

México, DF, 22 de diciembre de 2014

COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE DISPOSICIONES REGULATORIAS DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

Uno de los temas más relevantes durante el debate en torno a las reformas a la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) de 2014 fue la manera en que se implementarían las nuevas facultades de las autoridades de competencia (el Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Federal de Competencia Económica) en materia de barreras a la competencia e insumos esenciales incluidas desde 2013 en el artículo 28 de la Constitución:

“La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.”

La LFCE creó un nuevo procedimiento especial de investigación para el ejercicio de estas facultades, plasmado en el artículo 94. Junto con este nuevo procedimiento especial de investigación para la determinación de barreras a la competencia e insumos esenciales, y la aplicación de medidas para corregir sus efectos anticompetitivos, también se incluyó la obligación de las autoridades de competencia para expedir, previa consulta pública, disposiciones regulatorias en materia de barreras a la competencia, insumos esenciales y la desincorporación de activos, entre otras materias. En el mismo sentido, las autoridades de competencia deben emitir otros instrumentos como lineamientos, guías, criterios y directrices en materia de investigaciones, así como otras que sean necesarias para el efectivo cumplimiento de la LFCE.

La razón primordial para incluir la obligación de expedir disposiciones regulatorias y otros instrumentos para la aplicación efectiva de la LFCE fue atender las exigencias expresadas por diversos sectores a efectos de contar con criterios procedimentales y de fondo claros sobre la aplicación de estas nuevas y extraordinarias facultades de las autoridades. El carácter extraordinario de estas facultades reside en que con el nuevo procedimiento de investigación contemplado en el artículo 94 de la LFCE, las autoridades pueden ordenar la desincorporación de activos -una sanción extrema de facto-, incluso sin que exista abuso de poder sustancial. Lo anterior rompió con las tendencias internacionales que rigen en la gran mayoría de jurisdicciones, así como con lo establecido en la anterior LFCE, ya que de conformidad con aquéllas, un agente que no estuviera incurriendo en abusos de poder sustancial (prácticas monopólicas relativas) tenía la certeza de que no sería objeto de sanciones con fundamento en la LFCE. Actualmente, las autoridades podrían ordenar la eliminación de barreras a la competencia, el acceso a activos

denominados insumos esenciales, o la desincorporación de activos de agentes económicos, por virtud de una posición de mercado importante o por ser dueños de activos irreplicables en el mercado, independientemente de si se incurrió en conductas indebidas o ilegales.

Estos hechos generan preocupación en diversos círculos, nacionales e internacionales, y alteran potencialmente los incentivos a la inversión y a la innovación en México. El solo hecho de poder ordenar el acceso a determinada infraestructura o su desincorporación, reduce los incentivos a la inversión y a la innovación tanto de sus dueños (por la potencial disminución del retorno a su inversión) como de los interesados en obtener acceso (por no verse obligados a invertir tiempo y recursos en desarrollar la suya propia).

Lo anterior no implica que no existan situaciones que ameriten la imposición de regulación de acceso o la desincorporación de activos para poder establecer condiciones de competencia en los mercados, pero sí que ésta es una facultad que se debe usar de manera cautelosa y sólo en casos de situaciones anticompetitivas extremas, con el fin de no desincentivar la competencia agresiva y eficiente. La LFCE reconoce este hecho al indicar que la desincorporación de activos debe emplearse únicamente como un remedio de último recurso. Sin embargo, aún no es claro qué constituiría una barrera a la competencia (cualquier “hecho o acto” de los agentes económicos que genera situaciones anticompetitivas) o bajo qué condiciones la autoridad podría eliminarlas. Lo mismo puede afirmarse respecto al acceso a activos denominados como insumos esenciales.

Aclaración de elementos de fondo en investigaciones conforme al artículo 94 de la LFCE

Por lo anterior, se recomienda al IFT que considere la inclusión de parámetros más claros para la conducción de las investigaciones especiales con fundamento en el artículo 94, desde la definición de los elementos que denotan la inexistencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado investigado, hasta la metodología que seguirá para la evaluación, priorización y selección de alternativas de remedios para solucionar esos problemas.

Sería particularmente útil aclarar que la aplicación de las medidas correctivas previstas en el artículo 94 de la LFCE se hará sólo después de haber analizado la manera en que las barreras a la competencia o los insumos esenciales afectan, por sí mismos, las condiciones de competencia en un mercado relevante, y que su eliminación sea la única alternativa que resuelva satisfactoriamente los problemas identificados, al menor costo posible para los afectados y sin crear distorsiones al proceso de competencia y libre competencia. Esto debe implicar, por necesidad, la adopción de un enfoque de análisis de eficiencia y gradualidad (que se prevea expresamente en las disposiciones regulatorias) para que la autoridad revise las diferentes alternativas que pudieran adoptarse para solucionar los problemas anticompetitivos detectados y elija, en un ambiente de certidumbre y transparencia, el remedio más adecuado y oportuno.

Así, la consideración explícita y formal de las diferentes alternativas disponibles en el artículo 11 del proyecto, tal y como está plasmado en las disposiciones regulatorias recientemente emitidas por la Cofece, representan una disciplina útil para asegurar que la imposición de medidas correctivas severas sólo procedan en casos donde no existen otras opciones viables de acción.

Como complemento a lo anterior, sería conveniente que el estudio de las condiciones de competencia que exige el artículo 94 sea completo y riguroso. Al igual que se establecen los parámetros que se deben considerar para determinar si un agente cuenta con poder sustancial de mercado con base en estas

disposiciones (artículo 9), se podría aprovechar la coyuntura para establecer en el artículo 10 los elementos indispensables que deben tomarse en cuenta al realizar el análisis de las condiciones de competencia en los mercados en revisión, a saber:

- El mercado relevante y los mercados relacionados, como ya está plasmado en el presente anteproyecto;
- El comportamiento de agentes económicos que pudieran tener por objeto o efecto impedir, restringir o distorsionar de forma sustancial el proceso de competencia y libre concurrencia;
- Las características estructurales del mercado;
- Los actos o disposiciones jurídicas emitidas por cualquier autoridad pública que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia;
- La existencia de agentes con poder sustancial de mercado;
- Las barreras a la entrada, las barreras a la expansión y las barreras a la salida del mercado;
- Los efectos coordinados o coordinación tácita entre los agentes participantes en el mercado;
- Las relaciones verticales entre empresas que impiden o dificultan la entrada o la expansión de competidores en el mercado;
- Los factores que limitan la capacidad de elección de los consumidores, tales como la falta de información para comparar entre opciones de bienes o servicios, o la existencia de costos elevados al cambio de proveedores;
- Las eficiencias estáticas o dinámicas que favorecen el proceso de competencia y libre concurrencia al mejorar el desempeño de los agentes económicos en términos de costo, calidad, servicio, innovación y desarrollo de nuevos productos y servicios, entre otros aspectos;
- Las posibilidades de entrada de nuevos competidores y de la expansión de competidores actuales en el mercado;
- El poder compensatorio de compra por parte de clientes, usuarios y consumidores de bienes y servicios en el mercado; y
- Los demás criterios técnicos que expida el IFT en la materia.

Delimitación de la frontera entre investigaciones por prácticas monopólicas relativas e investigaciones conforme al artículo 94 de la LFCE

Además de precisar con mayor detalle los criterios de fondo que se aplicarían en las investigaciones previstas en el artículo 94, también se solicita al IFT que delimite de forma clara y precisa los alcances de los procedimientos de investigación por prácticas monopólicas relativas de aquellos relativos a las investigaciones contenidas en el artículo 94 de la LFCE.

Esto es particularmente relevante para el caso de insumos esenciales. Las últimas reformas a la LFCE incorporaron dos nuevos tipos de prácticas monopólicas relativas: la negación de acceso a un insumo esencial, y el estrechamiento de márgenes vía la aplicación de tarifas anticompetitivas para el acceso a un insumo esencial. El resultado de una investigación por prácticas monopólicas relativas de este tipo podría ser la imposición de condiciones de acceso a un insumo esencial, al igual que podría ser el resultado de una investigación conducida conforme al artículo 94. Dado que parecería que la autoridad podría aplicar cualquiera de los dos procedimientos para el mismo conjunto de circunstancias, valdría la pena considerar la delimitación de estos procedimientos, a fin de aumentar la certeza jurídica de los particulares y la transparencia en la actuación de la autoridad. Esto es particularmente importante considerando que los requerimientos formales de análisis difieren sustancialmente entre un procedimiento y otro.

Una posible lectura de la LFCE es que el procedimiento del artículo 94 esté más enfocado a aspectos regulatorios, dado que para el caso de insumos esenciales, las opciones siempre implicarían sugerir acciones al regulador correspondiente para efectos de que éste determine las condiciones de acceso que estime necesarias, independientemente de si la autoridad de competencia ordena la desincorporación o no.

Si bien para el caso del sector telecomunicaciones sería el IFT el encargado de aplicar ambos tipos de acciones, esto no eliminaría la necesidad de precisar los factores que detonarían el uso de un procedimiento en lugar del otro. Además, tanto para efectos de brindarle mayor certeza a los particulares, como para mantener congruencia en la aplicación de la LFCE, sería deseable asegurar que cuando la autoridad tenga conocimiento de hechos que pudieran constituir prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, incluso en el marco de una investigación de barreras a la competencia o insumos esenciales conforme al artículo 94 de la LFCE, siempre se investigue conforme a los procedimientos específicos previsto por la LFCE para tales efectos. Usar el artículo 94 como vía alterna para sancionar conductas anticompetitivas tendría un efecto perjudicial en el debido proceso y en la estructura lógica de aplicación de la política de competencia. En tal virtud, aclarar las diferencias entre procedimientos (posiblemente en el artículo 11 del anteproyecto) brindaría mayor certeza jurídica a los particulares, sin minar las facultades y posibilidades del IFT con respecto a la aplicación de la LFCE.

Agon Economía y Derecho, S.C. manifiesta su plena disposición para aclarar o detallar con el IFT cualquier aspecto de estos comentarios, en caso de lo considere necesario.

- 0 -