

2020 JUL 10 AM 10:35

ORIGINAL

AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

Ciudad de México, 09 de julio de 2020

FIDEL GERARDO SIERRA ARANDA
SECRETARIO TÉCNICO DE LA
COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA
PRESENTE

Hago referencia a su oficio ST-CFCE-2020-123, fechado el 30 de junio de 2020 y recibido en la oficialía de partes del Instituto Federal de Telecomunicaciones el día siguiente, con el que solicita emitir y enviar opinión¹ sobre los siguientes anteproyectos que la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) ha sometido a consulta pública:

Número de OP: 152221

Para promoción de 19 páginas en

original copia simple

Testimonio SI NO en

certificada CD UNB

1. Anteproyecto de modificaciones a la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas;
2. Anteproyecto de modificaciones a la Guía para tramitar un procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas;
3. Anteproyecto de modificaciones a la Guía para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas, y
4. Anteproyecto de modificaciones a la Guía para el intercambio de información entre agentes económicos.

Al respecto, le hago llegar el resultado del análisis que de los referidos anteproyectos realizó el Instituto Federal de Telecomunicaciones por conducto de esta Autoridad Investigadora y de la Unidad de Competencia Económica, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, en el marco de la recomendación "14.23 Sobre las líneas directrices" del documento "Exámenes Inter-Pares de la OCDE sobre el Derecho y Política de Competencia México 2020" que refiere que la cooperación y la consulta entre la COFECE y el IFT sobre proyectos de normativa de efecto no vinculante debería ser más sistemática. Esto dará como resultado una normativa de efecto no vinculante optimizada y más coherente y una aplicación de la ley de competencia más eficiente.²

¹ A más tardar el 10 de julio de 2020.

² Vid. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Exámenes inter-pares de la OCDE sobre el Derecho y la Política de Competencia México 2020, fecha de publicación 13 de febrero de 2020, p. 213, disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/Mexico-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-es.pdf>

Comentario general

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, párrafos décimo quinto y décimo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 7, párrafo tercero, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y 5, párrafo primero, de la Ley Federal de Competencia Económica, el Instituto Federal de Telecomunicaciones es la autoridad en materia de competencia económica en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

Conforme a lo anterior, se considera necesario que en los primeros tres anteproyectos de modificaciones a las guías de mérito se señale expresamente que el Instituto Federal de Telecomunicaciones es la autoridad en materia de competencia económica en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión; o bien, señalar que la COFECE es la autoridad en materia de competencia económica excepto en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, como ya lo establece la Guía para el intercambio de información entre agentes económicos.

1) Anteproyecto de modificaciones a la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas.

a) Principales modificaciones.

- Se precisa que para efectos de la Guía se considerarán las definiciones del artículo 3 de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante, LFCE) y las previstas en la propia Guía; se eliminan las definiciones de "Agente Económico", "Autoridad Investigadora", "Comisión", "Decreto", "Ejecutivo Federal" e "Indicio", y se adicionan las definiciones de "Programa de Inmunidad" y "UMA".
- El texto vigente de la Guía señala en su parte introductoria que el documento se divide en seis temas: 1) los objetivos específicos que se persiguen con la elaboración y difusión de la Guía; 2) el concepto de prácticas monopólicas absolutas; 3) la naturaleza del procedimiento de investigación por la posible realización de una práctica monopólica absoluta, haciendo especial alusión a los elementos que inciden en dicho procedimiento; 4) las principales etapas de una investigación por la posible realización de una práctica monopólica absoluta; 5) el beneficio de la reducción de las sanciones al que pueden acogerse los agentes económicos, y 6) un diagrama de las etapas del procedimiento de una investigación por la posible realización de una práctica monopólica absoluta.

El anteproyecto incorpora un nuevo tema identificado en el apartado I, denominado "Punto de contacto", que tiene como finalidad invitar a los agentes económicos, autoridades y público en general a acudir a la COFECE a efecto de



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

aclarar las dudas sobre la Guía, planteamientos que no se hubieren abordado o cualquier otra cuestión relacionada con la posible existencia de prácticas monopólicas absolutas.

- En el apartado denominado "Las prácticas monopólicas absolutas" se adiciona que *también procede imponer sanciones pecuniarias para quienes coadyuven, propicien o induzcan la realización de prácticas monopólicas absolutas, y sanciones pecuniarias o incluso la inhabilitación para quienes participen directa o indirectamente en prácticas monopólicas en representación o por cuenta y orden de personas morales*, en términos de lo previsto en el artículo 127, fracciones X y XI, de la LFCE.
- En el apartado denominado "Naturaleza, causa objetiva y duración del procedimiento de investigación" se precisa que cuando la Autoridad Investigadora presente al Pleno el dictamen de cierre del expediente porque no se desprendan elementos para iniciar el procedimiento seguido en forma de juicio, *será por no existir elementos objetivos que acrediten la probable responsabilidad de algún Agente Económico en la realización de una práctica monopólica absoluta*, en términos de lo previsto en el artículo 78 de la LFCE.
- Se adiciona el ejemplo de una sanción que impuso el Pleno de la COFECE el 20 de abril de 2017, por una práctica monopólica absoluta en el mercado de los servicios de administración de fondos para el retiro.
- El apartado "Principales etapas de una investigación por posibles prácticas monopólicas absolutas" señala que pueden formularse varias hipótesis de posible daño a la competencia, a diferencia de la guía vigente que hace referencia sólo a una hipótesis.

En el mismo apartado se sustituye la fase de "Interpretación y análisis de datos y evidencia" por la fase "Comprobación, desechamiento y/o reformulación de hipótesis de daño"; y se adiciona al marco de referencia al que se sujetan las fases del procedimiento de investigación un componente denominado "Criterios judiciales relacionados" que se define como el *conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales relacionados con competencia económica*.

Además, se precisa que las hipótesis están formadas por dos elementos: teoría del caso y objeto o efecto.

- El texto vigente de la Guía contempla una sección denominada "Clasificación de la información que obra en un expediente de investigación", que hace

AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

referencia a la clasificación de la información como pública, confidencial y reservada. En el anteproyecto se modifica la denominación del apartado como "Identificación de la información que obra en un expediente de investigación" y se adicionan las definiciones de cada uno de los tipos de información, que son retomadas de lo dispuesto en el artículo 3, fracciones IX, X y XI de la LFCE.

- El texto vigente de la Guía prevé que en caso de que la información recabada durante la investigación no confirme la hipótesis única formulada al inicio hay dos opciones, reformular la hipótesis o proponer el cierre de la investigación. El anteproyecto precisa que pueden formularse una o varias hipótesis y que si la información recabada no las confirma se propondrá el cierre de la investigación.
- En el apartado "5. Comprobación, desechamiento y/o reformulación de hipótesis", inciso ii), del anteproyecto se precisa que la propuesta de cierre de la investigación será en virtud de haber encontrado información o documentos de los que se deduzca o que confirmen *que los Agentes Económicos a los que se les investiga no sean competidores en el mercado investigado.*

A diferencia de lo anterior, el texto vigente de la Guía hace referencia a los agentes económicos a los que se imputa la conducta monopólica.

- El anteproyecto adiciona como uno de los supuestos en los que la Autoridad Investigadora propondrá el cierre del expediente *que, existiendo la presunta práctica monopólica absoluta, se identifique que ésta cesó en un plazo mayor a diez años previo a la emisión del acuerdo de inicio de la investigación.*
- En el apartado "Programa de inmunidad y reducción de las sanciones" el texto vigente de la Guía señala que los principios bajo los cuales la COFECE recibe, analiza y resuelve las solicitudes para otorgar los beneficios del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones se encuentran en la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones.

El anteproyecto precisa que las normas bajo las cuales la COFECE recibe, analiza y resuelve las solicitudes se encuentran en las Disposiciones Regulatorias del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones.

b) Opinión.

No se tienen comentarios al anteproyecto de modificaciones a la Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas.



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

2) Anteproyecto de modificaciones a la Guía para tramitar un procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.

a) Principales modificaciones.

- Se precisa que para efectos de la Guía se considerarán las definiciones del artículo 3 de la LFCE y las previstas en la propia Guía, y se eliminan las definiciones de "Agente Económico", "Autoridad Investigadora" y "Ejecutivo".
- Se adicionan los conceptos de las conductas previstas en las trece fracciones del artículo 56 de la LFCE, a saber, segmentación de mercado entre no competidores, fijación de precios (u otras condiciones) de reventa, ventas/compras atadas y reciprocidad, exclusividad condicionada, negativa de trato, boicot, depredación de precios, descuentos por lealtad, subsidios cruzados, discriminación de precios o de trato, elevación de costos al rival, negativa de un insumo esencial y estrechamiento de márgenes.
- En el apartado "Las concentraciones ilícitas" se adicionan los tres supuestos que pueden configurar indicios de la existencia de concentraciones ilícitas, en los términos previstos en el artículo 64 de la LFCE.

En el mismo apartado se precisa que una vez iniciada una investigación por concentración ilícita la Autoridad Investigadora conocerá, en su caso, sobre el posible incumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse.

Se señala que, salvo el caso señalado en el párrafo anterior, para determinar y en su caso aplicar la sanción por la omisión de notificar una concentración, la COFECE debe iniciar y desahogar el procedimiento incidental previsto en el artículo 133 de las Disposiciones Regulatorias. Sin embargo, si el Secretario Técnico considera que existen indicios de una concentración ilícita o tiene conocimiento de que la operación está siendo investigada por la Autoridad Investigadora, emitirá un acuerdo en el que dé por terminado el procedimiento incidental y, en su caso, enviará el expediente a la Autoridad Investigadora para que determine lo conducente.

- En el apartado "Elementos formales" se aclara que no pueden ser investigadas las concentraciones que estén en trámite por haber sido notificadas o que hayan obtenido resolución favorable, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa o bien cuando la resolución haya quedado sujeta a condiciones posteriores y las mismas no se hayan cumplido en



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

el plazo establecido para tal efecto, ni las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas, una vez transcurrido un año de su realización.

- El texto vigente de la Guía prevé que en caso de que la información recabada durante la investigación no confirme la hipótesis única formulada al inicio hay dos opciones, reformular la hipótesis o proponer el cierre de la investigación. El anteproyecto precisa que pueden formularse una o varias hipótesis y que si la información recabada no las confirma se propondrá el cierre de la investigación.
- Se sustituye la fase de "Interpretación y análisis de datos y evidencia" por la fase de "Comprobación, desechamiento y/o reformulación de hipótesis de daño."
- El texto vigente del apartado "Recolección de datos y evidencia" señala las herramientas de investigación, entre las que se encuentran las visitas de verificación. En anteproyecto incorpora la nota al pie 47 que señala que en las visitas de verificación se recaba información susceptible de ser parte del *privilegio legal*, por lo que sugiere consultar las Disposiciones Regulatorias para la calificación de información derivada de la asesoría legal proporcionada a los agentes económicos.
- En el apartado de "Recolección de datos y evidencia" se aclara que durante la investigación cualquier persona podrá aportar elementos con el fin de coadyuvar al desarrollo de la misma, así como la oportunidad de los agentes económicos de presentar los elementos para acreditar posibles eficiencias.
- El texto vigente de la Guía contempla una sección denominada "Clasificación de la información que obra en un expediente de investigación", que hace referencia a la clasificación de la información como pública, confidencial y reservada. En el anteproyecto se modifica la denominación del apartado como "Identificación de la información que obra en un expediente de investigación" y se adicionan las definiciones de cada uno de los tipos de información, que son retomadas de lo dispuesto en el artículo 3, fracciones IX, X y XI de la LFCE.
- El anteproyecto adiciona como supuestos en los que la Autoridad Investigadora propondrá el cierre de la investigación cuando existiendo la concentración no se cuente con elementos objetivos que permitan advertir i) que se confiere o se pudiera conferir poder sustancial, ii) que pueda tener por objeto o efecto establecer barreras a la entrada, impedir el acceso a terceros, desplazar a otros agentes económicos o que pueda facilitar a sus participantes el ejercicio de conductas prohibidas por la LFCE y, iii) que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir o dañar la libre competencia o la competencia económica; así como, que existiendo la concentración, se cuente con elementos

AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

que permitan advertir que la concentración no debió notificarse previamente y que el acto jurídico materia de la concentración se perfeccionó un año natural previo a la emisión del acuerdo de inicio de investigación.

- En el apartado "Comprobación, desechamiento y/o reformulación de hipótesis" se precisa el momento en que se emite el acuerdo de conclusión de la investigación, esto es, una vez que concluye el periodo de investigación, o bien, cuando la Autoridad Investigadora haya obtenido los suficientes elementos para considerar la existencia o inexistencia de elementos objetivos para sustentar una posible práctica monopólica relativa o concentración ilícita.
- Se adicionan ejemplos sobre el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas (AEROPUERTO DE CANCÚN) y el procedimiento de dispensa y reducción del importe de multas (MERCADO DE BOLETAJE DE ESPECTÁCULOS EN VIVO).

b) Opinión.

- El anteproyecto señala en el apartado "III. Las prácticas monopólicas relativas", párrafo segundo, lo siguiente:

La LFCE prohíbe, entre otras prácticas, la realización de conductas que están especificadas en el artículo 56 de LFCE y que puedan desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos. Estas conductas son las que la LEY considera prácticas monopólicas relativas.

Al respecto, se recomienda precisar que la prohibición de realizar las conductas previstas en el artículo 56 de la LFCE es para los agentes económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial.³

- El anteproyecto señala en el apartado "III. Las prácticas monopólicas relativas", párrafo sexto, fracción V, lo siguiente:

V. Negativa de trato. La acción unilateral consistente en negarse a vender a personas determinadas, bienes o servicios de un tercero;

La LFCE establece la negativa de vender, comercializar o proporcionar bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros, y no necesariamente

³ Se tiene presente que para desplazar agentes económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas es necesario que el agente económico que despliega la conducta tenga poder sustancial de mercado, sin embargo, se considera que atendiendo a los fines de orientación de la guía es recomendable mayor claridad.

AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

que dichos bienes y servicios provengan de terceros como se interpreta en la redacción del Anteproyecto.

- El anteproyecto señala en el apartado "VI. Principales etapas de una investigación por posibles prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas", párrafo décimo primero, lo siguiente:

Como se mencionó, sólo serán ilícitas las conductas tipificadas que: i) sean realizadas por uno o varios Agentes Económicos con poder sustancial en un mercado relevante en que se realiza la conducta; ii) tengan o puedan tener como objeto o efecto las consecuencias enunciadas en la fracción III del artículo 54 de la LEY; y iii) no acredite el Agente Económico estar en los supuestos del artículo 55 de la LFCE.

Al respecto, en diversos precedentes decisorios de la COFECE, como los que constan en los expedientes DE-004-2016⁴ y DE-044-2006⁵, se estableció lo siguiente:

Expediente DE-004-2016

IV. Análisis de las conductas investigadas [...]

Aunado a que, como se expuso anteriormente, APIVAL tampoco tiene injerencia final en la determinación de la contraprestación que paga por operar y explotar Los PEINES, ni en las tarifas de atraque que ahí se cobran, por lo que no puede presumirse que esté llevando acciones tendientes a incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo de ITV o estrechar los márgenes de ITV o que APIVAL esté incurriendo en una depredación de precios en el MERCADO INVESTIGADO. En consecuencia, no se configuran las conductas a que se refieren los artículos 10, fracciones VII y XI, de la LEY ANTERIOR Y 56, fracciones VII, XI Y XIII de la LFCE.

Cabe aclarar que, si bien la fracción XIII del artículo 56 de la LFCE hace referencia al acceso a un insumo esencial, también es cierto que de los elementos que obran en el EXPEDIENTE no se desprende la realización de un estrechamiento de márgenes, siendo que éste es uno de los elementos requeridos en el supuesto contemplado en el artículo y fracción antes señalado, por lo que no es necesario analizar la existencia de un insumo esencial, debido a que las conclusiones emitidas en esta resolución no variarían.

En ese sentido, dado que no se actualizan los supuestos establecidos en los artículos referidos, resulta innecesario el análisis del objeto o efecto de las conductas denunciadas; o bien, el análisis correspondiente a la determinación del mercado relevante y el poder sustancial.

Por lo anteriormente expuesto, el Pleno,

RESUELVE:

Único. Decretar el cierre del EXPEDIENTE con fundamento en el artículo 78, párrafo tercero, de la LFCE, al no existir elementos suficientes, en los términos expuestos en la presente resolución,

⁴ Vid. Resolución del Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, dictada en el expediente DE-004-2016 el 10 de mayo de 2018, p. 29. Disponible en: <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V254/19/4265129.pdf>

⁵ Vid. Resolución del Pleno de la Comisión Federal de Competencia, dictada en el expediente DE-044-2006 el 31 de marzo de 2008, p. 16. Disponible en: <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Concentraciones/V270/493/1066288.pdf>

AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

para sustentar la probable responsabilidad del agente económico investigado y, en consecuencia, para iniciar el procedimiento seguido en forma de juicio.

Expediente DE-044-2006

CONSIDERACIONES DE DERECHO

[...]

Quinta. Por último, para acreditar una práctica monopólica relativa, en primer lugar, se debe realizar el estudio al que se refiere el artículo 10 de la LFCE⁶, relativo a verificar si la conducta denunciada se adecua o no a las proscritas por dicho artículo en alguna de sus fracciones, así como su objeto o efecto; solamente en el caso de ocurrir lo anterior, se procede al análisis a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE⁷, así como sus correlativos 9, 10, 11 y 12 del Reglamento de la LFCE, relativos a determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante. Toda vez que la conducta denunciada no actualizó los supuestos establecidos en el mencionado artículo 10, fracción VIII, de la LFCE, no procede continuar con el análisis de referencia.

Por lo anteriormente expuesto y fundado se emiten los siguientes:

RESOLUTIVOS

Primero. Se decreta el cierre del expediente en que se actúa, al no existir elementos suficientes para sustentar la probable responsabilidad de agente económico alguno por la realización de las prácticas monopólicas relativas investigadas, en términos del artículo 31 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica.

[...]

Al respecto, se sugiere valorar la pertinencia de que la Guía refleje los precedentes decisorios de la Comisión que han establecido que en caso de que no se acredite el encuadramiento de la conducta a alguna de las previstas en el artículo 56 de la LFCE, no es necesario analizar los demás elementos constitutivos de la práctica anticompetitiva, como son la determinación del mercado relevante y del poder sustancial del agente económico investigado en dicho mercado, por lo que en ese caso la Autoridad Investigadora propondrá al Pleno el cierre del expediente.

En ese sentido, se sugiere ajustar el texto citado en el anteproyecto en el apartado VI, párrafo décimo primero, a efecto de señalar que sólo serán ilícitos los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinación en los que i) la conducta encuadre en alguna(s) de la(s) prevista(s) en el artículo 56 de la LFCE; ii) sea(n) realizada(s) por uno o varios agentes económicos con poder sustancial en el mercado relevante en que se realiza la conducta; iii) tengan o puedan tener

⁶ El artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 (LFCE abrogada), establecía el catálogo de conductas que actualmente prevé el artículo 56 de la Ley Federal de Competencia Económica vigente.

⁷ Los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE abrogada establecían los supuestos que actualmente prevén los artículos 54, fracción II, 58 y 59 de la Ley Federal de Competencia Económica vigente, relativos a la definición de mercado relevante y la determinación de poder sustancial de mercado.



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

como objeto o efecto las consecuencias enunciadas en la fracción III del artículo 54 de la ley, y vi) no acredite el Agente Económico estar en los supuestos del artículo 55 de la LFCE.

- El anteproyecto señala en el apartado "IV. Las concentraciones ilícitas", párrafo séptimo, lo siguiente:

Una vez iniciada una investigación por concentración ilícita, la Autoridad Investigadora conocerá, en su caso, sobre el posible incumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse. Salvo este caso, para determinar y, en su caso, aplicar la sanción que establece el artículo 127, fracción VIII, de la LFCE, la COFECE debe iniciar y desahogar el procedimiento a que se refiere el artículo 133 de las DISPOSICIONES REGULATORIAS. Respecto de dicho procedimiento, cabe precisar que, en cualquier momento, si el Secretario Técnico considera que existen indicios de que la operación podría actualizar lo dispuesto en el artículo 62 de la LFCE, o tiene conocimiento de que la operación correspondiente está siendo investigada por la Autoridad Investigadora, emitirá un acuerdo en el que dé por terminado el procedimiento establecido en el artículo citado y enviará el expediente a la Autoridad Investigadora para que determine lo conducente, de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de las DISPOSICIONES REGULATORIAS.

Al respecto, sin perder de vista que la Guía no tiene efectos vinculantes y que retoma lo dispuesto en las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica emitidas por la COFECE, resulta oportuno observar que, a consideración de esta Autoridad Investigadora del Instituto Federal de Telecomunicaciones, el procedimiento incidental para sancionar la omisión de notificar una concentración notificable sólo resulta procedente cuando, habiendo sido investigada como posiblemente ilícita una concentración notificable no notificada, la Autoridad Investigadora concluya que no tuvo por objeto o efecto dañar u obstaculizar el proceso de competencia y libre concurrencia, es decir, que no fue ilícita y el Pleno confirme tal determinación.

Lo anterior en virtud de que, si una operación estaba sujeta por disposición legal a someterse al análisis de su objeto y efectos *ex ante*, vía notificación y autorización previa a su realización, y los agentes económicos involucrados no cumplen con tal obligación, el objeto y efectos de dicha operación debe analizarse *ex post*, lo que sólo puede ocurrir mediante el ejercicio de las facultades de investigación de la Autoridad Investigadora⁸.

⁸ Se considera que puede tomarse como referencia la sentencia recaída al Amparo en Revisión 217/2017, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 22 de noviembre de 2017.

*"El Secretario Técnico de la Comisión emitió el oficio dentro del expediente ***** (cuyas siglas se refieren a "verificación de cumplimiento de la ley"). En otras palabras, el oficio no se emitió en el contexto de uno de los procedimientos que la Ley Federal de Competencia Económica prevé para que la Comisión despliegue sus atribuciones, sino a partir de una investigación genérica so pretexto de verificar si se ha cumplido con la legislación en la materia.*

[...]

La Comisión no solamente no precisó el tipo de investigación legal al que respondía el despliegue de sus facultades, sino que además, requirió información a partir de un expediente genérico no previsto en ley, cuyo objeto responde a la necesidad de recabar

AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

A mayor abundamiento, en caso de que los agentes económicos involucrados en una operación que debió notificarse y así someterse al análisis *ex ante* de la autoridad de competencia económica incumplan con dicha obligación, no basta con que la autoridad sancione la omisión de notificar la concentración notificable, sino que necesariamente debe analizarse su objeto y efectos mediante la sustanciación de una investigación. Y sólo en caso de que de la investigación resulte que la concentración notificable no tuvo por objeto o efecto dañar el proceso de competencia y libre concurrencia, y tal circunstancia sea confirmada por el Pleno, sería procedente sancionar la omisión de notificarla, vía incidental.

- El anteproyecto señala en el apartado "VI. Principales etapas de una investigación por posibles prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas", párrafo duodécimo, lo siguiente:

De esta manera, para poder sostener o motivar los elementos económicos que están contenidos en la normatividad de la materia, se realiza un análisis económico que sustenta las conclusiones presentadas por la Autoridad Investigadora, ya sea en el DPR o en el cierre de la investigación.

mayores elementos probatorios a partir de las notas periodísticas a las que se ha venido haciendo referencia, cuya existencia no se advierte en la Ley Federal de Competencia Económica.

[...]

Del análisis integral de dicha normativa, no se desprende que el legislador haya dotado a la Comisión de una competencia genérica para "verificar el cumplimiento de la ley", sino que se listaron las conductas que justamente son contrarias al artículo 28 constitucional y a la propia ley federal –monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas, barreras a la libre concurrencia y a la competencia económica, y restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados–, para lo cual se previeron procedimientos de investigación concretos.

En otras palabras, la Comisión no actuó a partir de alguno de los procedimientos que expresamente prevé la ley de la materia y que sirven de cauce para su actuación, sino que por el contrario, creó un procedimiento no previsto ni en la ley, ni en algún otro tipo de normativa que resultara aplicable a su actuación.

[...]

Sin embargo, del análisis del propio Estatuto, en específico de su numeral 16, se advierte que la Autoridad Investigadora de la Comisión Federal de Competencia Económica es la encargada de iniciar, sustanciar, turnar, coordinar y supervisar las investigaciones establecidas en la ley y es parte del procedimiento seguido en forma de juicio.

[...]

Lo anterior pone de manifiesto que si bien, la Secretaría Técnica de la Comisión Federal de Competencia Económica, tiene entre sus facultades llevar a cabo la sustanciación de los procedimientos previstos en la ley, lo cierto es que el inicio de las investigaciones corresponde en exclusiva al Titular de la Autoridad Investigadora.

En consecuencia, con independencia del nombre asignado al procedimiento a partir del cual el Secretario Técnico requirió información a la quejosa, lo cierto es que acorde al Estatuto de la propia Comisión, dicha autoridad no tiene atribuciones para dar inicio de alguna investigación, sino únicamente tramitar los procedimientos legales, pues ello compete de manera exclusiva al Titular de la Autoridad Investigadora."



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

Al respecto, se sugiere hacer referencia al "dictamen que propone el cierre" del expediente, pues corresponde al Pleno decretar el cierre de conformidad con el artículo 78 de la LFCE.

- El anteproyecto señala en el apartado "5. Comprobación, desechamiento y/o reformulación de hipótesis de daño", párrafo segundo, inciso viii), lo siguiente:

En caso de que la información recabada no confirme las hipótesis se propondrá el cierre de la investigación en virtud de haber encontrado información o documentos de los que se deduzca o que confirmen:

[...]

viii) que existiendo la concentración, se cuente con elementos que permitan advertir a la Autoridad Investigadora, lo siguiente: a) que la concentración no debió ser previamente notificada a para su autorización a la COFECE, en términos de lo dispuesto en el artículo 86 de la LFCE y, b) que el acto jurídico materia de la concentración se perfeccionó un año natural previo a la emisión del acuerdo de inicio de investigación.

Se considera que la redacción del inciso viii), inciso b), es imprecisa. Se recomienda señalar que se propondrá el cierre del expediente cuando haya transcurrido un año o más de que se hubiera perfeccionado el acto jurídico materia de la concentración, contado a partir de la emisión del acuerdo de inicio de la investigación.

3) Anteproyecto de modificaciones a la Guía para el inicio de investigaciones por prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas.

a) Principales modificaciones.

- Se precisa que para efectos de la Guía se considerarán las definiciones del artículo 3 de la LFCE y las previstas en la propia Guía; se elimina la definición de "Autoridad Investigadora" y se adiciona la definición de "Suprema Corte de Justicia de la Nación".
- El anteproyecto señala que retoma criterios y resoluciones de la Comisión, así como algunas determinaciones relevantes del Poder Judicial de la Federación en la materia.
- En el apartado "Introducción" se adiciona la referencia a la práctica de inspecciones como una de las facultades de la Autoridad Investigadora.
- El texto vigente de la Guía tiene el alcance de explicar lo relativo al inicio de investigaciones de prácticas monopólicas absolutas y prácticas monopólicas relativas; el anteproyecto incorpora la explicación relativa al inicio de



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

investigaciones de concentraciones ilícitas, por lo que incorpora un apartado en el que explica qué se entiende por concentración, cuáles se consideran ilícitas, los indicios de su existencia, así como las concentraciones que puede investigar la Comisión.

- En el apartado "Causa Objetiva" se adicionan dos párrafos que señalan que no es exigible que en el acuerdo de inicio se cuente con todos los elementos de convicción de la existencia de una violación a la LFCE, ya que la naturaleza y el objetivo de la etapa de investigación es determinar si se cuenta con esos elementos; y que la causa objetiva que se establezca en el acuerdo de inicio no limita el objeto de la investigación, por lo que la Autoridad Investigadora podrá seguir las líneas de investigación que considere pertinentes dentro del mercado investigado que se defina en el acuerdo de inicio, e incluso podrá imputar probable responsabilidad por hechos ajenos a los que dieron origen a la investigación.
- En el apartado "Prácticas Monopólicas Absolutas" se señala que dos o más agentes económicos son competidores entre sí cuando participan o pueden participar en el mismo mercado; y se adiciona un párrafo en el que se indica que si dos o más personas pertenecen al mismo grupo de interés, no pueden ser consideradas como agentes económicos competidores entre sí para efectos del artículo 53 de la LFCE.
- En el apartado "Denuncias" se adiciona la siguiente definición de denuncia: *"Es un acto procesal mediante el cual se hace del conocimiento de la Autoridad Investigadora, hechos o actos en los mercados que, a consideración del denunciante, podrían significar la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas. En ese sentido, la denuncia es el medio a través del cual se presentan los indicios que necesitaría la autoridad para determinar si se inicia una investigación."*

En el mismo apartado se precisa la explicación sobre el cumplimiento de los requisitos que debe contener una denuncia:

- Respecto del denunciado, se precisa que las autoridades únicamente tendrán el carácter de agente económico cuando los actos o hechos denunciados hayan sido realizados en su calidad de participantes en el mercado de que se trate, y no en su carácter de autoridad en el ejercicio de sus atribuciones.
- Respecto a la descripción de los hechos relacionados con la denuncia, el anteproyecto sugiere amplitud y detalle en los hechos denunciados y



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

recomienda incluir el (los) grupo(s) de interés económico a que pertenece(n) el (los) denunciado(s); la medida en que las prácticas denunciadas afectan las condiciones de competencia en el mercado, y la racionalidad económica de realizar tales prácticas o actos por el parte del (los) denunciado(s).

- o En el listado de documentos y medios de convicción se agregan análisis de patrones, fotografías y mensajes de texto; y se sugiere que la presentación de los documentos y medios de convicción se realice en formato electrónico que permitan búsqueda por palabras, sin contraseñas y ordenadas en carpetas identificadas por tema.
- Se agregan ejemplos de los elementos que podría contener una denuncia para la fijación de precios de un bien o servicio (práctica monopólica absoluta), ventas atadas de dos bienes (práctica monopólica relativa) y para una concentración ilícita.
- El texto vigente de la Guía señala que el análisis de la denuncia puede resultar en el dictado de un acuerdo de inicio de una investigación, un acuerdo de prevención, o bien, un acuerdo de desechamiento de la denuncia. El anteproyecto adiciona el acuerdo de no presentación como uno de los acuerdos que puede recaer a la presentación de una denuncia.
- En el apartado "Otros procedimientos tramitados ante la Comisión" se establece la vista que le dará la Secretaría Técnica a la Autoridad Investigadora si detecta indicios de una práctica monopólica o una concentración ilícita. En el anteproyecto se adicionan dos párrafos en los que se aclara que este intercambio de información entre áreas no es contrario a la autonomía constitucional, pues será la Autoridad Investigadora quien, con plena independencia técnica, determine si los indicios presentados son suficientes para iniciar una investigación y seguirá el trámite sin intervención de otras áreas. Además, precisa que durante la investigación la Secretaría Técnica no tiene acceso a los procedimientos de investigación que se tramitan ante la Autoridad Investigadora.
- En el apartado "Solicitud para acogerse al Programa de Inmunidad" se elimina un párrafo que indica que esa fuente es exclusiva para las investigaciones iniciadas de oficio por posibles prácticas monopólicas absolutas y otro que señala la correlación entre el porcentaje de reducción de la multa y el orden de presentación de la solicitud.



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

- Se adiciona el apartado "Reporte Anónimo de Prácticas Anticompetitivas", en el que se señala que cualquier persona puede reportar, de manera anónima, hechos de los que tenga conocimiento y considere que constituyen alguna práctica anticompetitiva; y que la Comisión verificará si existen elementos para iniciar una investigación de oficio con base en la información recibida.

b) Opinión.

- El anteproyecto señala en el apartado "Concentraciones Ilícitas", párrafo quinto, lo siguiente:

Cabe mencionar que la COFECE sólo puede investigar aquellas concentraciones que no superen ciertos umbrales cuando hayan transcurrido menos de un año de su realización, es decir, aun cuando no requirieron ser previamente notificadas a la COFECE. Asimismo, podrán ser investigadas las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable por parte de la COFECE, cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa o bien cuando la resolución haya quedado sujeta a condiciones posteriores y las mismas no se hayan cumplido en el plazo establecido para tal efecto.

Al respecto, sin perder de vista que la Guía no tiene efectos vinculantes y que retoma lo dispuesto en las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica emitidas por la COFECE, resulta oportuno observar que, a consideración de esta Autoridad Investigadora del Instituto Federal de Telecomunicaciones, además de las concentraciones señaladas en la Guía, también pueden ser investigadas como posiblemente ilícitas aquellas concentraciones que actualicen los umbrales previstos en el artículo 86 de la LFCE y que no hayan sido notificadas previamente a su realización.

De hecho, tal circunstancia ya se encuentra prevista en el artículo 54 de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica emitidas por la COFECE, en su modificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de agosto de 2019.⁹

- En el apartado "Denuncias" del anteproyecto se enlistan los requisitos para presentar una denuncia. Respecto de los hechos relacionados con la denuncia, el anteproyecto recomienda adicionar diversa información que pudiera resultar útil para el análisis que realice la Autoridad Investigadora, en la que se destaca la

⁹ Artículo 54. [...]

Iniciada una investigación por concentración ilícita, la Autoridad Investigadora conocerá, en su caso, sobre el posible incumplimiento de la obligación de notificar una concentración cuando legalmente debió hacerse y sobre la determinación respecto a si algún fedatario intervino en actos relativos a una concentración cuando no hubiera sido autorizada en términos de la Ley. En esos casos, será aplicable lo establecido en el Libro Tercero, Títulos I y II de la Ley.

[...]



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

recomendación de incluir "la racionalidad económica de realizar tales prácticas o actos por parte del (los) denunciado(s)".

Si bien se trata de una recomendación y que, por lo tanto, no resulta vinculante para el denunciante, se considera excesivo solicitarle información sobre la racionalidad económica de la realización, por parte del denunciado, de las prácticas anticompetitivas materia de su denuncia.

Al respecto, se considera que en todo caso la racionalidad económica debe ser analizada por la autoridad con base en la información de la que se allegue en el curso de la investigación, incluida aquella que pueden presentar los agentes económicos investigados para acreditar eficiencias antes de la emisión del acuerdo de conclusión de la investigación.

- El anteproyecto señala en el apartado "Reporte anónimo de prácticas anticompetitivas", párrafo tercero, lo siguiente:

Ahora bien, el reporte no debe entenderse como una denuncia en términos de la normativa de competencia económica y, en consecuencia, no obliga a la COFECE en ningún caso a iniciar un procedimiento de investigación conforme al artículo 30 de la Ley Federal de Competencia Económica.

Al respecto, se considera que la redacción es confusa, en virtud de que puede entenderse en el sentido de que en caso de existir una denuncia la autoridad está obligada a iniciar un procedimiento de investigación, situación que no es acorde con las disposiciones de la LFCE; además de que el referido artículo 30 de la LFCE no guarda relación con el tema en comento.

4) Anteproyecto de modificaciones a la Guía para el intercambio de información entre agentes económicos

a) Principales modificaciones

- Se precisa que para efectos de la Guía se considerarán las definiciones del artículo 3 de la LFCE.
- En el apartado denominado "Intercambio de información con efectos negativos", en el párrafo tercero, se elimina la palabra "bloqueo" y se agregan dos ejemplos, uno relativo al sector agropecuario y otro a la industria del periodismo.
- En el apartado denominado "Elementos a considerar en el intercambio de información" se agrega un ejemplo de acuerdos de compra que muestra dos

AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

escenarios, uno con mayor riesgo de efectos colusorios y otro con menor riesgo. Asimismo, se agrega un párrafo que prevé que la Comisión podrá analizar no sólo el mercado implicado directamente en el intercambio de información, sino también aquellos mercados que pudieran ser afectados por el intercambio. En ese sentido, se señala que se considerarán como mercados afectados aquéllos en los que los competidores acuerden colaborar, pero también podrían incluir mercados adicionales en los que los participantes en el acuerdo sean competidores actuales o potenciales.

- En el apartado denominado "Características del mercado" se agrega el siguiente párrafo: *"En este sentido, la Comisión reconoce que, por su estructura, hay mercados en los que es más fácil que existan que los acuerdos entre Competidores presenten mayores riesgos a la competencia"*; se cambia el inciso b) "Participantes en el mercado" por "Concentración en el mercado". En ese mismo apartado se crea un nuevo inciso g) "Barreras a la entrada" del cual forman parte dos párrafos del inciso f) "Innovación" de la Guía.
- En el apartado denominado "¿Qué tipo de intercambio de información podría generar mayores riesgos para la competencia económica? se agrega el rubro "Barreras a la entrada" a la Tabla 2 "Características del mercado en donde participan las empresas que pudieran intercambiar información".
- En el apartado denominado "Convenios de colaboración y convenios de co-inversión (Joint-Ventures) entre Competidores" se agregan párrafos en los que: i) se describen los acuerdos de compra conjunta y se indica que pueden aumentar o crear el poder de negociación de los participantes desmesuradamente, limitando la competencia, por lo que se deberá considerar la necesidad o el carácter indispensable del intercambio de información para su realización, toda vez que podrían estar afectando mercados relacionados al mercado en el que realizaron el acuerdo de colaboración; ii) se especifica que los proyectos de colaboración en actividades de investigación y desarrollo puede incluir el outsourcing o subcontratación de ciertas actividades de investigación y desarrollo, y iii) se señala que los acuerdos de comercialización y distribución suelen constituir arreglos sobre el precio de venta o sobre la distribución recíproca por zonas geográficas, por lo que dichos acuerdos tienen riesgo de ser considerados contrarios a la competencia, ya sea por fijación de precios o segmentación de mercados.

En el mismo apartado, se establece que para evitar lo anterior, se podrán establecer salvaguardas para limitar el intercambio de información estratégica entre los participantes, asegurando que solo las personas que operan el acuerdo tengan acceso a la información y que la colaboración deberá limitarse a la



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

estrictamente necesaria para llevar a cabo su función esencial, incluyendo que su duración y los compromisos entre los agentes sean los estrictamente necesarios.

Además, Se agrega un ejemplo respecto de los acuerdos de mercadeo o comercialización que muestra dos escenarios, uno con mayor riesgo de efectos colusorios y otro con menor riesgo.

b) Opinión

- Se coincide en el acotamiento de la aplicación de la Guía al ámbito competencial de la COFECE, tal como se advierte de su texto al excluir de su aplicación a los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

"La COFECE es el órgano constitucional autónomo encargado de garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, con excepción de aquellos relativos a la radiodifusión y las telecomunicaciones".

- El anteproyecto señala en el apartado "Glosario" lo siguiente:

Para los efectos de la presente Guía se considerarán las definiciones contenidas en el artículo 3 de la LEY y las siguientes:
[...]

Se recomienda valorar si el Glosario debiera incluir no solo una remisión al artículo 3 de la LFCE sino también al artículo 7 de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE que menciona lo que puede considerarse como barreras a la entrada. Lo anterior a razón de las modificaciones a la Guía relacionadas con barreras a la entrada, en los apartados "C.2. Características del mercado" donde se crea un nuevo inciso g) "Barreras a la entrada" y el apartado D. ¿Qué tipo de intercambio de información podría generar mayores riesgos para la competencia económica?" donde se agrega el rubro "Barreras a la entrada" a la Tabla 2.

- El anteproyecto señala en el apartado "B.2. Intercambio de información con efectos negativos", párrafo tercero, lo siguiente:

Así, por ejemplo, el intercambio de información puede ser considerado dentro del análisis de una práctica monopólica relativa.

Al respecto se considera que no es congruente con el ejemplo que luego se presenta del sector agropecuario, el cual involucra una asociación en el contexto de una práctica monopólica absoluta.



AUTORIDAD INVESTIGADORA
Oficio No. IFT/110/AI/029/2020

- El anteproyecto señala en el apartado "B.2. Intercambio de información con efectos negativos", párrafo séptimo, lo siguiente:

Ejemplo:

En la industria del periodismo, las agencias internacionales que cuentan con corresponsales en todo el mundo producen mucha información y notas periodísticas. Si ellos restringen el acceso de la información a terceros con el objeto de tener ventajas sobre ellos, están poniendo al consumidor en una posición débil que impide la entrada de nuevos participantes.


Al respecto, como tal no existe la "industria del periodismo", se sugiere utilizar "industria de medios escritos".

- El anteproyecto señala en el apartado "C. Elementos a considerar en el intercambio de información", párrafo duodécimo, lo siguiente:

Es importante señalar, que la Comisión podrá analizar, no sólo el mercado implicado directamente en el intercambio de información, sino también aquellos mercados que pudieran ser afectados por el intercambio. En este sentido, se considerarán como mercados afectados aquellos en los que los Competidores acuerden colaborar, pero también podrían incluir mercados adicionales en los que los participantes en el acuerdo sean Competidores actuales o potenciales.

Al respecto, se define el concepto de "mercados afectados", se sugiere cambiar el nombre, porque todos son mercados afectados, solo que unos son directos y otros son indirectos.

Sin otro particular, le envío un cordial saludo.

ATENTAMENTE
LA TITULAR

PAULINA MARTÍNEZ YOUN

GME

C.c.p. Mtro. Adolfo Cuevas Teja, en suplencia por ausencia del Comisionado Presidente del IFT.
Rafael López del Valle, en suplencia por ausencia del Titular de la Unidad de Competencia del IFT.

En cumplimiento al "Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones expide los Lineamientos de Austeridad y Disciplina Presupuestaria para el ejercicio fiscal 2020", las copias de conocimiento que se marcan en el presente oficio se enviarán por correo electrónico.