

IFT/100/PLENO/OC-MEEF/0029/2018

CIUDAD DE MÉXICO A 08 DE NOVIEMBRE DE 2018

MTRO. DAVID GORRA FLOTA
SECRETARIO TÉCNICA DEL PLENO DEL
INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

Con fecha 22 de agosto de 2018, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones celebró su XXV Sesión Ordinaria, en la cual se sometió a nuestra consideración el asunto III.26 "Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve el Dictamen de cierre del Expediente AI/DC-003-2018".

En virtud de lo anterior, me permito enviarle voto particular sobre el asunto referido para los efectos legales conducentes y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 23 fracción I, 45, 49 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, artículo 18 de la Ley Federal de Competencia Económica y artículo 10 segundo párrafo del Estatuto Orgánico del Instituto.

Sin otro particular reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE

DRA. MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES.
COMISIONADA

ACUERDO P/IFT/220818/532
VOTO PARTICULAR.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/220818/532, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE EL DICTAMEN DE CIERRE DEL EXPEDIENTE AI/DC-003-2018.

MARIA ELENA ESTAVILLO FLORES, en mi carácter de comisionada del Instituto Federal de Telecomunicaciones, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 23 fracción I, 45, 49 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, 18 de la Ley Federal de Competencia Económica y 10 segundo párrafo del estatuto orgánico del Instituto, formulo el presente voto particular en los siguientes términos:

Con fecha 22 de agosto de 2018, se llevó a cabo la XXV sesión ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, en la cual la autoridad investigadora de este Instituto sometió a consideración del Pleno el *"Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve el Dictamen de cierre del Expediente AI/DC-003-2018"* ("Acuerdo de Cierre").

El Acuerdo de Cierre se aprobó por mayoría de seis votos de los comisionados del Instituto.

En la deliberación y votación de este asunto manifesté voto en contra del Acuerdo de Cierre porque considero que en el dictamen existen elementos que apuntan a la posible existencia de poder sustancial en los mercados relevantes analizados y porque en la investigación no se analiza la posible existencia de poder sustancial conjunto de conformidad con lo siguiente:

Mediante acuerdo P/IFT/100418/245 de fecha 10 de abril de 2018, el pleno del Instituto resolvió que la concentración notificada por diversos agentes económicos cumplió con los requisitos establecidos en el primer párrafo, puntos a. a d. del artículo noveno transitorio del *"Decreto por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión"* (Noveno Transitorio). El Pleno, en

ACUERDO P/IFT/220818/532
VOTO PARTICULAR.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/220818/532, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE EL DICTAMEN DE CIERRE DEL EXPEDIENTE AI/DC-003-2018.

términos de lo dispuesto por el quinto párrafo del Noveno Transitorio ordenó dar vista con dicha resolución a la autoridad investigadora para iniciar la investigación correspondiente.

La autoridad investigadora inició un procedimiento de investigación para determinar la probable existencia de agentes económicos con poder sustancial en el o los mercados de redes de telecomunicaciones que presten servicios de voz, datos o video, a nivel nacional, estatal, regional y/o local. Dicha investigación fue radicada bajo el número de expediente AI/DC-003-2018 y un extracto del acuerdo de inicio de investigación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de abril de 2018 (Extracto del Inicio de Investigación).

De acuerdo con el Extracto de Inicio de la Investigación, dicho procedimiento se fundamentó, entre otros, en el párrafo quinto del artículo Noveno Transitorio y en el artículo 96 de la Ley Federal de Competencia Económica.

El quinto párrafo del artículo Noveno Transitorio establece expresamente lo siguiente:

"NOVENO. (...)

El Instituto investigará dichas concentraciones en un plazo no mayor a noventa días naturales y en caso de encontrar que existe poder sustancial en el mercado de redes de telecomunicaciones que presten servicios de voz, datos o video o en el de radio y televisión según el sector que corresponda, podrá imponer las medidas necesarias para proteger y fomentar en dicho mercado la libre competencia y concurrencia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y la Ley Federal de Competencia Económica sin perjuicio de las concentraciones a que refiere el presente artículo.

(...)"

(énfasis añadido)



ACUERDO P/IFT/220818/532
VOTO PARTICULAR.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/220818/532, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE EL DICTAMEN DE CIERRE DEL EXPEDIENTE AI/DC-003-2018.

Como se puede observar del texto transcrito, el objeto de la investigación es determinar si existe poder sustancial de mercado, es decir, el objeto debe ser determinar si existe poder sustancial por parte de cualquiera de los agentes económicos participantes en el o los mercados analizados.

No obstante lo señalado en el quinto párrafo del Noveno Transitorio y en el Extracto del Inicio de Investigación, la autoridad investigadora acotó el objeto de su investigación únicamente a determinar si los agentes económicos directamente involucrados en la concentración adquirirán o fortalecerán su poder sustancial de mercado.

El limitado objeto planteado por la autoridad investigadora, se aparta de lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo Noveno Transitorio y de los estándares que prevé la Ley Federal de Competencia Económica para resolver sobre condiciones de mercado, tales como la existencia de poder sustancial en el mercado relevante.

La finalidad de este procedimiento es determinar si, en un mercado, existen agentes económicos que tengan poder sustancial, sin que esté dirigido directamente a un agente o grupo de interés económico en particular, pues el objetivo es resolver sobre las condiciones económicas en un mercado, no así las condiciones que adquiere un agente económico tras una concentración

Lo anterior se confirma, si consideramos que el buscar o determinar si los agentes económicos directamente involucrados en una concentración puedan adquirir o incrementar su poder de mercado es materia de un procedimiento diverso en la Ley Federal de Competencia Económica, como es la evaluación de las concentraciones que prevén los artículos 63 y 64 de este ordenamiento legal. En

ACUERDO P/IFT/220818/532
VOTO PARTICULAR.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/220818/532, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE EL DICTAMEN DE CIERRE DEL EXPEDIENTE AI/DC-003-2018.

esos casos el objeto del procedimiento es determinar si una concentración debe ser autorizada o sancionada considerando, entre otros, la identificación de los principales agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, el análisis de su poder en el mercado relevante y el grado de concentración en dicho mercado, en cuyo caso se considerarán indicios de una concentración ilícita cuando la misma confiera o pueda conferir poder sustancial a los agentes económicos involucrados en la operación o bien incrementarlo, pues ello puede obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre competencia y la competencia económica, ante lo cual la autoridad puede impugnarla o condicionarla.

En cambio, el párrafo quinto del Noveno Transitorio prevé una investigación para determinar la probable existencia de agentes económicos con poder sustancial y en ese sentido lo planteó la autoridad investigadora en el Extracto del Inicio de Investigación; no obstante, la autoridad investigadora desvió el objeto de su investigación para evaluar únicamente los efectos de la concentración y concluir lo siguiente:

“(...)

SEGUNDO.- No existen elementos suficientes para determinar que, derivado de la transacción que originó la presente investigación, el Grupo de Interés Económico ATC adquiriera poder sustancial en los mercados relevantes de los servicios de arrendamiento de enlaces dedicados identificados en el presente Dictamen Preliminar.

TERCERO.- No existen elementos suficientes para determinar que, derivado de la transacción que originó la presente investigación, el Grupo de Interés Económico ATC adquiriera poder sustancial en el mercado relevante del servicio de acceso a internet dedicado identificado en el presente Dictamen Preliminar.

CUARTO.- No existen elementos suficientes para determinar que, derivado de la transacción que originó la presente investigación, el Grupo de Interés Económico ATC adquiriera poder sustancial en el



ACUERDO P/IFT/220818/532
VOTO PARTICULAR.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/220818/532, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE EL DICTAMEN DE CIERRE DEL EXPEDIENTE AI/DC-003-2018.

mercado relevante del servicio de arrendamiento de sitios de telecomunicaciones identificado en el presente Dictamen Preliminar."

Por lo cual, no coincido con la conclusión a la que arriba la autoridad investigadora, pues asumir como cierta su interpretación implicaría que este Instituto se pronunciara en dos ocasiones sobre el mismo asunto; esto es, sobre los efectos de la concentración: un primer pronunciamiento al resolver sobre el cumplimiento del requisito del primer párrafo apartado d. del Noveno Transitorio; y un segundo pronunciamiento al resolver sobre la investigación a que se refiere el quinto párrafo del Noveno Transitorio, lo que implicaría una violación al principio de "non bis in ídem", interpretación con la que no coincido.

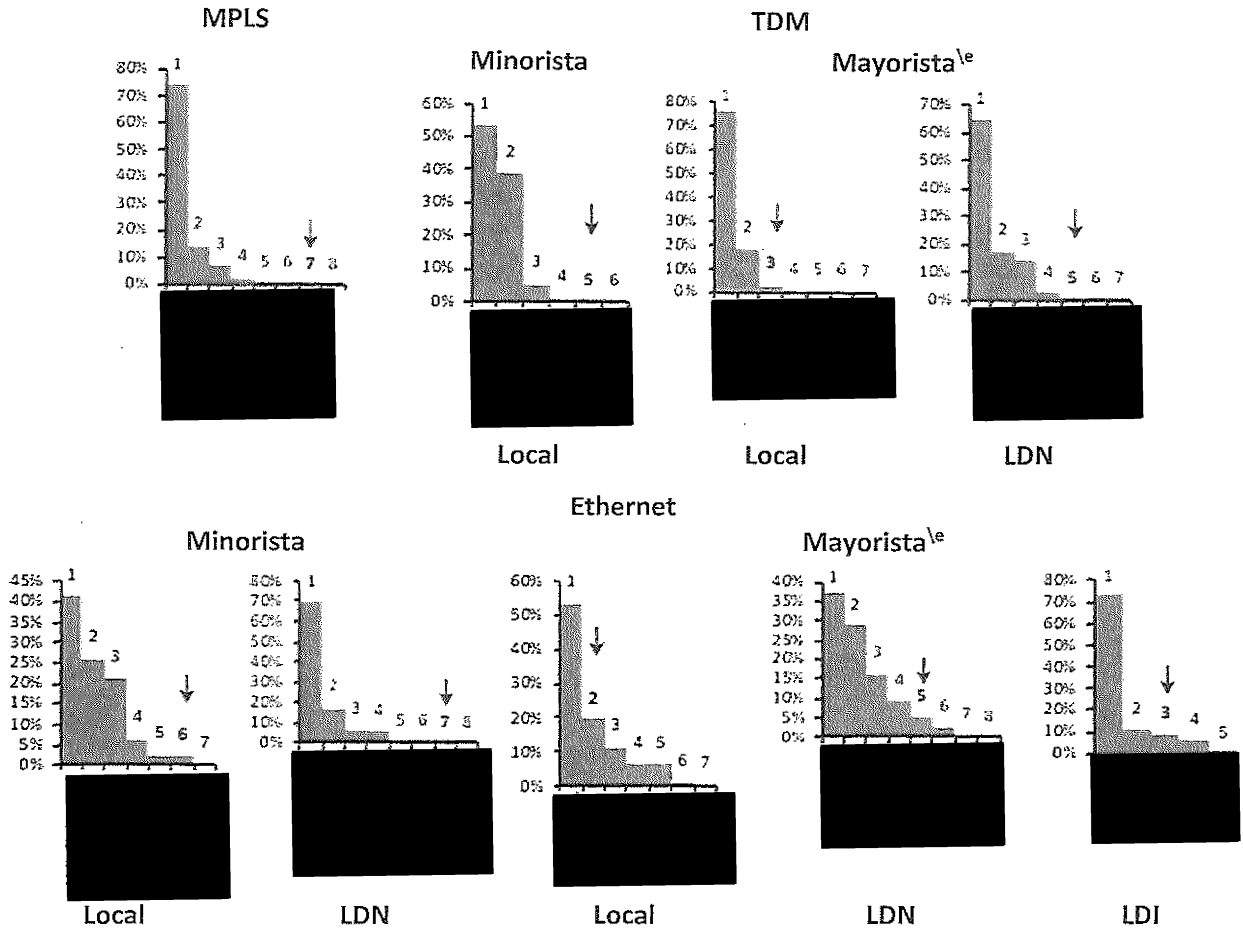
Es así que considero que la autoridad investigadora no cumplió con el objetivo previsto en el artículo Noveno Transitorio, así como el planteado en el Extracto del Inicio de Investigación, más aún cuando el expediente contiene indicios de la existencia de poder sustancial de mercado por parte de distintos agentes económicos, aunque no necesariamente de las partes de la concentración, ante lo cual no procedía el cierre de la investigación.

Al contrario, la autoridad investigadora al observar altas participaciones por parte de algunos agentes económicos en los mercados relevantes identificados en la investigación, incluso superiores al 70%, sumadas a otros elementos identificados en el proyecto, estaba obligada a determinar preliminarmente la existencia de agentes económicos con poder sustancial en los mercados analizados.

Como referencia a lo anterior, se muestran las participaciones identificadas por la autoridad investigadora en los mercados analizados tal como las refleja el Gráfico 7 del dictamen de la autoridad investigadora:

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/220818/532, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE EL DICTAMEN DE CIERRE DEL EXPEDIENTE AI/DC-003-2018.

“Gráfico 7. Participaciones de mercado de los servicios de arrendamiento de enlaces, a nivel nacional, 2017



Notas:

^{la} Los ingresos de [redacted] incluyen los ingresos de [redacted] de enero a octubre de dos mil diecisiete y de [redacted] de noviembre a diciembre de dos mil diecisiete.

^{lb} Los ingresos de [redacted] desagregados por tipo de cliente se estimaron a partir de los ingresos provenientes de partes relacionadas del grupo. Fojas 7911, 7912 y 8738 del Expediente.

^{lc} Los ingresos de [redacted] podrían estar sobre estimados, debido a que la empresa factura los servicios de telecomunicaciones provistos a clientes empresariales de manera integral, por lo que presentó una estimación

[Firma manuscrita]

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/220818/532, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE EL DICTAMEN DE CIERRE DEL EXPEDIENTE AI/DC-003-2018.

de los ingresos desagregados por tipo de servicio de telecomunicaciones. Fojas 321, 6466 a 6468 y 6472 a 6475 del Expediente.

1^d Los ingresos de [REDACTED], desagregados por tipo de cobertura, se estimaron con base en la distribución de los ingresos del resto de las sociedades de [REDACTED]

1^e Las participaciones de [REDACTED] se calcularon con información de [REDACTED]

1^f Local: servicio de arrendamiento de enlaces dedicados locales.

1^g LDN: servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia nacional.

1^h LDJ: servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia internacional.

Fuente: Elaboración propia con base en información sobre ingresos por arrendamiento de enlaces proporcionada por [REDACTED]

[REDACTED] Fojas: 321, 3238, 3411, 3414, 3417, 3472, 3556, 3559, 3756, 4870, 4899, 4901, 4918, 5084, 5462, 5538 a 5539, 5620, 5969 a 5973, 7174, 6096, 6097, 6128, 6459, 6507, 6748, 6856, 6858, 6860, 6917, 6924, 6927, 6928, 6972, 7883, 8077, 8080, 8083, 8113, 8741 y 8746 del Expediente."

Además, la autoridad investigadora tampoco contempló un análisis de poder sustancial conjunto, en aquellos casos en donde identificó que existe un nivel de concentración elevado en el mercado y donde el segundo participante en orden de importancia es el grupo de interés que llevó a cabo la concentración (ATC).

En esos casos, simplemente desecha la hipótesis de poder sustancial para dicho agente por considerar que ocupa el segundo lugar en el mercado, existiendo otro con mayor participación, sin prever que cuando un grupo de agentes económicos detentan poder sustancial conjunto forzosamente sólo uno de ellos tendrá el primer lugar de participación.

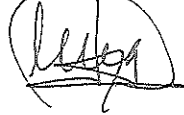
En un análisis de poder sustancial conjunto evidentemente un agente económico ostentará el primer lugar de participación en el mercado y al menos otro ostentará un segundo lugar de participación. Entonces, tener el segundo lugar de participación no significa que es imposible detentar poder sustancial.

ACUERDO P/IFT/220818/532
VOTO PARTICULAR.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/220818/532, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE EL DICTAMEN DE CIERRE DEL EXPEDIENTE AI/DC-003-2018.

Es por ello que me aparto del sentido del proyecto, pues por las razones apuntadas considero que no procedía determinar el cierre del expediente, por lo cual emité un voto en contra como lo expreso en el presente voto particular.

ATENTAMENTE,



MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES
COMISIONADA