

The New Rules of the Brazilian Antitrust Authority on Associative Agreements



CPI COMPETITION POLICY
INTERNATIONAL

By Francisco E. Castillo & Elisa V. Mariscal

Una característica de un país democrático es la existencia de pesos y contrapesos entre sus diferentes poderes. Esta particularidad es útil porque el actuar de diversos órganos de gobierno es en ocasiones imperfecto –por limitaciones institucionales, desacuerdos cognitivos sobre el “estado del mundo”, fallas en la representación política que afectan la búsqueda de los mejores resultados para la mayoría ciudadana, entre otros. Así, las acciones de gobierno deben construirse entre diversas instituciones para compensar las debilidades de las mismas, además de ser redundantes para que pueda mantenerse una decisión conjuntamente bajo control. La revisión judicial de actos administrativos es un claro ejemplo de lo anterior.

Con este antecedente como marco, tenemos la aprobación por parte del legislativo de una reforma constitucional en materia de competencia económica y telecomunicaciones de la que derivó la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR) que dio amplios poderes para limitar el poder de mercado en los mercados del servicio de televisión y audio restringido (STAR); la creación de un órgano autónomo e independiente técnica y presupuestalmente, y experto en temas de regulación de competencia que –al contrario de limitar– consideró poco riesgosa la consolidación del poder de mercado en STAR. La resolución tomada por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) en septiembre de 2015 consideró que no existían elementos para determinar la existencia de un agente económico con poder sustancial en los mercados del STAR. Ante esto, presumiblemente éramos testigos de la validación de las conclusiones de Stigler y Peltzman: en el conflicto entre distintos intereses dentro del proceso regulatorio, los intereses del sector productor suelen prevalecer sobre los intereses del consumidor.^{1,2}

¹ George J. Stigler, “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, núm. 1 (1971): 3–21,

² Sam Peltzman, “Toward a More General Theory of Regulation”, *The Journal of Law & Economics* 19, núm. 2 (1976): 211–40.





El pasado jueves 19 de enero de 2017, tuvimos una “probada” de lo que “sabe” una convivencia democrática madura en México. El Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones (CERT), el primero creado para especializarse en materia técnica y económica en México, resolvió por unanimidad dejar sin efectos la resolución del IFT con indicación explícita de que la decisión que tomó el IFT fue ilegal por basarse en la introducción de datos y evidencia recabadas fuera del periodo de investigación. Dejando de lado el sentido de la resolución del tribunal – con el que estamos de acuerdo y esperamos sea respetado por el IFT– el hecho de que por primera vez en la historia reciente de la regulación económica en México un tribunal judicial haya roto filas con el regulador autónomo para dejar sin efectos su resolución es motivo de celebración para todos.

Esta decisión fortalece el ímpetu a redoblar esfuerzos para colaborar con el poder judicial en materias especializadas en vía de extender su inteligencia para que la labor del control judicial vaya más allá del escrutinio débil de los actos administrativos. La revisión judicial requiere de fallos que comprendan el fondo de los asuntos que se están discutiendo en los reguladores especializados. Este control impone reglas para que la discrecionalidad de los órganos administrativos no sea ejercida a través de teorías “novedosas”; o la introducción de pruebas al final de una investigación sin que las partes puedan pronunciarse sobre ellas, en perjuicio del estado de derecho de todos. La misma decisión envía una clara señal a los reguladores sobre la importancia de contar con un área de investigación independiente, capaz de presentar y revisar pruebas y argumentos de todas las partes de forma imparcial; pero, sobre todo, enfatiza la naturaleza técnica y de razonabilidad con la que deben encararse cuestiones técnicas en sectores que requieren de un alto nivel de especialización en economía, regulación y competencia.

La importancia de determinar si un agente goza de poder de mercado en el STAR

El paradigma regulatorio que asumía la regulación en sectores que involucran industrias de redes se modificó en décadas recientes –principalmente a partir de los procesos de privatización de los otrora monopolios estatales– incorporando elementos relevantes de la política de competencia.³ Bajo esta óptica, la estrategia regulatoria se caracteriza por limitar la regulación de tipo *ex ante* a aquellos casos en que:

- Se pueda fomentar el desarrollo de infraestructura de los pequeños entrantes al sector mediante la regulación de los precios con los que acceden a la infraestructura de la empresa incumbente (escalera de inversión),⁴ y
- Existe un riesgo significativo derivado de la posibilidad de que la empresa dominante abuse de su poder de mercado.

Este enfoque regulatorio adoptado gradualmente en diversos países—entre ellos el nuestro—establece que los mecanismos regulatorios se deberán imponer de manera *ex ante* cuando converjan tres condiciones:

³ Peter Alexiadis y Martin Cave, “Regulation and Competition Law in Telecommunications and Other Network Industries”, en *The Oxford Handbook of Regulation*, de Robert Baldwin, Martin Cave, y Martin Lodge (OUP Oxford, 2010).

⁴ La “escalera de inversión” es un enfoque propuesto por Martin Cave que ha sido ampliamente aceptado por las agencias reguladoras de telecomunicaciones de los mercados europeos Martin Cave, “Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment”, *Telecommunications Policy* 30, núm. 3–4 (abril de 2006): 223–37, doi:10.1016/j.telpol.2005.09.001..

El enfoque consiste en proveer a las empresas entrantes al sector, sucesivamente, diferentes niveles de acceso a la infraestructura, mientras se les incentiva a invertir en infraestructura de acceso a la red que es cada vez menos replicable (*i.e.* subiendo una vez a la vez, cada uno de los escalones de la “escalera de inversión”). La forma en la que el enfoque induce a los operadores a invertir es estableciendo un cargo de acceso que se incrementa paulatinamente o eliminando las obligaciones de acceso al operador tradicional después de un periodo predeterminado.





- i) Presencia de barreras a la entrada no transitorias;
- ii) Ausencia de una tendencia hacia la competencia efectiva dadas las barreras a la entrada;
- iii) Insuficiencia de las normas de competencia para hacer frente a las consecuencias de la falla de mercado derivada de la existencia de una empresa dominante en el mercado.

De esta forma, el régimen regulatorio moderno descansa en la implementación de la triada estándar de competencia:

- a) Definición de mercado relevante,
- b) Identificación de la empresa dominante (agente económico con poder sustancial de mercado, de acuerdo con la ley mexicana), y;
- c) Formulación e implementación de las medidas regulatorias apropiadas.

Entonces, la principal motivación para la determinación de un agente con poder sustancial de mercado es identificar si el mercado bajo análisis enfrenta un riesgo potencial de conductas anticompetitivas por parte de la empresa dominante. En caso de que este riesgo sea significativo corresponderá al regulador sectorial la imposición de las medidas.

Preponderancia y poder sustancial en telecomunicaciones y radiodifusión en México

A partir de 2013, el esquema regulatorio en México se enfocó en facilitar la imposición de regulación asimétrica para reducir la elevada concentración en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones. Así, el legislador introdujo la figura de preponderancia o de Agente Económico Preponderante (AEP), como un concepto definido desde la Constitución, en la prestación de los servicios en dos sectores: radiodifusión o telecomunicaciones. Esto en razón de su participación nacional (arriba del 50%), medido ya sea por el número de usuarios, suscriptores, audiencia, por el tráfico en sus redes o por la capacidad utilizada de las mismas, de acuerdo con los datos con que disponga el IFT.⁵

De facto, esto le permite al IFT la imposición de medidas regulatorias casi inmediatas para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales. Así, el IFT determinó que, en el sector de las telecomunicaciones, el grupo económico del que forman parte América Móvil, Teléfonos de México y Teléfonos del Noroeste es un agente económico preponderante por razón de que su participación de mercado en el sector es superior al 50%.⁶ De la misma manera, el IFT determinó que Grupo Televisa (GTV) y sólo algunas de sus empresas de radiodifusión tenían el carácter de agente económico preponderante en el sector de radiodifusión.⁷ Como se puede apreciar, la preponderancia no responde a criterios específicos de competencia sino meramente regulatorios.

⁵ Artículo Octavo Transitorio del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones”. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.

⁶ Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones determina al grupo de interés económico del que forman parte América Móvil, Teléfonos de México y Teléfonos del Noroeste como Agente Económico Preponderante en el sector de telecomunicaciones. Disponible en <http://www.ift.org.mx/industria/politica-regulatoria/preponderancia-telecom/resolucion-pleno-ift-determina-grupo-1>.

⁷ Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de telecomunicaciones determina al grupo de interés económico de Grupo Televisa como Agente Económico Preponderante en el sector de radiodifusión. Disponible en <http://www.ift.org.mx/industria/politica-regulatoria/preponderancia-radiodifusion/resolucion-ift-determina-grupos-interes>.





La reforma constitucional también impuso la obligación al IFT de utilizar su brazo de competencia en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, para determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en el mercado nacional de audio y video asociado a través de redes públicas de telecomunicaciones y, en su caso, imponer las medidas correspondientes.⁸ Desde un punto de vista técnico, esta decisión sonaba coherente ya que la convergencia eventualmente haría que la TV y audio restringido se constituyeran en una restricción competitiva a ambos sectores –telecomunicaciones y radiodifusión. De esta manera, se estaba permitiendo que un sector dinámico que estaba convergiendo con los otros dos sectores regulados, tuviera la posibilidad de regularse no por decreto sino por los efectos de la dinámica competitiva entre operadores en cada mercado. Así levantar o modificar medidas en estos mercados sería mucho más sencillo y flexible de lo que sería para los dos sectores que contaban con agentes preponderantes.

Sin embargo, a pesar de que la LFTR estableció la obligación de un análisis de competencia riguroso; que el Dictamen Preliminar de la Autoridad Investigadora (AI) independiente del IFT determinó que GTV tiene poder sustancial en 2,124 mercados relevantes en la provisión del STAR;⁹ que la Unidad de Competencia –luego de valorar todas las pruebas de las partes afectadas, principalmente de GTV– propuso al Pleno del IFT declarar la existencia de poder sustancial en los mercados relevantes ya definidos del grupo económico encabezado por Televisa;¹⁰ y que el Pleno del IFT mantuviera en su Resolución los argumentos de la AI casi intactos, se registró un fallo sorprendente. En página y media se vertieron argumentos contrarios a todo el acervo de información que apuntaba el Dictamen Preliminar en una dirección –con base en datos que exceden y no corresponden con el periodo investigado por la AI– y el Pleno del IFT resolvió que no podía acreditar la existencia de un agente económico con poder sustancial en los mercados del STAR.

En específico, el Pleno del IFT manifestó que “las empresas que actualmente forman parte de GTV cuentan con la mayor participación agregada en este servicio”, pero atenúa al sugerir que “sus principales competidores han crecido e incrementado su participación de mercado”. Las cifras del documento muestran que la participación de mercado de las empresas que “actualmente” forman parte de GTV pasó de 64.1 a 62.2%, en el período septiembre 2013 a marzo 2015. Un supuesto aumento de 2 puntos porcentuales en la participación de agentes en el margen del mercado fue suficiente, ante los ojos del regulador, para determinar que el agente más grande no ostenta poder de mercado. Ello, a pesar de que la AI ofreció elementos para acreditar que GTV tiene poder sustancial en 2,124 mercados relevantes, ya que:

- 1) Cuenta con la mayor participación de mercado en dichos mercados;
- 2) Controla contenidos que resultan relevantes de incluir en la oferta comercial de sus rivales;
- 3) Posee una ventaja competitiva respecto de sus rivales para acceder a los contenidos que no produce, debido a que cuenta con una amplia base de suscriptores en la mayoría de los mercados relevantes;
- 4) A diferencia de sus competidores, cuenta con dos plataformas tecnológicas (cable y satélite) para prestar el STAR, lo que le permite brindar una oferta más amplia, abarcar una mayor proporción de

⁸ Artículo trigésimo noveno transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

⁹ Versión pública del dictamen preliminar emitido en el expediente AI/DC-001-2014. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/unidad-de-competencia-economica/version-publica-del-dictamen-preliminar-emitido-en-el-expediente-aidc-001-2014>.

¹⁰ Versión Estenográfica (Versión Pública) de la XXXIII Sesión Extraordinaria del Pleno 30 de septiembre de 2015. Disponible en: http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/extraordinaria/xxxiii-sesion-extraordinaria-del-pleno-30-de-septiembre-de-2015/versionpublicaestenografica33ext300915_1.pdf. Página 14.





consumidores con distintas capacidades de pago y preferencias en los mercados, además de que debilita un mercado que, de no formar parte del grupo económico, podría ser una restricción competitiva importante;

- 5) Existen barreras a la entrada significativas en los mercados relevantes; y
- 6) Existen pocos competidores en los mercados, los cuales no ejercen presión competitiva suficiente a GTV; lo anterior, se refleja en los altos márgenes de ganancias y altos ingresos promedio por usuario, los cuales además de ser superiores al resto de los proveedores del STAR han mostrado una tendencia creciente en los últimos años.

Problemas con la decisión de IFT respecto de poder sustancial de mercado en STAR

En torno a este actuar se desdoblan dos preocupaciones respecto del actuar del Pleno del IFT. La primera, que efectivamente identifica el Tribunal, es que la evidencia sobre la que se determinó el fallo del IFT fue introducida de manera ilegal por corresponder a un periodo distinto al de la investigación de la AI. El dictamen preliminar de la AI contiene evidencia que comprende el periodo de enero de 2009 a agosto de 2014 –periodo que es considerado en la sentencia del Tribunal como “representativo y correspondiente al mandato legal impuesto por el legislador de manera puntual al IFT”.¹¹ Lo que contrasta con la evidencia utilizada por el Pleno para tomar su decisión, la cual se refiere al periodo comprendido entre septiembre de 2014 y marzo de 2015; el cual, además de que no corresponde a la etapa investigada, no cumple con el mandato del legislador (en el trigésimo noveno transitorio de la LFTR) para, en su caso, emitir la declaratoria de poder sustancial.

La segunda preocupación se fundamenta en que la misma evidencia introducida no sólo tiene una naturaleza ilegal, sino que también esta evidencia está construida sobre evidencia incompleta (*cherry picking*) o—más grave aún—la acción deliberada de presentar cierta información a modo con el fin de persuadir a la audiencia a aceptar una posición cuando la evidencia que se deja de lado podría llevar a una conclusión distinta. En este caso hay al menos cuatro razones que denotan la gravedad de lo que se decidió incluir y excluir:

- 1) La “erosión de participación de mercado de GTV” se da en un periodo tan corto que no es posible hacer inferencias científicamente válidas a partir de su observación. La reducida temporalidad (seis meses) sobre la que se basó el Pleno para tomar su decisión contrasta ampliamente con el periodo analizado en el dictamen preliminar (cinco años). Sugerir que el incremento en la participación de los competidores de GTV en un periodo tan corto es evidencia de que no existe poder sustancial no encuentra sustento en la teoría económica.
- 2) La disminución de poder de participación de mercado es muy pequeña (2 puntos porcentuales) como para inferir una disminución de poder de mercado y existencia de condiciones de competencia efectiva en los mercados locales; cuestión que resta validez a la conclusión del Pleno.
- 3) La dimensión geográfica local de los mercados relevantes está justificada ampliamente en el Dictamen Preliminar de la AI. Las tendencias en los movimientos de participación de mercado consideradas por el Pleno son de carácter nacional. Tomar en cuenta participaciones agregadas a nivel nacional no dice nada

¹¹ Resolución del Amparo en Revisión 141/2016 del Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Disponible en: http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1304/13040000198342170004004.docx_0&sec=Marco_Antonio_Perez_Meza&svp=1. Parágrafo 156 y 159.

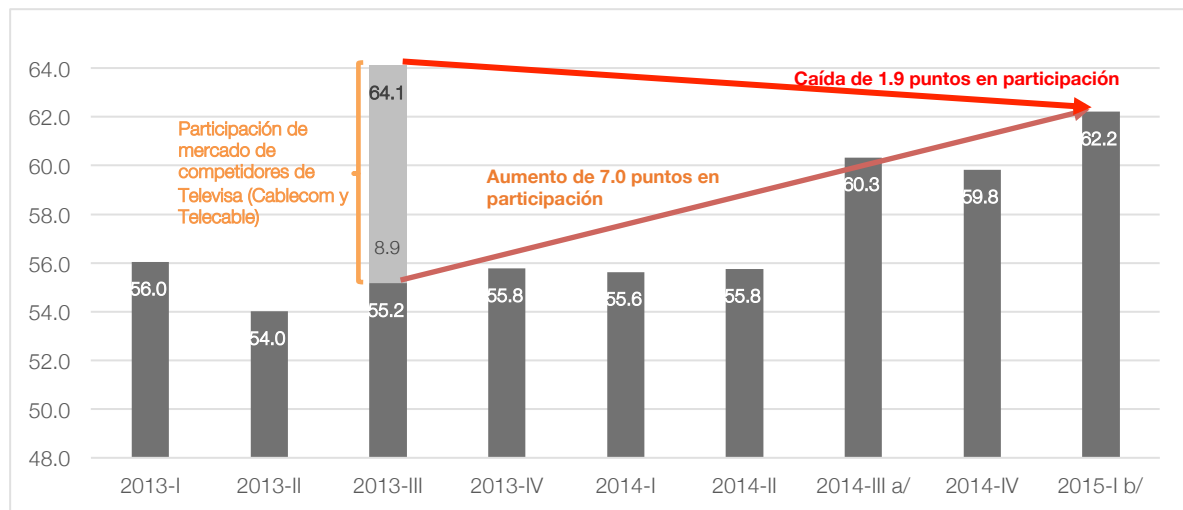




sobre la realidad en mercados locales, particularmente en mercados en donde pueden no existir restricciones competitivas reales.

- 4) Finalmente, se consideró la participación de mercado de un agente económico que no existía en el periodo base de la evidencia introducida por el Pleno (septiembre de 2013). Las participaciones históricas de GTV consideradas en las conclusiones del Pleno del IFT para la emisión de su fallo se midieron incluyendo en el grupo de interés de GTV a Cablecom y a Telecable; siendo que ningunas de las dos empresas formaban parte del grupo todavía.¹² La lectura correcta es que, en el periodo que aduce el Pleno del IFT, la participación de mercado de GTV aumentó 7.0 puntos porcentuales. Esto es incongruente con un análisis válido en materia de competencia económica.

Figura 1. Participación de mercado de GTV en el STAR, 2013-2015 (porcentajes)



a/ Compra de Cablecom (agosto de 2014).

b/ Compra de Cablevisión Red o Telecable (enero de 2015).

Fuente: elaboración propia con datos de los Informes Trimestrales del IFT, 1er. trimestre 2013 al 1er. trimestre 2015 e Informes Anuales de Televisa de 2013, 2014, y Reportes trimestrales de Televisa 2013, 2014 y 2015.¹³

El contrapeso judicial: amparo contra la resolución del IFT

Con esta historia como antecedente, es que llega el amparo indirecto de tres diferentes agentes al poder judicial, entre ellos, el de Televisora del Valle de México (Proyecto40). Su afectación se da por la regla de gratuidad en la retransmisión de contenidos de televisión abierta a través de sistemas de televisión de paga. De acuerdo con la

¹² Cablecom a partir de agosto de 2014, y Telecable a partir de enero de 2015.

¹³ Informes disponibles en las siguientes ligas <http://i2.esmas.com/documents/2014/05/09/3242/descrpcion-del-negocio.pdf>, <http://i2.esmas.com/documents/2013/10/24/3122/reporte-tercer-trimestre-2013.pdf>, <http://i2.esmas.com/documents/2013/07/08/3056/reporte-segundo-trimestre-2013.pdf>, <http://i2.esmas.com/documents/2013/04/25/2957/reporte-primer-trimestre-2011.pdf>, <http://i2.esmas.com/documents/2014/04/28/3224/reporte-primer-trimestre-2014.pdf>, <http://i2.esmas.com/documents/2014/07/07/3262/reporte-segundo-trimestre-2014.pdf>, <http://i2.esmas.com/documents/2014/11/28/3388/reporte-tercer-trimestre-2014.pdf>, <http://i2.esmas.com/documents/2015/05/04/3491/descrpcion-del-negocio-2014.pdf>, <http://i2.esmas.com/documents/2015/04/23/3470/1ertrimestre2015.pdf> y consultados el 22 de octubre de 2015.





reforma constitucional, los concesionarios declarados con poder sustancial de mercado no tendrían el derecho a retransmitir contenido de otros de otros agentes—entre ellos los concesionarios de televisión abierta—sin pagar por esta retransmisión.

El Juzgado Primero Especializado resolvió que las quejas no tenían interés jurídico ni legítimo en el asunto. De esta manera, se sobreseyeron las demandas de amparo. No obstante, Proyecto40 acudió al Primer Tribunal Colegiado Especializado quien resolvió que Proyecto40 sí tiene interés legítimo para acudir a juicio de amparo, en reclamo de la resolución emitida por el Pleno del IFT. En su decisión establece que existe una afectación cualificada, diferenciada, real y actual a su esfera jurídica. El tribunal consideró que la evidencia sobre la que el Pleno del IFT tomó su decisión fue ilegal, y resolvió conceder el amparo a Proyecto40 y dejar sin efectos la Resolución del IFT. Obviamente, la conclusión de este caso no está cercana. Al momento está pendiente la resolución que tiene que emitir el Pleno nuevamente y respetando el debido proceso establecido por el poder judicial.

Muchas veces, son temas como violación de derechos humanos inalienables –privación de libertad, censura, abusos de autoridad en materia criminal o familiar– los que captan nuestra imaginación y nos llevan a reevaluar el sistema de garantías y libertades bajo el cual vivimos. En nuestro caso, un “pequeño” caso altamente técnico, en un sector no menor pero que tal vez no estaba bajo escrutinio público constante, nos recuerdan que México lleva ya varias décadas moviéndose hacia un país de leyes. Aunque esto no ocurre con la velocidad que queremos o de la manera que hubiéramos soñado, la decisión del Tribunal nos acerca con paso grande y decidido al país de leyes, hechos y razones que llevamos décadas construyendo.

