



INSTITUTO FEDERAL DE
TELECOMUNICACIONES

OFICINA COMISIONADA
IFT/100/PLENO/OC-ASLI/16/2018

Ciudad de México, a 27 de febrero de 2018.

LIC. JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA

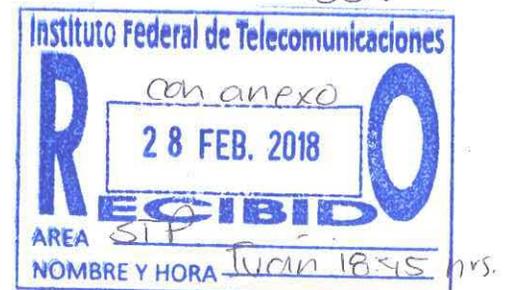
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO

Presente

Por este medio envío a usted, para los efectos conducentes, el engrose del voto particular en contra que formulé oralmente durante la XXXIII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 15 de agosto de 2017, respecto a la "Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones autoriza, sujeta al cumplimiento de condiciones, llevar a cabo la Concentración radicada bajo el expediente No. UCE/CNC-004-2016, notificada por AT&T Inc., West Merger Sub Inc. y Time Warner Inc." Esta Resolución fue aprobada por el Pleno, mediante Acuerdo P/IFT/150817/487.

Atentamente

ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES



VOTO PARTICULAR EN CONTRA QUE FORMULA LA COMISIONADA ADRIANA LABARDINI INZUNZA DE LA RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES AUTORIZA, SUJETA AL CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES, LLEVAR A CABO LA CONCENTRACIÓN RADICADA BAJO EL EXPEDIENTE NO. UCE/CNC-004-2016, NOTIFICADA POR AT&T, INC., WEST MERGER SUB INC. Y TIME WARNER INC.

En la XXXIII Sesión Ordinaria de 15 de agosto de 2017, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones (en adelante, Instituto) aprobó en lo general por mayoría de votos la "Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones autoriza, sujeta al cumplimiento de condiciones, llevar a cabo la Concentración radicada bajo el expediente No. UCE/CNC-004-2016, notificada por AT&T Inc., West Merger Sub Inc. y Time Warner Inc." (en adelante, Resolución). Durante la Sesión manifesté mi inconformidad con la aprobación de la Resolución por las razones que expreso en este voto particular.

De manera preliminar, es importante destacar que el propósito de la concentración de AT&T Inc., West Merger Sub Inc. y Time Warner Inc. (en adelante, ATT-Warner) es ofrecer al público contenidos en plataformas innovadoras a través de la red móvil de ATT. El negocio de los contenidos está dirigiéndose a nuevas estrategias y sinergias en diversas plataformas, además del servicio de televisión y audio restringido (STAR). Al respecto, las partes mencionaron que con la concentración será posible ahorrar en publicidad y gastos relacionados con la adquisición de contenidos de Time Warner, lo cual permitirá incrementos en utilidades en ATT-Warner que no hubiesen podido obtener de manera separada.

En el caso de México, la concentración ATT-Warner es relevante a esta autoridad debido a los incentivos económicos que se generan. Actualmente, ATT cuenta con una participación accionaria del 41.3% en Sky México a través de Direct TV y por lo tanto es socio indirecto de Grupo Televisa. Dicha participación accionaria implica derecho de voto y lugares en el Consejo de Administración en Sky México por parte de ATT. Si bien la concentración ATT-Warner puede generar eficiencias, es necesario advertir todos los posibles riesgos en términos de competencia económica y de la prestación de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión con base en el interés público.

En primer lugar, considero que la Resolución no contempla íntegramente los problemas de competencia que pueden derivar de la concentración. Desde mi perspectiva, esta deficiencia de la Resolución deriva del mecanismo de cooperación¹ adoptado entre las partes y esta autoridad a partir de la notificación de concentración. El hecho que la primera detección de posibles riesgos por la concentración y la propuesta de condiciones para prevenir dichos riesgos surgiera de las partes, de alguna manera impacta en el alcance de la Resolución de esta autoridad. Si bien en el procedimiento fueron detectados riesgos adicionales y, por lo tanto, fueron modificadas y agregadas condiciones para la concentración, la Resolución toma como punto de partida propuestas moderadas que proporcionaron las partes. En este sentido, es de esperarse

¹ Previsto en el artículo 90 de la Ley Federal de Competencia Económica.

que las partes –como empresas que buscan maximizar sus utilidades– determinen cuestiones que no están encaminadas en su totalidad a la protección del interés público ni a la competencia económica en los mercados. Sin embargo, considero que esta autoridad debía llevar a cabo un análisis independiente al de las partes, en el que de manera eficaz, sencilla y proporcional detectase riesgos y condiciones para la concentración ATT-Warner.

En segundo lugar, el Instituto como regulador y autoridad en competencia económica en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión debía analizar la concentración desde una perspectiva de interés público. Las normas de competencia económica y la legislación sectorial anteponen el interés público a los intereses privados. Es importante considerar que la presente concentración es en el mercado de contenidos audiovisuales, los cuales cumplen una función social en nuestro país y, por lo tanto, cuentan con mandatos de tutela específica en nuestra Constitución y legislación secundaria. En este sentido, un análisis de concentración con base en el interés público implicaría i) incluir mecanismos de protección en cuanto a pluralidad, diversidad, acceso a programas con valores nacionales y de producción independiente, así como derechos de las audiencias; ii) identificar problemas de acceso a pequeños y/o independientes distribuidores de contenidos y si existe un riesgo de discriminación a otras plataformas, por ejemplo en OTT (*Over The Top*) y OVD (*Online Video Provider*) sobre el servicio de televisión y audio restringido (STAR) así como las condiciones para evitar dichas afectaciones; y iii) determinar mecanismos de protección para el consumidor y/o usuario final con el objeto de evitar, por ejemplo, paquetes costosos de *triple play*, móvil, banda ancha y telefonía y garantizar que el acceso al servicio de datos permanezca en tarifas atractivas.

Específicamente, la Resolución contiene diversos problemas de análisis que motivan mi inconformidad con la misma, los cuales a continuación expongo:

1. **Omisión del análisis de un posible poder sustancial conjunto.** La Resolución debía realizar un análisis de poder sustancial conjunto como un riesgo adicional en la concentración ATT-Warner. En efecto, el artículo 64 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), en su fracción I, establece que el Instituto deberá considerar como indicios de una concentración ilícita, que la operación confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, poder sustancial o incremente su poder sustancial, con lo cual se pueda obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y la competencia económica.² En este sentido, considero que esta autoridad debía analizar si derivado de la concentración podría adquirirse poder sustancial en el mercado relevante con base en los elementos que indica el artículo 59 del mismo ordenamiento.³

² Artículo 64, fracción I de la Ley Federal Competencia Económica.

³ Artículo 59. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos: I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho

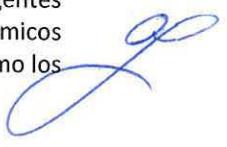
No obstante, la Resolución omite realizar el análisis de poder sustancial conjunto al considerar que actualmente Time Warner sólo está presente en el mercado de contenidos. Sin embargo, considero que era importante notificar a las partes este posible riesgo adicional, pues existe una alta posibilidad de contar con poder sustancial conjunto considerando que ATT es socio de Sky México. Si bien la notificación de un acuerdo de riesgos previendo un poder sustancial conjunto como un riesgo adicional no resuelve de fondo la concentración, por lo menos permitiría que las partes tuvieran conocimiento de este riesgo adicional y que, en respeto a su garantía de audiencia, tuvieran oportunidad de presentar soluciones al respecto.

A pesar que no se lleva a cabo el análisis de poder sustancial conjunto, la Resolución sí contempla el análisis referido en las fracciones II y III del artículo 64 de la LFCE. Dichas fracciones están dirigidas a determinar si la concentración puede tener por objeto o efecto establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado relevante, a mercados relacionados o a insumos esenciales, o desplazar a otros agentes económicos, así como facilitar sustancialmente a los participantes en dicha concentración el ejercicio de conductas prohibidas por la ley. Es decir, ambas fracciones están enfocadas a impedir prácticas monopólicas relativas o prácticas monopólicas absolutas que puedan darse como objeto o efecto de la concentración.

Con base en lo anterior, la Resolución indica condiciones que están orientadas a una regulación ex post y de prácticas monopólicas y prácticas relativas que, de cualquiera manera, están prohibidas para todos los agentes económicos. No obstante, el enfoque de condiciones ex post es aventurado porque presupone la existencia previa de un daño en el mercado relevante y los mercados relacionados. Si la concentración ATT-Warner implica el desplazamiento de competidores será complicado volver a introducir un ambiente de competencia aun cuando sean adoptadas medidas ex post.

Asimismo, la Resolución no analiza en su totalidad los incentivos que pudieran generarse derivado de la concentración de ATT-Warner. Si bien las partes aseguraron que no tienen incentivos para negar los contenidos a los proveedores de STAR en México porque ello les privaría de ingresos, es posible imaginar un escenario en donde no necesariamente se niegue el acceso a los contenidos, pero sí que se encarezcan. En efecto, los comentarios de terceros interesados indican que con un incremento de un 5 al 10% en los precios de los contenidos, se puede lograr el desplazamiento de competidores en el mercado relevante. Sin embargo, la

poder. Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente; II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores; III. La existencia y poder de sus competidores; IV. Las posibilidades de acceso del o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos; V. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y VI. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.



Resolución no propone medidas que tiendan a mitigar la posible capacidad de ATT-Warner para fijación de precios o control del abasto.

Del mismo modo, la concentración ATT-Warner pone en una situación más gravosa a los ya pocos cableros independientes que aun operan en el país, pues los contenidos que estos ya adquirían de Time Warner, también estarán disponibles en la red de ATT. Asimismo, existe la posibilidad de que ATT-Warner exija un precio por un número mínimo de suscriptores. Si bien esta situación ya es latente, no puede obviarse que esta concentración genera mayores incentivos para desplazar a los cableros con los que compite Grupo Televisa, quien tanto en cable como en satélite cuenta con una participación alta en el mercado de STAR.

- 2. Definición de mercado relevante y mercados relacionados.** La Resolución adopta una definición de mercado relevante de provisión y licenciamiento de canales para el STAR. Sin embargo, considero que el énfasis en dicho servicio implica adoptar una concepción anticuada para el mercado de provisión y licenciamiento de contenidos a futuro. Si bien las cableras tradicionales y proveedores de televisión restringida vía satélite continúan operando, en el futuro estas no serán las únicas formas de distribuir contenidos al usuario final. En este sentido, considero que el mercado de provisión y licenciamiento de contenidos debía definirse como mercado relevante sin limitar un determinado servicio o plataforma.

En efecto, las medidas 19, 20 y 21 de la Resolución establecen que no se podrá discriminar en la comercialización de contenidos a los proveedores de STAR; sin embargo, estas condiciones no se extienden a la discriminación en otras plataformas. Dada la importante participación accionaria que tiene ATT en Sky México, podría pensarse que ofrezca los contenidos de Time Warner a terceros, pero quizá no en los mismos términos y condiciones de oportunidad, precios y estrenos, entre otros.

Asimismo, la Resolución debía considerar como mercados relacionados al STAR y otras plataformas innovadoras. Esto al tener en cuenta que ATT mencionó como uno de los propósitos de la concentración desarrollar y proporcionar servicios de video de nueva generación a través de múltiples plataformas. De esta manera, ATT podrá ofrecer contenidos de Time Warner a través de sus redes móviles lo cual implicará un aumento en la demanda de su banda ancha móvil e innovaciones en su red. Por ello, considero era necesario determinar mercados relacionados que abarcaran otras plataformas y proveedores de STAR con el objeto de imponer diversas condiciones en el acceso a terceros. Es decir, si ATT-Warner ofreciera contenidos a un tercero –como Blim o Sky México–tendría que hacerlo en los mismos términos a otros proveedores de STAR u OTT.

- 3. HBO LAG no sujeto a condiciones.** La Resolución contempla a HBO LAG como parte del GIE de Time Warner pero no lo sujeta al cumplimiento de las condiciones de la concentración. Considero que esto es inadecuado pues si HBO LAG se encuentra dentro del mismo GIE de dicho grupo, entonces debe estar sujeto al cumplimiento de las mismas condiciones. En este sentido, no es justificable otorgar un tratamiento privilegiado a HBO LAG si se tiene en cuenta

que éste posee los contenidos más valiosos y *Premium* de los que se ofrecen en México. No obstante, la Resolución únicamente establece que, en tanto HBO LAG se conserve separada, no está obligada a las condiciones que se imponen. De esta manera, una protección adecuada para el cumplimiento de las condiciones era mantener a HBO LAG sujeta a las mismas, por el hecho de formar parte del mismo GIE.

Un problema a destacar es que en este momento no conocemos cómo va a estar conformado el organigrama de ATT. En su momento, ATT Latinoamérica comunicó que no se iba a dividir en cuanto a servicios móviles, banda ancha y contenidos, sino que todo lo que estuviere relacionado con Latinoamérica formaría parte de "*ATT Latin America and Entertainment*". Este es un indicio de que no existirá separación de servicios en ATT-Warner, pues lo que se busca es precisamente una integración vertical. Al respecto, considerar que HBO LAG seguirá operando de manera independiente y separada de Time Warner es una presunción riesgosa para efectos de autorizar esta concentración. Por lo tanto, considero que HBO LAG debe estar sujeta al cumplimiento de las obligaciones que derivan de esta concentración por el sólo hecho de formar parte del GIE de Time Warner.

- 4. Obligatoriedad de las medidas relacionadas con la separación.** La Resolución adopta medidas de separación y prohibiciones para el intercambio de información privilegiada, entre los consejeros de Sky México nombrados por ATT a quienes queden en ATT encargados de la división de contenidos –si es que existe tal división–. Sin embargo, es importante reconocer las limitaciones que tienen dichas medidas, pues no es sencillo asegurar la viabilidad de las mismas. Para determinar su cumplimiento tendríamos que contar con personal de este Instituto para realizar tareas de supervisión y verificación, lo cual no es posible.

Es importante no perder de vista los incentivos de coordinación, los cuales pueden derivar en no negar contenidos ni perder ingresos, pero sí al dar tratos preferenciales, por ejemplo, a Grupo Televisa. Comprendo que la verificación de las medidas–que por cierto no son aplicables a HBO LAG– es complicada. No obstante, es importante considerar que existe un alto riesgo de colusión derivado de esta concentración, ya que únicamente requiere de la coordinación de dos agentes económicos.

Otro problema relacionado es que la condición 17 permite excepciones en cuanto a la transmisión de información. No obstante, dichas excepciones están abiertas para encontrar fundamentos válidos para transmitir información. Desde mi perspectiva, este problema deriva de la participación accionaria que se tiene en Sky México por parte de ATT.

- 5. Definición de personal restringido y omisión de definición de independencia.** Por un lado, la Resolución adopta una definición acotada de Personal restringido. En este sentido, considero que la definición de personal restringido debió incluir a toda persona que tenga autoridad en temas de producción de contenido –adquisición de licencias, lanzamientos de plataforma, entre otros– y no únicamente en Programación de video. Limitar este concepto a quienes tienen autoridad en Programación de video implica considerarlo en lineales; sin embargo, es

importante considerar que las audiencias y los oferentes de contenido cada vez más se alejan del concepto de programación lineal. En efecto, Time Warner no tiene una programación lineal ya que no necesita de una barra u horario programático. Asimismo, la Resolución establece la exclusión de HBO LAG en las definiciones de Programación de Video y Personal restringido.

Por otro lado, si bien la Resolución establece que los consejeros que nombra ATT en Sky México deberán ser independientes, no se indica una definición de independencia. En este sentido, considero que la independencia no debe implicar que los Consejeros de Sky México que detentan cargos en ATT-Warner no tengan acceso a cuestiones relacionadas con programación de video, sino que dichos Consejeros no puedan detentar ningún cargo en ATT-Warner. De otro modo, ¿cómo es viable que un consejero de Sky México nombrado por ATT no reciba información de Sky México? ¿Cómo asegurar que serán realmente consejeros independientes?

- 6. Incumplimientos.** Considero que la Resolución debe establecer que ante el primer comportamiento coordinado que implique un incumplimiento sustantivo, previo debido proceso, el Instituto pueda agregar nuevas condiciones a las previamente establecidas y no necesariamente una sanción. De este modo, una condición adicional podría ser por ejemplo, que en caso de incumplimiento se proceda a la venta de las acciones que tiene ATT en Sky México. Si bien podemos hacerlo aun sin obviarlo de manera previa en esta Resolución, considero que es importante advertírselo a las partes como una condición adicional con el objeto de evitar incentivos de incumplimiento.

Por las razones anteriores, emití mi **VOTO EN CONTRA** de la Resolución que autoriza la concentración ATT-Warner sujeta a condiciones.



ADRIANA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA