Puede mejorarse el procedimiento de declaración de instalaciones esenciales? Herramientas aplicables en el marco de la regulación inteligente*, Universidad de Salamanca, 2013, p. 11-12. Énfasis agregado.

³ M. STOYANOVA, *Competition Problems in Liberalized Telecommunications. Regulatory Solutions to Promote Effective Competition*, Wolters Kluwer, The Netherlands, p. 84. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: “The essential facilities doctrine is traditionally applied to network industries where an abuse of dominance upstream risks preventing downstream competition and/or extension of the market power in an adjacent or downstream market by refusing access to an essential input needed for the competitive provision of services to end-users”.

⁴ M. STOYANOVA, *Competition Problems in Liberalized Telecommunications. Regulatory Solutions to Promote Effective Competition*, Wolters Kluwer, The Netherlands, p. 85. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: “when applied to the electronic communications sector, the scope of application of the essential facilities doctrine is limited to competition problems that are not addressed by sector-specific regulation or the latter has failed to bring relief to a market failure”.

en los mercados, y en cuanto tal se aplica sólo cuando la competencia downstream es posible, y cuando ésta es posible sólo si se otorga el acceso a la facilidad”⁵.

Asimismo, se ha dicho que:

“La doctrina de las facilidades esenciales, que fue discutida inicialmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *United States v. Terminal Railroad Association* en 1912, plantea que “un monopolista puede ganar una ventaja competitiva injusta en un mercado relacionado al denegar a sus competidores el derecho a acceder a un recurso requerido para desarrollar una competencia efectiva en ese mercado”. La doctrina de las facilidades esenciales solicita que los monopolistas otorguen a los competidores el acceso a las facilidades esenciales “bajo unos términos justos y razonables [...]”⁶.

En el caso de los Lineamientos, el Instituto no se está refiriendo a facilidades esenciales del monopolista, sino de simples concesionarios sin poder sustancial. Esto es en extremo peligroso para la competencia, porque se trata de una fuerte restricción al derecho de propiedad que exclusivamente para el agente con poder sustancial. En el caso de que se aplique a operadores sin poder sustancial, ameritaría que las exigencias expuestas por la jurisprudencia estadounidense debieran extremarse, pues esta medida no hace más que debilitar la posición de aquellos concesionarios que no poseen poder sustancial, y, por el contrario fortalecen la posición del AEP en telecomunicaciones.

⁵ M. STOYANOVA, *Competition Problems in Liberalized Telecommunications. Regulatory Solutions to Promote Effective Competition*, Wolters Kluwer, The Netherlands, p. 97-98. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: “It is an exception to the commercial freedom of dominant companies to compete aggressively but on the merits and as such ‘applies when only “downstream” competition is possible, and when that is possible only if access to the facility is given [...]”.

⁶ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Telecom Antitrust Handbook* (2005), ABA Publishing, Illinois, 2005. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: “The essential facilities doctrine, which was first discussed by the Supreme Court in *United States v. Terminal Railroad Association* in 1912, posits that “a monopolist can gain an unfair competitive advantage in a related market by denying its competitors the right to access a resource required to engage in effective competition in that market.” The essential facilities doctrine calls for monopolists to grant competitors access to essential facilities [...]”.

1.3 Los procedimientos establecidos dificultan determinar con precisión cuándo debe imponerse una obligación forzosa de compartición, lo que lleva a que se pueda imponer en prácticamente cualquier caso

El Instituto pretende aplicar un procedimiento que en modo alguno puede servir para dilucidar, adecuadamente, si efectivamente debe o no compartirse determinada infraestructura, si efectivamente dicha infraestructura es o no esencial.

En efecto, los plazos previstos son no son razonables, ya que el IFT pretende aplicar el procedimiento previsto para los desacuerdos en materia de interconexión de redes, que ya ha sido declarada facilidad esencial lo que implica que no debe hacerse procedimiento alguno para declararla como tal.

En ese sentido, el artículo 10 de los Lineamientos indica que sería aplicable el procedimiento previsto en el artículo 129 de la LFTR. Similar referencia se encuentra en los artículos 11.1, 25 y 26.

Ahora bien, el artículo 129 de la LFTR prevé un mecanismo de resolución de desacuerdos en materia de interconexión, que – repetimos – ya ha sido declarada como insumo esencial. Sin embargo, el Instituto pretende que se aplique el mismo procedimiento, cuyos plazos breves se justifican justamente en que ya ha sido declarado insumo esencial.

En efecto, como explica la literatura en la materia, la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales requiere de un minucioso análisis técnico, caso por caso, en los distintos aspectos legales, contables, económicos y financieros, para determinar (a) el mercado relevante, (b) la existencia de posición dominante y (c) el carácter esencial de la infraestructura involucrada⁷. ¿Puede razonablemente pretenderse que en un plazo de cinco días hábiles se realice la defensa y se ofrezcan las pruebas que estime pertinentes, cuando pueden ser de una complejidad técnica notable? Peor aún: ¿puede pretenderse que en un plazo

⁷ Cfr., en este sentido, M. STOYANOVA, *Competition Problems in Liberalized Telecommunications. Regulatory Solutions to Promote Effective Competition*, Wolters Kluwer, The Netherlands, p. 98-109.

de dos días hábiles se formulen los alegatos cuando la prueba puede versar sobre aspectos sumamente complejos y tener una extensión prácticamente inmanejable? Claro que no. Pero al Instituto esto pareciera no importarle, porque en definitiva la brevedad de los plazos no hace más que permitir la intervención forzosa de dicho organismo y fijar la obligación de compartir respecto de cualquier infraestructura que el Instituto desee, y no solo la esencial.

Nuevamente: como no se regula de modo alguno los acuerdos libres de compartición, se pretende compensar esta falla con comparticiones forzosas, cuando en rigor, la compartición forzosa es propia del operador incumbente, y no del entrante.

En este sentido, no puede olvidarse el impacto que tiene la declaración de una facilidad como esencial y, consecuentemente, la imposición de la obligación de compartición. El determinar que una facilidad es esencial y por ello debe compartirse no puede decidirse adecuadamente en el marco del procedimiento establecido por los Lineamientos. En ese sentido, se ha dicho que:

“Con dicha propuesta se busca que la calificación de un bien o recurso como instalación esencial no sea una decisión que se tome de forma improvisada o carente de análisis, si no que ésta sea producto de un procedimiento de evaluación *ex ante* respecto a la necesidad de realizar dicha declaración, las alternativas existentes y los alcances de la misma. A partir de ello, el procedimiento que finalmente elabore la autoridad competente se verá enriquecido con la incorporación de una etapa de análisis – principalmente económico - de las medidas que podrán ser implementadas, y un proceso de comunicación continua y transparente entre la Administración Pública y las partes afectadas y/o interesadas; consensuado, pero sin que deje de lado los objetivos regulatorios que se pretenden conseguir mediante dicha declaración.

Para su mejor entendimiento, se debe partir de la premisa que la declaración de un bien o recurso como facilidad instalación no es ni debe ser considerada *a priori* como la única medida que pueda ser adoptada por la autoridad competente para la consecución de los objetivos regulatorios que se haya propuesto. La realidad exige que su adopción deba ser consecuencia de un procedimiento participativo en el que se

hayan evaluado, y cuantificado de ser posible, todos los beneficios y costes que tal declaración genera.”⁸

2 LOS LINEAMIENTOS, AL IMPONER UN RÉGIMEN DE COMPARTICIÓN Y DESPLIEGUE IGUALITARIO, FAVORECEN DE FORMA MÁS QUE PROPORCIONAL AL AGENTE ECONÓMICO PREPONDERANTE EN TELECOMUNICACIONES, NEUTRALIZAN MEDIDAS ASIMÉTRICAS Y FRUSTRAN LOS OBJETIVOS DE LA LFTR

Los Lineamientos deben buscar favorecer la competencia, generan el efecto contrario: al no incentivar los acuerdos libres y permitirle al AEP en telecomunicaciones forzar el acceso, uso y despliegue compartido de la infraestructura de sus competidores, y por efecto justamente de esa preponderancia, lo favorecen de forma desigual. Más aún, neutralizan los efectos de las medidas asimétricas existentes en la materia y así frustran los objetivos mismos de la LFTR. Por ende, los Lineamientos no deben ser aprobados en la medida en que el AEP en telecomunicaciones mantenga su posición preponderante en el mercado de telecomunicaciones y sean necesarias tales medidas de regulación asimétrica de conformidad con la LFTR.

Como se explica a continuación, **(i)** el AEP en telecomunicaciones está sujeto actualmente a obligaciones asimétricas en materia de despliegue y acceso y uso compartido de infraestructura, **(ii)** a diferencia de los demás operadores, quienes están sujetos al régimen de competencia económica y a una intervención excepcional posterior por el Instituto. Sin embargo, los Lineamientos, al aplicarse por igual a todos los operadores, **(iii)** implicarían neutralizar los efectos positivos que puedan generar las medidas de preponderancia impuestas sobre el AEP en telecomunicaciones, pues en los hechos las extienden al resto de los competidores y así impiden su utilidad, **(iv)** favorecerían más al AEP en telecomunicaciones por sus economías de escala y mejor posición económica y

⁸ C. E. GONZÁLEZ – P. ARRIARÁN, *¿Puede mejorarse el procedimiento de declaración de instalaciones esenciales? Herramientas aplicables en el marco de la regulación inteligente*, Universidad de Salamanca, 2013, p. 44. Énfasis agregado.

financiera y (v) frustrarían el marco jurídico establecido en la LFTR en materia de regulación y competencia económica en el mercado de telecomunicaciones.

Los Lineamientos, lejos de favorecer la competencia (uno de sus objetivos, conforme a su artículo séptimo) estarían fortaleciendo aún más al AEP en telecomunicaciones, y por tanto, perjudicando la competencia económica. Por ende, los Lineamientos no deben ser aprobados en sus términos, pues las obligaciones asimétricas deben mantenerse hasta tanto existan condiciones efectivas de competencia y el AEP en telecomunicaciones no posea poder sustancial de mercado.

2.1 El AEP en telecomunicaciones está sujeto actualmente a obligaciones asimétricas en materia de despliegue y acceso y uso compartido de infraestructura

De forma preliminar, cabe recordar que la obligación de compartir infraestructura es una obligación de los operadores incumbentes, quien en la actualidad se encuentra regulado asimétricamente en materia de despliegue y acceso y uso compartido de infraestructura. En este sentido, el artículo 138 de la LFTR, al regular las obligaciones *específicas* del AEP en telecomunicaciones establece:

“El agente económico preponderante en el sector de las telecomunicaciones o con poder sustancial **estará sujeto a las siguientes obligaciones específicas:**

[...]

V. **Celebrar acuerdos para compartición de sitios de coubicación y uso compartido de infraestructura;**

VI. **Permitir la compartición de los derechos de vía [...]**”

Asimismo, la LFTR otorga al Instituto facultades para establecer regulaciones asimétricas adicionales sobre el AEP en telecomunicaciones en materia de compartición y despliegue de infraestructura. En efecto, el artículo 262 de la LFTR dispone que el Instituto, respecto del AEP en telecomunicaciones, *“impondrá las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la*

*libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales, e incluirán en lo aplicable, las relacionadas con [...] acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en **tarifas e infraestructuras de red** [...].*

Además, su artículo 267 dispone que el Instituto podrá imponer al AEP en telecomunicaciones la obligación de:

“I. Someter anualmente a la aprobación del Instituto las ofertas públicas de referencia para los servicios de: [...] c) **compartición de infraestructura pasiva** [...];

XVI. Abstenerse de establecer **barreras técnicas o de cualquier naturaleza**, que impidan el establecimiento de infraestructura de telecomunicaciones o el suministro de servicios de telecomunicaciones de otros concesionarios con redes públicas de telecomunicaciones;”

También el artículo 269 permite al Instituto obligar al AEP en telecomunicaciones a:

“I. Permitir a otros concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones el **acceso de manera desagregada a elementos, infraestructuras de carácter activo y pasivo**, servicios, capacidades y funciones de sus redes sobre tarifas individuales no discriminatorias que no excedan de aquellas fijadas por el Instituto. El acceso deberá otorgarse al menos, en los mismos términos y condiciones que se ofrece a sí mismo, sus filiales o subsidiarias u otras empresas del mismo grupo de interés económico. Para efectos de lo anterior se considerarán elementos de la red pública de telecomunicaciones local, las centrales de cualquier tipo y jerarquía, radio-bases, equipos, sistemas maestros, sistemas de prueba, el acceso a funcionalidades de la red y los demás elementos de red que sean necesarios para que la prestación de los servicios se proporcione, al menos, en la misma forma y términos en que lo hace el agente económico preponderante [...].”

Más aún, en ejercicio de tales atribuciones, el Instituto, al declarar la preponderancia del Grupo Económico América Móvil (GEAM) en telecomunicaciones el 6 de marzo de 2014 (Acuerdo P/IFT/EXT/060314/76; “Declaración de Preponderancia”), le impuso obligaciones de despliegue, uso y acceso compartido en (a) las “Medidas relacionadas con información, oferta y calidad de servicios, acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructura de red,

incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural al agente económico preponderante en los servicios de telecomunicaciones móviles” (en adelante, “Medidas Móviles”), aprobadas como Anexo I a la Declaración de Preponderancia, y (b) las “Medidas relacionadas con información, oferta y calidad de servicios, acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructura de red, incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural al agente económico preponderante en los servicios de telecomunicaciones fijos” (en adelante, “Medidas Fijas”) , aprobadas como Anexo II a la Declaración de Preponderancia.

En este sentido, las Medidas Móviles y las Medidas Fijas dispusieron:

“El Agente Económico Preponderante deberá permitir a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones el **Acceso y Uso Compartido de Infraestructura Pasiva que posea bajo cualquier título legal.**

Dicha infraestructura deberá estar disponible a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones sobre **bases no discriminatorias considerando las condiciones ofrecidas a sus propias operaciones.** El Agente Económico Preponderante **no** deberá otorgar el uso o aprovechamiento de dichos bienes con derechos de **exclusividad.**”⁹

Asimismo, dispusieron que el AEP en telecomunicaciones debe presentar, para aprobación del Instituto, su Oferta de Referencia de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura Pasiva¹⁰, y que dentro de los 15 días que le sea solicitado el acceso debe suscribir un Convenio para el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura Pasiva¹¹. También determinaron que, en caso de falta de acuerdo sobre las tarifas, el Instituto “*determinará mediante una metodología costos incrementales promedio de largo plazo, las mencionadas tarifas deberán de*

⁹ Medidas Móviles, Medida Decimoquinta; Medidas Fijas, Medida Vigésima Tercera.

¹⁰ Cfr. Medidas Móviles, Medida Decimosexta; Medidas Fijas, Medida Cuadragésima Primera.

¹¹ Cfr. Medidas Móviles, Medida Decimoséptima; Medidas Fijas, Medida Cuadragésima Tercera.

ofrecerse en términos no discriminatorios, y podrá diferenciarse por zonas geográficas”¹².

Como se ve de las normas citadas, en materia de regulación de precios, el AEP en telecomunicaciones está sujeto a un régimen de costos, esto es, los precios que debe cobrar a los entrantes por el acceso deben fijarse en función de los costos propios del AEP en telecomunicaciones (“costos incrementales promedio de largo plazo”) y “considerando las condiciones ofrecidas a sus propias operaciones”. Como se explica más adelante, este régimen de determinación de precios en base a costos es únicamente justificable respecto del AEP en telecomunicaciones y no puede ni debe ser legítimamente extendido al resto de los operadores. En efecto, la “ausencia de competencia permite distinguir dos tipos de reglas aplicables en función del ámbito subjetivo: por un lado, los operadores dominantes, que se rigen por los principios de transparencia y orientación a costes, y, por otro, el resto de competidores, sometidos a las genéricas potestades de intervención sobre los acuerdos privados”¹³.

Además, en materia de despliegue de infraestructura, las Medidas Móviles y las Medidas Fijas dispusieron que:

“Cuando el Agente Económico Preponderante realice nueva obra civil, que requiera permisos de autoridades federales, estatales o municipales, éste deberá notificar a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, previo al inicio de los trabajos respectivos, a través del Sistema Electrónico de Gestión, con la finalidad de que puedan solicitar la instalación de su propia infraestructura en dicha obra civil”¹⁴.

Por lo anterior, el AEP en telecomunicaciones actualmente se encuentra sometido a una regulación asimétrica en materia de acceso, uso y despliegue compartido de infraestructura, según la cual está obligado a permitir tanto el acceso y uso compartido de su infraestructura como el despliegue conjunto de infraestructura a favor de los demás concesionarios, permisionarios y autorizados.

¹² Medidas Móviles, Medida Sexagésima Segunda; Medidas Fijas, Medida Trigésima Novena.

¹³ J. CUBERO MARCOS, *Régimen jurídico de la obligación de interconexión de redes en el sector de las telecomunicaciones*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, p. 161.

¹⁴ Medidas Móviles, Medida Trigésima; Medidas Fijas, Medida Vigésima Cuarta.

La regulación asimétrica impuesta al AEP en telecomunicaciones para otorgar el acceso a la infraestructura es absolutamente necesaria para poder desarrollar competencia en el sector. En este sentido, se ha dicho que “la regulación asimétrica del precio de acceso es un poderoso instrumento de política que beneficia a los entrantes y los consumidores”¹⁵. Ello así, porque “la denegación de acceso, o bien el acceso otorgado en términos antieconómicos, es perjudicial tanto para el surgimiento de una competencia sostenible en el mercado a nivel minorista como para los intereses de los usuarios finales”¹⁶.

Además, cabe destacar que esta regulación asimétrica impuesta por la LFTR y las medidas del Instituto tiene fundamento Constitucional. El Instituto, en efecto, ha sido creado con la finalidad de regular el sector de las telecomunicaciones, y no puede olvidarse que dichas regulaciones deben favorecer la competencia en el sector. Al existir un AEP en telecomunicaciones, si no se emiten regulaciones adecuadas que tengan esto en cuenta, podría continuar seriamente afectada la competencia y, en consecuencia, el desarrollo de las telecomunicaciones en México, lo que, en conjunto, no hace más que perjudicar los intereses y derechos de los consumidores. En el marco de dicha labor, es esencial el dictado e implementación de eficaces medidas asimétricas sobre el AEP en telecomunicaciones, de modo de permitir el desarrollo de una efectiva competencia y de reducir su poder sustancial de mercado.

En este sentido, el artículo 28 Constitucional dispone que:

“El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará de forma

¹⁵ P. DE BIJL, M. PEITZ, "New Competition in Telecommunications Markets: Regulatory Pricing Principles" (2002), CESifo WP No. 678(9). Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: "asymmetric access price regulation is a powerful policy instrument that benefits the entrant and consumers".

¹⁶ M. STOYANOVA, *Competition Problems in Liberalized Telecommunications. Regulatory Solutions to Promote Effective Competition*, Wolters Kluwer, The Netherlands, p. 49. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: "denial of access or access provided at uneconomical terms is detrimental either to the 'emergence of a sustainable competitive market at the retail level' or hurts end users' interests".

asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia; impondrá límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenará la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites, garantizando lo dispuesto en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución (énfasis añadido).”

Ahora bien, este mandato constitucional, así como las distintas medidas asimétricas mencionadas, son contravenidos por los Lineamientos. Los Lineamientos, al establecer con igual alcance para todos los concesionarios y autorizados obligaciones de compartición neutralizarían todo efecto útil de las medidas asimétricas existentes, además que en los hechos favorecerían de forma desigual al AEP en telecomunicaciones, a quien su posición económica preponderante le permite multiplicar los beneficios y disminuir los costos de forma más que proporcional que sus competidores.

2.2 Los Lineamientos harían que las Medidas al aplicarse por igual a todos los operadores, favorecen más al AEP en telecomunicaciones por sus economías de escala y mejor posición económica y financiera

Los Lineamientos harían de las medidas asimétricas se neutralizarán lo que sería perjudicial para el mercado de telecomunicaciones, pues tendría un impacto regulatorio desigual favoreciendo, injustificadamente y por razones de escala económica al AEP en telecomunicaciones. Los Lineamientos al aplicarse a todos por igual, dadas sus economías de escala y mejor posición económica y financiera del AEP le permitirán reducir los costos y multiplicar exponencialmente los beneficios del régimen de despliegue y acceso y uso compartido establecido por los Lineamientos.

Como ya se explicó, los Lineamientos no distinguen en el trato otorgado al AEP en telecomunicaciones y a los demás concesionarios y autorizados. Por el contrario, simplemente se limitan a reglamentar de forma literal, mecánica y descontextualizada el Capítulo IV (De la Compartición de Infraestructura) del Título

Quinto (De las Redes y los Servicios de Telecomunicaciones) de la LFTR, aplicando un trato igualitario que no atiende a las circunstancias concretas del sector, caracterizadas por la existencia de un agente económico preponderante y la insuficiencia económica de sus competidores para poder afrontar estas obligaciones y costos adicionales.

Al respecto, es cierto que otorgar un trato igualitario tendría sentido y estaría económica y legalmente justificado si los concesionarios, permisionarios y autorizados titulares de infraestructura fuesen iguales entre sí en lo que respecta a los objetivos de la LFTR; esto es, si estuviesen en igualdad de condiciones entre ellos y existiesen condiciones de competencia efectiva en los términos del artículo 262, párrafo 3, de la LFTR. Pero ello no es así: como es sabido, el Grupo Económico América Móvil (GEAM) fue declarado AEP en telecomunicaciones el 6 de marzo de 2014 y continúa siéndolo a la fecha. Por lo que el AEP en telecomunicaciones tiene que estar sujeto a la regulación asimétrica que establezca el Instituto, de forma coyuntural hasta tanto se logren tales condiciones de competencia efectiva.

Ahora bien, de aprobarse estos Lineamientos, el Instituto no sólo no estaría imponiendo la regulación asimétrica sobre el AEP en telecomunicaciones que exige la LFTR, sino que también estaría favoreciendo de forma más que proporcional al AEP en telecomunicaciones *vis à vis* los demás concesionarios. De este modo, bien podría decirse que los Lineamientos tendrían la paradoja de ser asimétricos pero en sentido inverso: resultarían, en términos relativos, más beneficiosos y menos costosos para el AEP en telecomunicaciones que para el resto de los concesionarios.

En efecto, esta última constatación surge del análisis económico de los costos y beneficios que generarían los Lineamientos respecto del AEP en telecomunicaciones y respecto de sus competidores. Y es que, por un lado, el costo que los Lineamientos imponen en lo que respecta al cumplimiento de las diversas obligaciones regulatorias es más fácil de costear para el AEP en telecomunicaciones que para sus competidores. El AEP en telecomunicaciones

puede aprovechar sus innegables economías de escala (reconocidas por el mismo Instituto) para afrontar los costos que implicaría compartir su propia infraestructura con sus competidores, y al mismo tiempo para multiplicar los beneficios que obtendría al poder acceder a la infraestructura de estos últimos.

Al respecto, es una conclusión consolidada en la ciencia económica que, debido a las economías de escala que permiten reducir el costo unitario de las regulaciones, éstas son menos gravosas para las firmas de mayor envergadura y preponderancia. En este sentido, por ejemplo, el profesor C. Steven BRADFORD, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nebraska en los Estados Unidos, comentando los estudios empíricos en la materia, destaca que:

“los estudios disponibles involucran distintos tipos de datos y diversas metodologías, y la mayoría de ellos apunta en la dirección que tanto el sentido común como la teoría económica predicen. Cumulativamente, estos estudios sustentan tres conclusiones empíricas generales:

(1) Para muchas regulaciones, hay economías de escala en cuanto al cumplimiento regulatorio (*regulatory compliance*). Una relación inversa existe entre el tamaño de una firma regulada y el “costo por unidad de cumplimiento” (*per-unit cost of compliance*).

(2) Las economías de escala parecen deberse primariamente a los costos fijos, pero también, en ciertos casos, a economías en los costos variables del cumplimiento regulatorio.

(3) Las economías de escala parecen persistir con el paso del tiempo. No son costos de transición temporarios creados por el ajuste de las firmas a la nueva regulación.”¹⁷

En consecuencia, a la luz de estudios empíricos y de la teoría económica, el profesor BRADFORD concluye que:

¹⁷ C. S. BRADFORD, “Does size matter? An economic analysis of small business exemptions from regulation”, *The Journal of Small & Emerging Business Law*, Vol. 8:1, disponible online en <https://www.sec.gov/info/smallbus/acsec/bradford-doessizematter.pdf>. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: “But the available studies involve several different types of data and several different methodologies, and most of those studies point in the direction that both common sense and economic theory predict. Cumulatively, these studies support three general, empirical conclusions: (1) For many regulations, there are economies of scale in regulatory compliance. An inverse relationship exists between the size of a regulated firm and the per-unit cost of compliance. (2) The economies of scale appear to be due primarily to fixed costs, but also, in some cases, to economies in the variable costs of regulatory compliance. (3) The economies of scale appear to persist over time. They are not shortrun transition costs created by firms adjusting to new regulation”.

“la aplicación uniforme de requisitos regulatorios, sin eximir a las firmas pequeñas, otorga una ventaja competitiva a las firmas más grandes, las que tienen un costo por unidad de cumplimiento menor debido a economías de escala. Esto incrementa el tamaño de la firma que puede sobrevivir, y saca del mercado a firmas más pequeñas y marginales. Además, los costos incrementados sobre firmas pequeñas resultando de economías de escala elevarán las barreras de entrada y eliminarán la competencia potencial, en la que confiamos muy fuertemente para poder tener los precios en línea.”¹⁸

Las causas por las cuales se verifican tales economías de escala en las empresas grandes (y en particular en el AEP en telecomunicaciones) son variadas, e incluyen las que se derivan de gastos de capital, de conocimiento e interpretación de la regulación (por ejemplo, abogados, contadores), de reporte y de contabilidad, e incluso de gastos variables. En este sentido, la declaratoria de preponderancia de GEAM sostuvo que *“el sector de telecomunicaciones se caracteriza por unas importantes economías de escala, alcance y densidad que implican que los operadores entrantes afronten unos costos medios unitarios mayores que los operadores que cuentan con una escala de operación más grande”* (p. 896).

Por otro lado, el beneficio otorgado por los Lineamientos (a saber, tener acceso a la infraestructura de sus competidores y poder imponerles así costos adicionales) favorece más al AEP en telecomunicaciones que al resto. En efecto, el AEP cuenta con mayores recursos que los entrantes (tecnologías, derechos intelectuales, financiamiento, derechos contractuales, etcétera) para aprovechar las oportunidades generadas por el acceso a la infraestructura, así como para imponer barreras y aplicar sus políticas de incumplimientos extendidos para evitar ilegalmente la competencia. Esto pondría al AEP en telecomunicaciones en una posición sustancialmente muy superior a la de sus competidores, lo que le

¹⁸ C. S. BRADFORD, “Does size matter? An economic analysis of small business exemptions from regulation”, *The Journal of Small & Emerging Business Law*, Vol. 8:1, disponible online en <https://www.sec.gov/info/smallbus/acsec/bradford-doessizematter.pdf>. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: “Uniform application of regulatory requirements, without small business exemptions, gives a competitive advantage to larger firms, which have a lower per-unit compliance cost due to economies of scale.126 This increases the size of firm that can survive,127 and drives smaller, marginal firms out of business.128 In addition, the increased costs to small firms resulting from economies of scale will raise barriers to entry and eliminate the potential competition on which we rely so heavily to keep prices in line”.

permitiría restringir, por vías legales o incluso ilegales, la competencia en el mercado de telecomunicaciones.

En este sentido, el profesor BRADFORD señala que:

“Casi toda la regulación gubernamental parece producir beneficios que varían con el tamaño [de la conducta regulada]. La medida relevante de tamaño varía de una a otra regulación. Puede ser el número de empleados para la legislación de salarios y horas de trabajo, el monto en dólares de un título valor para la regulación de los títulos valores, o la producción de una fábrica para controles medioambientales. Pero la conclusión es la misma. **El beneficio total de una regulación gubernamental es una función directa de alguna medida del tamaño de la conducta regulada.**”¹⁹

De este modo, queda claro entonces que los Lineamientos resultarían, en términos relativos, más beneficiosos y menos costosos para el AEP en telecomunicaciones que para el resto de sus competidores. Sus economías de escala y su mejor posición económica y financiera le permiten, respectivamente, reducir los costos unitarios generados por los Lineamientos y multiplicar exponencialmente los beneficios derivados de la compartición forzosa. Por ello los Lineamientos tienen un impacto asimétrico pero en sentido inverso al querido por la LFTR: paradójicamente favorecen a quien se encuentra en una posición preponderante que por mandato constitucional debe ser reducida.

Que la regulación establecida de forma uniforme sobre firmas grandes y pequeñas termina favoreciendo más que proporcionalmente a las primeras, ha sido reconocido incluso por sus mismos actores. En este sentido, Lloyd BLANKFEIN, CEO de Goldman Sachs, sostuvo en una entrevista en 2015 que:

“es muy difícil para entrantes de afuera ingresar e irrumpir con nuestro negocio, simplemente porque estamos tan regulados. Se suele escuchar a las personas en nuestra industria hablar sobre la

¹⁹ C. S. BRADFORD, “Does size matter? An economic analysis of small business exemptions from regulation”, *The Journal of Small & Emerging Business Law*, Vol. 8:1, disponible online en <https://www.sec.gov/info/smallbus/acsec/bradford-doessizematter.pdf>. Énfasis añadido. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: “Almost all government regulation appears to produce benefits that vary with size. The relevant measure of size will vary from one regulation to another. It may be the number of employees for wage and hour legislation, the dollar amount of a securities offering for securities regulation, or the output of a factory for environmental controls. But the conclusion is the same. The total benefit of government regulation is a direct function of some measure of the size of the regulated conduct”.

regulación. Y hablan con una queja sobre ella: mira las cargas de regulación. Pero en ciertos casos la **regulación gravosa actúa como una especie de fosa de seguridad para nuestro negocio.**²⁰

Así, esta regulación uniforme con efectos más perjudiciales sobre las concesionarios entrantes actúa como una barrera de entrada regulatoria. En efecto, las barreras de entrada a un mercado suelen dividirse en naturales (debidas a las propias características tecnológicas de la industria, tales como los costos hundidos de las inversiones en infraestructura²¹), estratégicas (debidas a las prácticas de las empresas para impedir o dificultar la entrada²²) y legales²³. Estas últimas son las que provienen de regulaciones estatales de acceso al mercado, sea en forma directa, tales como un régimen de licencias, o indirecta, tales como impuestos, trámites, permisos administrativos, normativas técnicas impuestas a determinadas actividades e incluso el "riesgo regulatorio"²⁴. Tal sería el caso de los Lineamientos sometidos a consulta los cuales elevarían por vía regulatoria, y de forma desproporcionada, los costos de los concesionarios entrantes, obligándolos a someterse a la amplia intervención del Instituto fijando las condiciones de acceso y a difundir sus planes de despliegue de infraestructura, disminuyendo así la competencia y favoreciendo al AEP en telecomunicaciones. Cabe recordar que, desde el punto de vista de la teoría económica, no es menor la importancia asignada a la libertad de entrada:

"En definitiva, la competencia que supone la libertad de entrada de empresas al mercado hace que el precio caiga, el producto total

²⁰ Business Insider, "Lloyd Blankfein: It's going to be 'very hard' to disrupt Goldman Sachs because it's so heavily regulated", 20 de mayo de 2015, disponible en <http://www.businessinsider.com/goldman-launches-podcast-on-itunes-2015-5>. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: "it's very hard for outside entrants to come in, disrupt our business, simply because we're so regulated. You'll hear people in our industry talk about the regulation. And they talk about it, you know, with a sigh: Look at the burdens of regulation. But in some cases, the burdensome regulation acts as a bit of a moat around our business".

²¹ Cfr. J. MONTERO PASCUAL, *Competencia en las Comunicaciones Móviles*, Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, pág. 94.

²² Cfr. J. PETITBO, en la obra *Anuario de la Competencia, 2003*, dirigida por L. CASES, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 203

²³ Cfr. E. RUSSELL, "Regulación de la telefonía celular y derecho de defensa de la competencia", publicado el 3 de mayo de 2006 en el Suplemento de Derecho Administrativo de *Jurisprudencia Argentina*.

²⁴ Cfr. G. ARIÑO ORTIZ y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA - MORATO, *La competencia en sectores regulados – regulación empresarial y mercado de empresas*, Comares, Granada, 2003, pág. 118

aumente y el beneficio de cada empresa disminuya (...) Por tanto, podemos decir que la competencia empuja al mercado hacia la eficiencia en el sentido de que se produce lo más barato posible.”²⁵

Por ende, los Lineamientos como están propuestos no favorecen a los concesionarios distintos al AEP en telecomunicaciones o con poder sustancial de mercado.

2.3 El Instituto, mediante los Lineamientos, tiene una facultad discrecional y no reglamentada de fijar los precios para operadores no preponderantes, lo que desincentiva la extensión de redes de los operadores sin poder sustancial

Finalmente, a todo lo expuesto debe agregarse también que la fijación de precios del acceso por el Instituto, que otorgan amplia y liberalmente los Lineamientos, conlleva un elevadísimo riesgo de, sea por exceso o por defecto, distorsionar los incentivos para invertir en infraestructura. En efecto, si los precios son excesivos, se desincentiva el acceso, y si son insuficientes, se desincentiva la inversión en infraestructura de todos los operadores. En este sentido, se ha dicho que “la imposición específica de condiciones económicas y técnicas en el acceso a redes ajenas provoca desinversión en la red propiedad del operador histórico, y puede provocar la entrada de operadores ineficientes, disminuir los incentivos a la inversión e innovación, e incluso poner en riesgo el mantenimiento de las redes establecidas”²⁶.

Asimismo, se ha señalado, en materia de imposición de acceso indirecto en el mercado de telecomunicaciones móviles, que:

“La introducción del acceso indirecto, por imposición de las autoridades reguladoras si no puede ser alcanzado mediante acuerdos comerciales [...] puede igualmente suponer un importante desincentivo para la

²⁵ C. CUERVO - ARANJO MARTÍNEZ y J. TRUJILLO DEL VALLE, *Introducción a la Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 1992.

²⁶ E. RUSSELL, “Portabilidad numérica y operador móvil con frecuencias arrendadas: mecanismos regulatorios para lograr la plena competencia en telefonía celular”, *La Ley, Sup. Act.*, 28/09/2010, Buenos Aires.

inversión en redes. El precio a satisfacer por los operadores alternativos por la interconexión en acceso se convierte, una vez más, en la clave."²⁷

En efecto:

"El principal y más evidente riesgo es el de desincentivar las inversiones presentes y futuras en redes de telefonía fija. Es evidente que si se proporciona acceso a dichas redes a otros operadores para la prestación de servicios a través de las mismas, la inversión en dichas redes pierde atractivo para los operadores que actualmente se encargan de su explotación [...].

[E]l precio de acceso a las redes es la clave para evaluar el efecto desincentivador de la inversión en redes móviles."²⁸

Reiterando esta idea pero en materia del ingreso de Operadores Móviles Virtuales (OMVs) en el mercado de telecomunicaciones, señala el autor citado que:

"si bien es innegable que el ingreso de OMV incrementaría el dinamismo en el mercado de servicios móviles, es también cierto que una intervención pública agresiva para la implementación del modelo podría reducir las inversiones en el mercado de redes móviles.

Al igual que hemos descrito cuando tratamos la introducción de la facilidad de selección de operador, el ingreso al mercado de ORMV podría desincentivar las inversiones presentes y futuras en redes, especialmente si el precio impuesto por los reguladores por el arrendamiento de sus redes es reducido y no permite la obtención de unos beneficios suficientes."²⁹

Este riesgo sólo tiene sentido asumirlo en el caso del AEP en telecomunicaciones, pues declarar obligatorio el acceso a sus redes es un obligación ineludible para el regulador, porque de no hacerlo, simplemente no habrá jamás competencia efectiva. Por otro lado, al incumbente por sus economías de escala y posición financiera se le reduciría el impacto real que tal riesgo pueda tener en sus incentivos.

Pero no debe correrse este riesgo, y menos de forma tan ligera como lo hacen los Lineamientos, cuando se trata de operadores entrantes que no poseen

²⁷ J. MONTERO PASCUAL, *Competencia en las comunicaciones móviles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 164.

²⁸ J. MONTERO PASCUAL, *Competencia en las comunicaciones móviles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 176.

²⁹ J. MONTERO PASCUAL, *Competencia en las comunicaciones móviles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 177-178.

una red que fue monopólica y por tanto no gozan de una posición de dominio, y que poseen márgenes de rentabilidad acotados, por lo que un mínimo error en la fijación de la tarifa podría dejarlos fuera del mercado. En este sentido, se ha afirmado que:

“El establecimiento de los precios de las instalaciones compartidas debería lanzar a los actores del mercado las señales económicas idóneas y ayudar, por tanto, a éstos a tomar decisiones comerciales razonables de “construcción o compra” (esto es, determinar si es más razonable desde el punto de vista comercial utilizar las propias instalaciones o arrendar las existentes). Por otra parte, si bien la fijación de precios tendría que ofrecer los incentivos adecuados para invertir en infraestructura (un rendimiento razonable de la inversión), pero no debería oponerse artificialmente a la entrada de nuevos actores. Debería prevalecer el establecimiento de precios comercialmente negociados, excepto en caso en que exista poder de mercado.”³⁰

Por todo lo expuesto, se puede advertir que los Lineamientos propuestos no son acorde a la facultad del Instituto de acuerdo a la LFTR en materia de compartición de infraestructura de concesionarios que no revisten la condición de agente económico con poder sustancial de mercado, pues no fomentan la celebración de acuerdos y normalizan la intervención excepcional forzosa del Instituto.

2.4 Los Lineamientos contravendrían el sistema implementado por la LFTR en materia de regulación y competencia económica en el mercado de telecomunicaciones

Consecuencia de lo expuesto es que los Lineamientos también contravendrían, de forma general, el preciso equilibrio del sistema que la LFTR impuso en materia de regulación y competencia económica. Como ya se explicó, la LFTR adoptó un régimen mixto de intervención en el mercado de telecomunicaciones: (a) por un lado, un régimen regulatorio sustancialmente ex

³⁰ INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, “Directrices sobre prácticas idóneas para diseñar estrategias innovadoras de compartición de infraestructura encaminadas a promover un acceso asequible en favor de todos”, disponible en https://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/GSR/GSR08/PDF/GSRguidelines08_S.pdf (consultado el 16 de noviembre de 2016).

ante y coyuntural sobre el AEP en telecomunicaciones, hasta tanto éste deje de tener su posición preponderante y poder sustancial de mercado; y, (b) por otro lado, un régimen estructural sustancialmente de competencia económica, con intervenciones *ex post* del Instituto, aplicable a la generalidad de los operadores.

Ahora bien, como ya se señaló, los Lineamientos alteran ese sistema por ambos lados: (a) por un lado, neutralizan la eficacia del enfoque regulatorio *ex ante* sobre el AEP en telecomunicaciones, pues lo tornan igualitario y simétrico (y, en los hechos, más beneficioso para el AEP en telecomunicaciones que para el resto), haciendo peligrar las medidas asimétricas y la necesaria reducción de la preponderancia del AEP; y (b) por otro lado, desnaturalizan la eficacia del enfoque de competencia económica *ex post*, pues –como se explica ampliamente en otra parte de este escrito– normalizan la intervención excepcional del Instituto, al establecer reglas sustanciales y procedimentales que tienden a favorecer y expandir su intervención más allá de lo previsto por la LFTR.

2.5 Conclusión: Los Lineamientos no deben ser aprobados en los términos propuestos, pues las obligaciones asimétricas deben mantenerse hasta tanto existan condiciones efectivas de competencia y el AEP en telecomunicaciones no posea poder sustancial de mercado

Por lo anteriormente expuesto los Lineamientos no deben ser aprobados. Por el contrario, dado que el mercado de telecomunicaciones es actualmente asimétrico (porque el AEP en telecomunicaciones cuenta con una situación sumamente ventajosa en términos de capital, participación de mercado, información, recursos, etcétera), la regulación en esta materia debe también ser asimétrica y no igual para todos, so pena de agravar la situación preexistente y dejar sin efecto real las medidas asimétricas adoptadas y alterar el régimen de la LFTR. Aplicar una misma regulación para situaciones sustancialmente diversas puede ser tan irrazonable y discriminatorio como aplicar regulaciones diversas a situaciones iguales. En este sentido, el profesor Martin PEITZ, de la Universidad de

Mannheim, Alemania, señala en su análisis sobre la regulación asimétrica que *“el regulador debería fijar precios de acceso asimétricos de modo tal que únicamente los entrantes disfrutaran un sobreprecio de acceso. Esto tiene dos efectos positivos en la competencia: es más probable que un entrante potencial ingrese al mercado y, debido a la entrada, la competencia es más intensa”*³¹.

Lo antes mencionado es plenamente aplicable a la materia en cuestión, a saber, el despliegue y acceso y uso compartido de la infraestructura relevante. Son únicamente los entrantes, y no el AEP en telecomunicaciones, quienes deberían gozar de los beneficios dados por el régimen de despliegue, acceso y uso compartido, de modo tal de incentivar el ingreso al mercado y con él la competencia. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD por sus siglas en inglés) sostuvo hace unos años, respecto del caso mexicano, que *“en presencia de operadores dominantes, la aplicación de remedios asimétricos es apropiada y puede actuar para promover la competencia al restringir el poder de mercado del operador dominante, que de otro modo sería utilizado para restringir la entrada y la competencia”*³².

Es cierto que la LFTR en el Capítulo IV (De la Compartición de Infraestructura) de su Título Quinto (De las Redes y los Servicios de Telecomunicaciones) contempla expresamente, y sin distinciones entre el AEP en telecomunicaciones y el resto de los operadores, el acceso y uso compartido de la infraestructura esencial y el Instituto debe promover que los concesionarios formalicen el acceso y uso compartido de la infraestructura. Pero ello es así porque se trata de una de las regulaciones generales impuestas a la industria,

³¹ Martin Peitz, “Asymmetric access price regulation in telecommunications markets”, *European Economic Review* 49(2):341-358, febrero de 2005, disponible en <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.196.2987&rep=rep1&type=pdf>.

Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: “the regulator should set asymmetric access prices such that only the entrant enjoys an access markup. This has two positive effects on competition: a potential entrant is more likely to enter and, given entry, competition is more intense”.

³² OECD, “OECD Review of Telecommunication Policy and Regulation in Mexico”, enero de 2012, disponible en <https://www.oecd.org/sti/broadband/50550219.pdf>. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: “In the presence of dominant operators, the application of asymmetrical remedies is appropriate and can act to promote competition by restraining the dominant operator’s market power, which would otherwise be used to constrain entry and competition”.

prevista para todas las circunstancias y todos los concesionarios; en cambio, es posteriormente que la LFTR, en su Título Décimo Segundo, establece la política de regulación asimétrica coyuntural a aplicar en la situación actual y en la medida en que existan agentes económicos preponderantes en la industria o con poder sustancial de mercado. La LFTR otorgue facultades de intervención *ex post* al Instituto en caso de falta de acuerdo de compartición sobre infraestructura esencial no sustituible, no es fundamento suficiente para concluir que la reglamentación concreta, en las circunstancias actuales en que existe un AEP en telecomunicaciones, se deba aplicar sin hacer ninguna distinción entre el AEP en telecomunicaciones y el resto. Una interpretación correcta de la LFTR debe ser en el sentido de que, mientras exista un AEP en telecomunicaciones, no pueden extenderse al resto de los operadores las medidas asimétricas impuestas a aquél. Ello así, particularmente cuando, como ya se indicó, la imposición de una regulación uniforme para todos los concesionarios, únicamente beneficiará al AEP en telecomunicaciones en desmedro del resto.

Por ello, y con base en la ya citada facultad del Instituto de imponer obligaciones asimétricas al AEP en materia de telecomunicaciones y para garantizar el cumplimiento de los objetivos de los Lineamientos expuestos en su artículo 7, los Lineamientos no podrían obligar a los competidores del AEP en telecomunicaciones a compartir el despliegue, acceso y uso de la infraestructura conforme a los mecanismos propuestos en los Lineamientos.

3 LOS LINEAMIENTOS IMPONEN NUEVAS CARGAS REGULATORIAS NO PREVISTA EN LA LFTR, QUE DESINCENTIVA LA INVERSIÓN Y LA COMPETENCIA CONTRA EL AEP EN TELECOMUNICACIONES

Además de imponer obligaciones de despliegue y uso y acceso compartido de forma igualitaria y que neutraliza los efectos de las medidas asimétricas vigentes, los Lineamientos imponen una carga regulatoria de obligaciones no previstas en la LFTR. Estas obligaciones implican costos adicionales para los

concesionarios. Así, los Lineamientos, en su conjunto, desincentivan la inversión y el desarrollo de infraestructura.

Los Lineamientos imponen a los titulares de infraestructura numerosas obligaciones adicionales en materia de compartición y despliegue. Por un lado, en materia de uso y acceso compartido, los Lineamientos obligan al titular de infraestructura a (a) absorber el costo de la reubicación de las instalaciones cuando ello sea necesario para atender las solicitudes de acceso (artículo 14); (b) dar un preaviso de al menos 90 días naturales para remover o modificar elementos de infraestructura compartidos (artículo 15); (c) dar preavisos de entre 120 y 270 días naturales para reacomodar o reubicar ciertos elementos de infraestructura (artículo 16); y (d) registrar los Convenios de Acceso, no pudiendo reclamar confidencialidad sobre la información sobre los precios de uso compartido (artículos 19-20).

Por otro lado, en materia de despliegue, los Lineamientos: (a) prohíben al titular de infraestructura interrumpir parcialmente la prestación de servicios aun cuando ello sea necesario para poder desplegar, operar o mantener la infraestructura (artículo 32); (b) obligan al titular de infraestructura a hacer públicos sus planes de despliegue y, en su caso, a tener que aceptar la intervención de terceros "interesados en despliegue" para desarrollar conjuntamente la obra civil (sin que se aclare en qué consiste jurídicamente ese "desarrollo conjunto" ni cuáles son las pautas para la negociación en cuestión y eventualmente distribuir los costos) (artículo 42).

Finalmente, obligan al titular de infraestructura a desarrollar, por su propia cuenta, capacidad adicional a la que necesita ("capacidad adicionada") a efectos de permitir eventuales comparticiones (artículos 44 y siguientes). Es importante advertir el posible costo que imponen estas últimas exigencias de "capacidad adicionada"; en efecto, obligan a cualquier concesionario sin poder sustancial de mercado que quiera desplegar infraestructura, a desplegar más de la que considere necesaria y rentable para su propia ecuación económico-financiera y sus cálculos de demanda proyectada, sea que se trate de redes subterráneas

(artículo 44), emplazamientos de radiofrecuencia (artículo 45) o redes aéreas (artículo 46).

Se genera así una importante barrera regulatoria de entrada al mercado, pues cada empresa que desee ingresar a éste deberá agregar a sus costos de ingreso, cierto porcentaje destinado a infraestructura para el uso de terceros. Esta barrera de entrada, evidentemente, fortalece a los operadores ya establecidos en general.

Pero está “inversión forzosa” que se les impone no necesariamente será rentable; bien puede ocurrir que esa capacidad adicionada nunca sea rentable o demandada, o bien que lo sea en el muy largo plazo. Así, se advierte que el Instituto está asumiendo que esa capacidad extra será eventualmente demandada y resultará rentable explotarla, pero ello no necesariamente es cierto ni puede ser asumido con carácter general para todo despliegue de infraestructura. Más aún, incluso si eventualmente fuese rentable explotarla, lo cierto es que se habrá forzado al concesionario sin posición de dominio a invertir de antemano en tal capacidad, y las rentabilidades podrán surgir muy adelante en el tiempo; pero ni el Instituto ni las tarifas que entonces se fijen compensarán el costo de oportunidad y de valor del dinero en el tiempo sufrido por haber tenido que construir una capacidad adicionada que no era demandada ni necesaria ni rentable en ese momento.

En términos de los Lineamientos, sería posible que un operador sin poder de mercado (por ejemplo con un 1% de participación) se vea obligado a extender redes con capacidad excedente, y que el AEP le solicite posteriormente la utilización de esa capacidad. Una situación que posiblemente suceda bajo los Lineamientos propuestos, no es permitida por la Constitución ni por la LFTR.

Todas estas obligaciones de compartir la infraestructura tienen por efecto aumentar los costos a todos los operadores de telecomunicaciones que desplieguen infraestructura. Estos mayores costos impactan de forma menos perjudicial para el AEP en telecomunicaciones, a quien sus economías de escala le permiten enfrentarlos de forma más eficiente.

Estas obligaciones no se limitan a los titulares de infraestructura esencial ni se imponen de forma *ex post*, sino que se extienden a todos los titulares de infraestructura y de forma *ex ante*. Así, se amplía notablemente el alcance de la intervención prevista legalmente para el Instituto.

La necesidad de fomentar inversiones en el sector de las telecomunicaciones, especialmente en el despliegue de redes fijas ha sido destacado por Gaspar ARIÑO ORTÍZ y Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, especialistas en el derecho de las telecomunicaciones, quienes sostuvieron:

“El operador preponderante en Méjico, en el sector de las telecomunicaciones, es el Grupo de Interés económico generado en torno al antiguo operador telefónico, Telmex, hoy dentro de “América Móvil”, en reconocimiento del mayor crecimiento de la telefonía móvil respecto a la fija. Su regulación está encaminada a facilitar el surgimiento de nuevos operadores que incorporen innovación al sector y, sobre todo, que aporten nuevas redes, dotadas de nuevas tecnologías. Las nuevas necesidades de la población, tales como conectividad “extremo a extremo”, comunicaciones multimedia, Internet de banda ancha, etc. exigen un dinamismo en el sector imposible de conseguir con una red de excesivo peso gestionada por un operador con predominio absoluto. Por eso es necesaria la competencia para que otros agentes económicos que no soporten la inercia del pasado ni trabajen con tecnologías ya superadas, introduzcan el dinamismo de que hablamos. Pues bien, los operadores de cable son un gran candidato para desempeñar este papel, y sus nuevas redes aportan una posibilidad única para iniciar un movimiento competitivo que vaya extendiéndose progresivamente por el territorio y alcanzando a capas de población más amplias.

[...] Las redes de cable deben poder convertirse en auténticas redes de nueva generación, bidireccionales, multiservicios y de gran capacidad, con amplia utilización de fibra óptica y posibilidad de evolución hacia la banda “ultra-ancha”. Para facilitararlo, ha sido aprobada la regulación asimétrica del operador preponderante en telecomunicaciones; no tendría lógica venir a bloquearla ahora con [...] otra regulación asimétrica en sentido contrario.

Méjico no puede abandonar el desarrollo de sus redes fijas. Desde luego no puede soñar con ver el país cubierto de fibra óptica de la noche a la mañana; pero debe promover las condiciones para que donde sea más propicio (zonas urbanas con expectativas de crecimiento) al menos dos redes puedan ir creciendo en competencia. Lo que de ningún modo debería hacer es confiar el desarrollo de sus telecomunicaciones a medio y largo exclusivamente a las redes inalámbricas celulares y satelitales: la inversión en infraestructura de comunicaciones fija no tiene por qué ser muy grande o prioritaria, pero debe ser constante y sostenida en el tiempo, aportando la obra civil

que irá sosteniendo los nuevos cables, primero y la fibra óptica, después.

[...]

La convergencia tecnológica, con la alteración de los modelos de negocio que trae consigo, ha generado una lucha de “todos contra todos” entre operadores telefónicos, productores audiovisuales, empresas de televisión y organizadores y agregadores de contenidos de Internet, todo lo cual obliga a los reguladores sectoriales a estar muy atentos a lo que está pasando, y a mirar al futuro tanto o más que al pasado, ponderando cada una de sus decisiones.”³³

Sin embargo, como ya se mencionó, los Lineamientos incrementaría los costos de los potenciales entrantes, disminuyendo así la competencia. Actuarían, así, como verdaderas barreras de entrada.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el Instituto está introduciendo una medida que el mercado mexicano, en su contexto actual, no está preparado para implementar. Se está obligando a los concesionarios a compartir infraestructura a tan sólo dos años desde la declaración de preponderancia, y sin que haya habido un incremento de la competencia en el sector con la existencia de medidas asimétricas para el AEP en telecomunicaciones.

Esta omisión de seguir la doctrina de la “escalera de inversión” es riesgosa, pues puede acrecentar la diferencia entre el AEP en telecomunicaciones y los demás actores del mercado. Al respecto, en relación a la banda ancha en España se ha establecido que:

“[U]na desregulación temprana de la industria puede no ser generalmente una buena opción. Existiría el riesgo de cierre de mercado y de precios por encima de costes. La idea es por tanto proceder a desregular progresivamente la industria una vez que se haya alcanzado un grado aceptable de competencia en infraestructuras. La cuestión estriba pues en cómo fomentar ese grado aceptable de competencia en infraestructuras. Otro de los argumentos en los que se basa el proceso de la escalera es que la competencia en infraestructuras fomenta la difusión en banda ancha.

[...]

La idea subyacente en la ‘escalera de la inversión’ es que a través de la competencia en servicios los operadores pueden comenzar a operar rápidamente en el sector y hacer cuota de mercado

³³ G. ARIÑO ORTIZ, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, dictamen de fecha 17 de abril de 2015, emitido titulado “El servicio de televisión y audio de acceso restringido en Méjico. Situación actual y perspectivas”, acompañado en la presentación que hizo CANITEC.

y beneficios que les permitirían ir invirtiendo progresivamente en infraestructuras. Esto es, conforme los entrantes adquieren una mayor base de consumidores, obtienen rentas que les permitirían acumular progresivamente activos (comenzando por aquellos más fácilmente replicables) y por tanto reducir su dependencia de los productos mayoristas del incumbente. Esta mayor independencia junto con la capacidad de ofrecer productos más diferenciados, conduciría a una industria más competitiva y consecuentemente a una mayor difusión de banda ancha en el país.

[...] Subir cada peldaño de esta escalera requiere un mayor esfuerzo inversor en infraestructuras pero a su vez permite ofrecer servicios de mayor velocidad y calidad, y por tanto facilita las posibilidades de diferenciación con respecto al producto del operador preestablecido [...].³⁴

Todo este entramado de obligaciones y derechos, aplicados de forma igualitaria a situaciones diversas (operador incumbente y operadores entrantes) encarece cualquier inversión en el sector de telecomunicaciones por un posible entrante, y al mismo tiempo favorece la expansión del AEP en telecomunicaciones. Ello desincentiva nuevas inversiones y con ellas la competencia en el sector. Por ello, los Lineamientos en sus términos no deben ser aprobados.

4 LOS LINEAMIENTOS IMPONEN OBLIGACIONES MAYORES A LAS PREVISTAS EN LA LFTR

Los Lineamientos incurren en un "exceso regulatorio", pues imponen mayores obligaciones y cargas que las previstas en la LFTR.

³⁴ A. L. LÓPEZ, *Competencia y Regulación en los Mercados Españoles de las Telecomunicaciones*, Informes del Centro Sector Público - Sector Privado, Centro Sector Público - Sector Privado IESE Business School, Universidad de Navarra, España, 2009, p 65-66. En referencia a los beneficios de este enfoque que el Instituto estaría dejando de lado, se ha señalado que aquél, "al asegurar estructuras de precios consistentes respecto de un rango de productos regulados, los remedios regulatorios permitirán a los operadores de redes alternativas operar rentablemente hasta el punto en que hayan obtenido un peso crítico para poder invertir en sus propias infraestructuras". M. STOYANOVA, *Competition Problems in Liberalized Telecommunications. Regulatory Solutions to Promote Effective Competition*, Wolters Kluwer, The Netherlands, p. 46. Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: "by securing consistent price structures over a range of regulated products, regulatory remedies will allow alternative network operators to operate profitably up to the point when they have gained critical weight to invest in facilities of their own".

4.1 Convenios de exclusividad para la compartición de infraestructura

De acuerdo a los artículos 9 y 29 de los Lineamientos propuestos, existiría una prohibición de firmar contratos o establecer acuerdos de exclusividad en el uso de infraestructura. En efecto, el artículo 9 dispone que *“No exclusividad. Las partes no podrán firmar contratos ni establecer acuerdos que tengan como finalidad excluir a terceros involucrados en la prestación de servicios de telecomunicaciones y/o radiodifusión del aprovechamiento de bienes o derechos que se puedan compartir”*, mientras que el artículo 29, en un texto prácticamente idéntico, dispone que: *“No exclusividad. No se podrán firmar contratos ni establecer acuerdos que tengan como finalidad excluir, impedir o limitar a terceros del aprovechamiento de bienes o derechos que resulten necesarios para desplegar infraestructura que servirá para la prestación de servicios de telecomunicaciones y/o radiodifusión”*.

El Instituto no puede imponer cargas sobre infraestructura de los concesionarios que no resulten esenciales, que tengan sustitutos y sobre las que exista acuerdo. Sin embargo, el texto de los artículos 9 y 29 permitiría restringir fuertemente los derechos de los concesionarios sobre infraestructura que reúna dichas características, cuando la LFTR no le otorga ninguna facultad para ello.

Debe tenerse en cuenta que la existencia de acuerdos de exclusividad no es necesariamente contraria para la competencia, sino que sólo lo es en casos muy específicos, principalmente en los que se consiguen posiciones monopólicas y se produce un verdadero daño a los consumidores. No basta, para invalidar un acuerdo de exclusividad, sostener que otorga una ventaja competitiva para con los demás competidores.

Es que es el AEP en telecomunicaciones quien, en principio, no debería celebrar acuerdos de exclusividad, pues dicha circunstancia sumada a su posición en el mercado no hace más que perjudicar la competencia y al usuario. El caso de los entrantes es completamente distinto, pues la existencia de exclusividades puede incluso fortalecer su posición para competir con el preponderante. Ha quedado establecido que:

“Los acuerdos de exclusividad frecuentemente son eficientes y resultan del proceso competitivo normal. Los acuerdos de exclusividad son frecuentemente ejecutados por empresas que carecen de un poder significativo de mercado, lo que implica que deben haber justificaciones de eficiencia para esta práctica. De hecho, la literatura económica está repleta de explicaciones a favor de la competencia en relación a la exclusividad.”³⁵

Para poder juzgar a la exclusividad como poco valioso debe procederse a un análisis casuístico, estudiando que se reúnan determinadas circunstancias, pues resulta irrazonable prohibir como principios dicho tipo de acuerdos si no se trata de un agente económico preponderante. En efecto, debe analizarse en cada caso el poder de mercado de los sujetos involucrados, qué porción del mercado acapararían con el acuerdo, cuáles son las condiciones de entrada, cuál es la duración del contrato en cuestión, si la exclusividad tiene el potencial de incrementar los costos de los competidores, la presencia de actuales o potenciales efectos anticompetitivos, y la justificaciones comerciales³⁶.

Así, se ha destacado que *“la principal preocupación desde el punto de vista competitivo de los acuerdos de exclusividad es que el monopolista puede utilizar la exclusividad para fortalecer su posición de mercado y, en última instancia, dañar a los consumidores”*³⁷.

En este sentido, la experiencia de los Estados Unidos en la materia muestra que:

³⁵ A. F. ABBOTT – J. D. WRIGHT; “Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing”, The Law and Economics of Antitrust, Keith Hylton Ed., Edward Elgar Publishing Ltd., George Mason University Law and Economics Research Paper Series; 2009. Traducción propia. Énfasis agregado. Texto original en inglés: “Exclusive dealing arrangements are often efficient and result from the normal competitive process. Exclusive dealing contracts are often observed between firms lacking any meaningful market power, implying that there must be efficiency justifications for the practice. Indeed, the economics literature is replete with pro-competitive explanations for exclusives”.

³⁶ Cfr. A. F. ABBOTT – J. D. WRIGHT; “Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing”, The Law and Economics of Antitrust, Keith Hylton Ed., Edward Elgar Publishing Ltd., George Mason University Law and Economics Research Paper Series; 2009.

³⁷ A. F. ABBOTT – J. D. WRIGHT; “Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing”, The Law and Economics of Antitrust, Keith Hylton Ed., Edward Elgar Publishing Ltd., George Mason University Law and Economics Research Paper Series; 2009. Traducción propia. Énfasis agregado. Texto original en inglés: “The primary anticompetitive concern with exclusive dealing contracts is that a monopolist might be able to utilize exclusivity to fortify its market position and ultimately harm consumers”.

“Los acuerdos de exclusividad nunca han generado un recelo sustancial desde el punto de vista legal. Antes de la aprobación de la Ley Sherman en 1890, y en la primera jurisprudencia de la Ley Sherman, los contratos de exclusividad “fueron rutinariamente validados excepto en casos en que existiera efectivamente un monopolio” [...] En 1949, la Corte analizó los acuerdos de exclusividad entre refinerías y estaciones de servicio en *Standard Stations*, introduciendo un análisis de acaparamiento cuantitativo e invalidando los contratos en cuestión porque acaparaban el 49% del mercado [...]

Una década después, en *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, la Corte marcó el comienzo de una nueva era en la jurisprudencia de acuerdos de exclusividad [...] La Corte sostuvo que el actor debía demostrar que “el mercado acaparado por el acuerdo constituye una porción sustancial del mercado relevante”. La Corte se negó a condenar los acuerdos de exclusividad en cuestión ya que el carbón suministrado bajo el acuerdo entre Tampa Electric y Nashville Coal representaba menos del uno por ciento que el carbón suministrado desde el área de los Apalaches.

[...] Un doctrinario resume el tratamiento moderno del acaparamiento en acuerdos de exclusividad como una “constante ratificación de la validez del acuerdo de exclusividad con acaparamiento del 40 por ciento o menos”.

A pesar de la hostilidad ocasional hacia los acuerdos de exclusividad, la jurisprudencia antimonopolios generalmente ha reconocido que la competencia para conseguir el contrato es “una forma vital de rivalidad...que los regímenes antimonopolios deben fomentar en lugar suprimir”. Considerando los beneficios potenciales en los consumidores que pueden devenir de la exclusividad, el análisis moderno antimonopolios insiste en que el actor demuestre prima facie la existencia de un número de condiciones referidas al daño al consumidor antes de exigir al demandado que demuestre la eficiencia de su conducta. Mientras que esta demostración incluye un análisis de acaparamiento, también incluye una investigación más amplia sobre el potencial del acuerdo de exclusividad en cuestión de dañar la competencia más que de simplemente aventajar a los competidores [...]

El moderno análisis en base a la “regla de la razón” a la hora de evaluar acuerdos de exclusividad se focaliza en diversos factores, incluyendo: el poder de mercado del demandado, el grado de acaparamiento, las condiciones de entrada, la duración del contrato en cuestión, si la exclusividad tiene el potencial de incrementar los costos de los competidores, la presencia de actuales o potenciales efectos anticompetitivos, y la justificaciones comerciales.”³⁸

³⁸ A. F. ABBOTT – J. D. WRIGHT; “Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing”, *The Law and Economics of Antitrust*, Keith Hylton Ed., Edward Elgar Publishing Ltd., George Mason University Law and Economics Research Paper Series; 2009. Traducción propia. Énfasis agregado. Texto original en inglés:

Se observa que los Lineamientos, en la medida en que impiden de un modo genérico e injustificado que concesionarios que no revisten la condición de agentes con poder sustancial celebren acuerdos de exclusividad no hacen más que perjudicar la competencia en el sector.

4.2 Restricciones adicionales en materia de despliegue y compartición

Como quedo mencionado en el capítulo anterior, los Lineamientos imponen a los titulares de infraestructura numerosas obligaciones adicionales en materia de compartición y despliegue. Por un lado, en materia de uso y acceso compartido, los Lineamientos obligan al titular de infraestructura a (a) absorber el costo de la reubicación de las instalaciones cuando ello sea necesario para atender las solicitudes de acceso (artículo 14); (b) dar un preaviso de al menos 90 días naturales para remover o modificar elementos de infraestructura compartidos (artículo 15); (c) dar preavisos de entre 120 y 270 días naturales para reacomodar o reubicar ciertos elementos de infraestructura (artículo 16); y (d) registrar los

Exclusive dealing contracts have never generated a substantial amount of suspicion under the law. Prior to the passage of the Sherman Act in 1890, and in the early days of Sherman Act jurisprudence, exclusive dealing contracts "continued to be upheld routinely except in rare instances involving actual monopolization." [...] In 1949, the Court analyzed the exclusive dealing arrangements between gasoline refiners and service stations in *Standard Stations*, introducing quantitative foreclosure analysis and condemning the contracts at issue because they foreclosed 49% of the market [...]

A decade later in *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.* the Court ushered in a new era of exclusive dealing jurisprudence [...] The Court articulated that the plaintiff would be required to show that "the competition foreclosed by the contract must be found to constitute a substantial share of the relevant market." The Court refused to condemn the exclusive dealing contracts at issue in that case on the grounds that the coal supply contract between Tampa Electric and Nashville Coal was found to be less than one percent of the coal supplied from the Appalachian area.

[...] One commentator summarizes modern treatment of the foreclosure analysis in exclusive dealing cases as "routinely sustain[ing] the legality of exclusive dealing arrangements with foreclosure percentages of 40 percent or less."

Despite the occasional hostility to exclusive dealing and exclusionary contracts, antitrust jurisprudence has generally acknowledged that competition for contract is "a vital form of rivalry . . . which the antitrust laws encourage rather than suppress." Acknowledging the potential consumer benefits that flow from exclusivity, modern antitrust analysis insists that plaintiffs make a prima facie showing of a number of necessary conditions for consumer harm before shifting the burden to the defendant to establish efficiency justifications for their conduct. While this showing includes foreclosure analysis, it also includes a broader inquiry into the potential for the exclusive contracts at issue to harm competition rather than merely disadvantage rivals [...]

The modern "rule of reason" analysis evaluating exclusive dealing contracts focuses on a number of factors, including: the defendant's market power, the degree of foreclosure, entry conditions, the duration of the contracts at issue, whether exclusivity has the potential to raise rivals' costs, the presence of actual or likely anticompetitive effects, and business justifications [...]

Convenios de Acceso, no pudiendo reclamar confidencialidad sobre la información sobre los precios de uso compartido (artículos 19-20).

Para el despliegue de infraestructura los Lineamientos: (a) prohíben al titular de infraestructura interrumpir siquiera parcialmente la prestación de servicios aun cuando ello sea necesario para poder desplegar, operar o mantener la infraestructura (artículo 32); (b) obligan al titular de infraestructura a hacer públicos sus planes de despliegue y, en su caso, a tener que aceptar la intervención de terceros “interesados en despliegue” para desarrollar conjuntamente la obra civil (sin que se aclare en qué consiste jurídicamente ese “desarrollo conjunto” ni cuáles son las pautas para la negociación en cuestión y eventualmente distribuir los costos) (artículo 42); y (c) obligan al titular de infraestructura a desarrollar, a su propia cuenta, capacidad de más a la que pretenda (“capacidad adicionada”) a efectos de permitir eventuales comparticiones (artículos 44 y siguientes).

4.3 Obligación de informar el “Plan Anual de Despliegue”

El artículo 39 de los Lineamientos dispone que:

“Los Interesados en Despliegue deberán entregar su Plan Anual de Despliegue de Infraestructura dirigido a la Unidad de Política Regulatoria a través de la Oficialía de Partes del Instituto a más tardar el 10 de enero de cada año.

El Plan Anual de Despliegue de Infraestructura será entregado en formato electrónico y deberá contar con los siguientes elementos:

- a. Interesado en Despliegue: Nombre del concesionario o autorizado.
- b. Tipo de infraestructura: Especificar el tipo de infraestructura que se pretende instalar conforme a: infraestructura activa, Infraestructura Pasiva, medios de transmisión y/o Derechos de Vía.
- c. Ubicación: En caso que el despliegue tenga por objetivo conectar dos puntos de la red del concesionario deberán Indicar el punto geográfico desde donde inicia el despliegue y hasta donde finaliza. Para el caso que el despliegue tenga el objetivo de ofrecer servicios al usuario final deberán entregar el archivo vectorial de la cobertura propuesta.

- d. Infraestructura: Enunciar los elementos de infraestructura que se pretenden desplegar tomando como referencia los Lineamientos para la conformación del SNII.”

Ahora bien de la propia LFTR puede concluirse que: **(i)** la noción de Plan Anual de Despliegue contenida en los Lineamientos ni siquiera existe en la LFTR; **(ii)** no existe una obligación legal genérica en la LFTR de proporcionar plan de negocios alguno para quienes no son agentes económicos preponderantes en el sector de las telecomunicaciones; y **(iii)** no existe una regulación específica del alcance y contenido de la obligación de informar el Plan Anual de Despliegue.

En relación a lo primero, es importante resaltar que la LFTR no define ni contempla al Plan Anual de Despliegue, cuando perfectamente pudo haberlo hecho si la intención del legislador hubiera sido que los concesionarios compartieran dicha información. El hecho que la LFTR no lo defina es el primer signo claro de que el legislador nunca pretendió poner dicha información en manos del Instituto. Posiblemente ello se deba, en parte, a lo siguiente: un Plan de Despliegue Anual no puede ser vinculante, pues puede variar numerosas veces a lo largo de un año, dependiendo de cientos de circunstancias que pueden afectar dichas previsiones.

En relación a lo segundo –es decir, a la inexistencia de una obligación de proporcionar planes de inversiones futuras–, la LFTR, cuando regula el SNII, que es la base de datos que el Instituto debe crear y administrar, sólo contendrá información de los registros de: (a) infraestructura activa y medios de transmisión, (b) infraestructura pasiva y derechos de vía y (c) sitios públicos. Nunca se menciona a los planes de despliegue –ni en el SNII ni en ningún otro lado–, por lo que no debería imponerse la obligación de suministrarlos.

El primer párrafo del artículo 181 de la LFTR, que regula el SNII dispone textualmente que: *“El Instituto creará y mantendrá actualizada una base de datos nacional geo referenciada que contenga la información de los registros de infraestructura activa y medios de transmisión, de infraestructura pasiva y derechos de vía y de sitios públicos”*.

No existe ninguna obligación de brindar al Instituto información referida a planes de negocios o inversiones futuras, salvo, claramente, que se trate de los planes del AEP en el sector de las telecomunicaciones.

La única referencia en la LFTR a planes de crecimiento o modernización – entre los que se podría incluir el Plan Anual de Despliegue– es la contenida en la Fracción III del artículo 267, que faculta al Instituto a imponer al AEP en telecomunicaciones la obligación de:

“Presentar anualmente información sobre su: i) topología de red alámbrica, inalámbrica y la relativa a la banda ancha, incluyendo los **planes de modernización o crecimiento**, ii) centrales y demás elementos de infraestructura que determine el Instituto, para lo cual deberá detallar, entre otros, elementos físicos y lógicos, su ubicación por medio de coordenadas georeferenciadas, especificaciones técnicas, jerarquía, funcionalidades y capacidades (énfasis agregado).”

En relación al tercer punto señalado –es decir, a la inexistencia de una regulación específica en la LFTR del alcance y contenido de la obligación de brindar información sobre el Plan Anual de Despliegue–, puede destacarse que el Capítulo II del Título Séptimo de la LFTR, que dispone la creación del SNII.

5 LOS LINEAMIENTOS NO ESTABLECEN GARANTÍAS DE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN OTORGADA

Los Lineamientos violan la LFTR no sólo por imponer obligaciones mayores a las previstas en ella, sino también por no establecer garantías mínimas de confidencialidad.

La preocupación del legislador por que los datos que se aportan al Instituto se mantengan en confidencialidad es más que evidente. En efecto, basta una simple lectura del artículo 181 de la LFTR para percatarse de que el Instituto debería garantizar la confidencialidad de los datos. En este sentido, la norma referida dispone:

“La base de datos será reservada en términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, sin perjuicio de que el Instituto dé acceso a los concesionarios o a aquellas personas que pretendan ser concesionarios o autorizados, siempre y cuando:

(...)

III. Se verifique que la información sea confidencial para las personas que soliciten el acceso, mediante los lineamientos que emita el Instituto para garantizar que no se haga uso indebido de la información.” (énfasis agregado)

Ahora bien, estos Lineamientos exigen la entrega de una cantidad importante de información sensible, destacándose particularmente las disposiciones del artículo Cuarto Transitorio, que regula la información que debe entregarse. El Instituto pretende obtener información sumamente sensible a los efectos de competencia y desarrollo en el sector.

No obstante ello, los Lineamientos no hacen más que establecer de un modo absolutamente genérico e impreciso una suerte de “obligación de confidencialidad” que en nada se contradice con el mandato que realizó el legislador al regular la entrega de información al Instituto.

El artículo 9 y el artículo 29 de los Lineamientos únicamente disponen:

“El tratamiento que se dará a la información intercambiada deberá ser tratada como confidencial, por lo que sólo deberá ser utilizada para dichos efectos, asimismo, salvo mención expresa en sentido contrario por la parte que entregue la información, ésta deberá ser custodiada de manera diligente y responsable para evitar su indebido uso en perjuicio de los objetivos de competencia efectiva, de una persona física o moral, o en beneficio privado o para algún agente regulado.”

El Instituto es omiso sobre cómo se adoptarán medidas de seguridad para garantizar a confidencialidad, ni mucho menos indica en qué consisten dichas medidas. Se constriñe repetir, de un modo parcial y genérico, el lenguaje contenido en la LFTR.

La LFTR regula la obligación de confidencialidad de los datos entregados al Instituto. El artículo 181 fracción III de la LFTR no impone una obligación genérica de diligencia media, ni tampoco es imprecisa en cuanto al nivel de compromiso

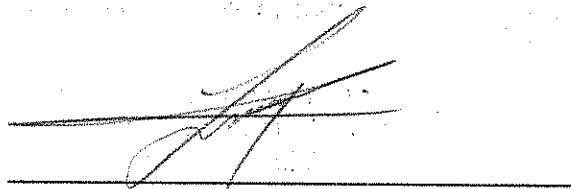
que demanda respecto del mantenimiento de la confidencialidad de los datos. El Instituto debe **"garantizar"** que no se hará un uso indebido de los mismos.

Por lo tanto, queda claro que los Lineamientos también violarían la LFTR al no establecer las garantías de confidencialidad exigidas para los casos de entrega de información al Instituto.

ÚNICO.- Tenerme por presentado con la personalidad que ostento y misma que acredito en términos de los testimonios notariales que se anexan, emitiendo comentarios dentro del procedimiento de consulta pública, mismos que deberán ser considerados previo a la emisión de los Lineamientos finales.

Protesto lo necesario

Ciudad de México, 18 de noviembre de 2016

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Luis Rodrigo Vivanco López', is written over a solid horizontal line. The signature is stylized and somewhat cursive.

Luis Rodrigo Vivanco López

Representante legal