

ACUERDO MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES APRUEBA LOS ELEMENTOS DE REFERENCIA PARA IDENTIFICAR EX ANTE A LOS AGENTES ECONÓMICOS IMPEDIDOS PARA TENER INFLUENCIA EN LA OPERACIÓN DE LA RED COMPARTIDA.

En el presente Acuerdo se utilizarán, además de los establecidos en la Ley Federal de Competencia Económica, los siguientes acrónimos y términos que se formulan tomando como referencia los establecidos en las Bases y sus anexos:

I. GLOSARIO¹

Bases	Documento, incluyendo sus anexos, que establece los términos y condiciones del Concurso.
Concursante	La persona moral o el Consorcio que haya adquirido las Bases y cuente con constancia de registro otorgada por la entidad convocante conforme a las Bases.
Concurso	Concurso Internacional número APP-009000896-E1/2016 para la adjudicación de un proyecto de Asociación Público-Privada conforme a la LAPP, para la instalación y operación de la Red Compartida, contemplando el aprovechamiento de la banda de frecuencias del espectro que incluye los segmentos de 703 a 748 MHz y de 758 a 803 MHz, con un total de 90 MHz a nivel nacional bajo la figura de arrendamiento y de un par de hilos de fibra óptica de la red troncal referida en el artículo décimo quinto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional.
Consorcio	El grupo de personas físicas y/o morales mexicanas y/o extranjeras que actúan como un solo Concursante mediante un representante común, y que tengan celebrado, para tales efectos, un contrato de consorcio.
Contrato de APP	El contrato de asociación público-privada a ser celebrado entre el OPITEL, Telecomm y el Desarrollador, a través del cual se establecerán los términos y condiciones para llevar a cabo el proyecto objeto del Concurso. El modelo de Contrato de APP es un anexo de las Bases.
Convocatoria	La convocatoria del Concurso.

¹ Los términos y acrónimos presentados tienen el único objeto de ofrecer una mejor lectura y su aplicación se limita a este Acuerdo; algunos de ellos toman como referencia las definiciones establecidas en el anexo 1, Glosario de Términos, de las Bases, y en la cláusula 1.2, Glosario de Términos del Contrato de APP. Ver folios 443-449 y 472-478 del Expediente.

CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Decreto de Reforma Constitucional	<i>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,</i> publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece.
Desarrollador	La sociedad con propósito específico de nacionalidad mexicana que deberá constituir el Concursante ganador del Concurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 de la LAPP y 104 del Reglamento de la LAPP.
Expediente	Expediente número UCE/OBL-001-2015.
Instituto	Instituto Federal de Telecomunicaciones.
Elementos de Influencia	Elementos de referencia para identificar <i>ex ante</i> a los Agentes Económicos impedidos para tener influencia en la operación de la Red Compartida.
LAPP	Ley de Asociaciones Público Privadas.
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica.
LFTR	Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.
Opinión en Materia de Competencia Económica	Resolución que, previa solicitud de los Agentes Económicos interesados en participar en el Concurso, emitirá el Pleno del Instituto, en términos de los artículos 98 de la LFCE y 123 de las " <i>Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión</i> ", que tendrá alguno de los siguientes sentidos: favorable, favorable sujeta al cumplimiento de condiciones o no favorable.
OPITEL	Organismo Promotor de Inversiones en Telecomunicaciones, que se creará como un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, agrupado en el sector coordinado por la SCT, mediante un decreto del Ejecutivo Federal que será emitido en dos mil dieciséis. Entre los objetivos del OPITEL estarán el de realizar las acciones tendientes a garantizar la instalación de la Red Compartida.
Red Compartida	Red pública compartida de telecomunicaciones, a que se refiere el artículo décimo sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional.
SCT	La Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
Subsecretaría	La Subsecretaría de Comunicaciones de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Telecomm

Organismo descentralizado denominado Telecomunicaciones de México.

II. ANTECEDENTES

Primero. El nueve de octubre de dos mil catorce, la SCT y el Instituto celebraron el *Convenio Macro de Colaboración Interinstitucional y el Convenio Específico de Colaboración*², mediante los cuales acordaron colaborar para atender, de manera coordinada, en el ámbito de sus respectivas atribuciones y a través de grupos de trabajo constituidos por funcionarios de ambas entidades, el mandato señalado en el artículo décimo sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional que instruye al Ejecutivo Federal actuar en coordinación con el Instituto a fin de garantizar la instalación de la Red Compartida.

Segundo. El diecisiete de julio de dos mil quince, la SCT, en coordinación con el Instituto, publicó los Criterios Generales de la Red Compartida,³ con el objeto de explicar cómo se regiría el Concurso y el proyecto de la Red Compartida en su conjunto.

Tercero. El treinta de septiembre de dos mil quince, la SCT y Unidades Administrativas del Instituto, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, publicaron en el sitio de internet <http://www.sct.gob.mx/red-compartida/index.html>, las Pre-Bases del Concurso,⁴ en versión preliminar y sujeta a modificaciones, que señalan en el numeral 4.7.1.9, que "(l)os elementos de referencia para identificar ex ante a los agentes económicos impedidos para tener influencia en la operación de la Red Compartida, serán evaluados por el Pleno del IFT al emitir la Opinión en Materia de Competencia Económica que corresponda a cada Concursante". El documento de Elementos de Influencia también fue publicado en versión preliminar y sujeto a modificaciones.

El periodo de consulta fue del treinta de septiembre al treinta de octubre, de dos mil quince, en el que se recibieron comentarios y opiniones.

² Disponibles en la página de Internet del Instituto en:

<http://www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/politica-regulatoria/convenio-marco-de-colaboracion-sct-ift-1.pdf> y <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/politica-regulatoria/convenio-sct-ift-red-publica-compartida-1.pdf>.

³ Disponibles en <http://www.sct.gob.mx/red-compartida/descargaPDF/Criterios-de-las-pre-bases-de-la-licitacion.pdf>

⁴ Disponibles en <http://www.sct.gob.mx/red-compartida/descargaPDF/Pre-bases-concurso-red-compartida.zip>

Cuarto. Con fecha trece de noviembre de dos mil quince, la titular de la Subsecretaría presentó ante el Instituto una solicitud de opinión en materia de competencia económica en términos del artículo 99 de la LFCE, respecto a la incorporación de medidas de protección y promoción a la competencia económica y libre concurrencia que deban incluirse en la Convocatoria, las Bases y sus anexos que contiene el Contrato APP, para lo cual remitió los proyectos correspondientes.

Quinto. El veinticinco de enero de dos mil dieciséis la Subsecretaría presentó información adicional que, entre otros elementos, señala que la ejecución del Concurso estará a cargo de la Dirección General de Política de Telecomunicaciones y Radiodifusión, adscrita a la Subsecretaría de Comunicaciones de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

En virtud de los Antecedentes referidos y

III. CONSIDERANDO

Primero. Facultades del Instituto

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28, párrafos décimo quinto y décimo sexto, de la CPEUM; 5, párrafo primero de la LFCE; 7 y 15, fracción I, de la LFTR, el Instituto es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, y para tales efectos tiene a su cargo, la regulación, promoción y supervisión, entre otros, del acceso a infraestructura pasiva y otros insumos esenciales, además es la autoridad en materia de competencia económica en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejerce en forma exclusiva las facultades que el artículo constitucional citado y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica.

Segundo. Interpretación de la fracción IV del artículo décimo sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional

El artículo décimo sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional establece que el Ejecutivo Federal, en coordinación con el Instituto, garantizará la instalación de la Red Compartida, de conformidad con, entre otras, la siguiente característica:

"(...)

IV. Asegurará que ningún prestador de servicios de telecomunicaciones tenga influencia en la operación de la red;

(...)." (Énfasis añadido)

Esta disposición contiene los términos *Prestador de servicios de telecomunicaciones*, *Influencia* y *Operación de la red* los cuales no están definidos en la CPEUM ni en las leyes reglamentarias en materia de telecomunicaciones y competencia económica.

El Poder Judicial de la Federación ha determinado que las leyes no son diccionarios y por tanto, no pueden definir con exhaustividad todos los términos que emplean. Tal es el caso de los términos contenidos en esta norma.

El ámbito de aplicación de estos términos corresponde a condiciones que no pueden preverse en todo su alcance posible, de tal forma que no es viable ofrecer definiciones exhaustivas sino *Elementos de Referencia* a partir de los cuales podrá resolverse caso por caso los casos concretos colman el supuesto previsto en la norma.⁵

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha considerado que:⁶

"Los conceptos jurídicos no escapan a la indeterminación que es propia y natural del lenguaje, cuya abstracción adquiere un sentido preciso cuando se contextualizan en las circunstancias específicas de los casos concretos. En estos casos el legislador, por no ser omnisciente y desconocer de antemano todas las combinaciones y circunstancias futuras

⁵ Sirve de referencia las siguientes jurisprudencias.

No. Registro: 168,978. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVIII, Septiembre de 2008. Tesis: 1a. J. 70/2008. Página: 155. COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 3o. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA POR EL HECHO DE NO DEFINIR EL CONCEPTO "AGENTES ECONÓMICOS". Establece que "la Ley Fundamental no establece que sea un requisito indispensable que el legislador ordinario señale en cada ordenamiento legal un catálogo que defina los vocablos o locuciones utilizados ya que, por un lado, **las leyes no son diccionarios** y, por el otro, el sentido atribuible a cada una de las palabras empleadas en las normas depende de su interpretación conforme, según el sistema al que pertenezcan."

No. Registro: 168,609. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVIII, Octubre de 2008. Tesis: I.4o.A. J/75. Página: 2225. MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. Señala "el concepto jurídico indeterminado "mercado relevante" implica una valoración económica compleja de carácter discrecional que, prima facie, sólo la Comisión Federal de Competencia puede construir a partir de la evidencia de que en principio dispone, por lo que opera una presunción de validez respecto a la conclusión obtenida, que exige a la parte investigada cuestionar, en su caso, la información y aplicación en lo sustancial y concreto de los hechos y criterios metodológicos o regulativos utilizados."

⁶ Tesis de la SCJN, disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/1005/1005153.pdf>.

de aplicación, se ve en la necesidad de emplear conceptos jurídicos indeterminados cuyas condiciones de aplicación no pueden preverse en todo su alcance posible porque la solución de un asunto concreto depende justamente de la apreciación particular de las circunstancias que en él concurran, lo cual no significa que necesariamente la norma se torne insegura o inconstitucional, ni que la autoridad tenga la facultad de dictar arbitrariamente la resolución que corresponda pues, en todo caso, el ejercicio de la función administrativa está sometido al control de las garantías de fundamentación y motivación que presiden el desarrollo no sólo de las facultades regladas sino también de aquellas en que ha de hacerse uso del arbitrio."

La inclusión de conceptos jurídicos indeterminados no faculta al Instituto a emplear discrecionalmente cualquier tipo de información, sino únicamente aquella que, a su juicio, sea la necesaria y cuya razonabilidad debe acreditarse en los casos concretos, tomando como referencia la relación que debe guardar con los hechos que sean materia y contenido del análisis realizado.⁷

En consecuencia, con fundamento en el artículo 15, fracción LVII, de la LFTR, el Instituto es competente para interpretar la norma para cumplir el mandato constitucional. Es competencia del Pleno del Instituto determinar lo que debe entenderse en esta disposición, para efectos de establecer quiénes, por ser *Prestadores de servicios de telecomunicaciones*, no podrán tener *Influencia en la Operación de la Red Compartida*, con fundamento en los ordenamientos citados en el Considerando Primero.⁸

⁷ Tesis aislada. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. INFORMES Y DOCUMENTOS QUE PUEDE REQUERIR EN SUS INVESTIGACIONES. No. Registro: 181,195. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XX, Julio de 2004. Tesis: I.4o.A.432 A. Página: 1688. Establece que "un concepto jurídico indeterminado, susceptible de conferir un cierto grado de discrecionalidad, pues otorga la posibilidad a la autoridad requirente de apreciar o decidir en relación con la información o documentación "relevante". Esto significa que la autoridad no está facultada para requerir *ad libitum* todo tipo de información a las partes o agentes económicos que intervengan en el procedimiento de investigación que se inicie, sino únicamente aquella que, a su juicio, sea la verdaderamente imprescindible y significativa, es decir, la necesaria para llevar a cabo esa investigación y cuya razonabilidad debe acreditarse en los casos concretos, tomando como referencia la relación que debe guardar con los hechos que sean materia y contenido de la investigación.

⁸ Sirven de referencia las siguientes jurisprudencias:

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). CARACTERIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE SUS FACULTADES REGULATORIAS. Registro No. 2 010 670. Localización: (J); 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación; P./J. 44/2015 (10a.); Publicación: Viernes 11 de Diciembre de 2015 11:15 h.

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). ES UN ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO CON UNA NÓMINA COMPETENCIAL PROPIA Oponible AL RESTO DE LOS PODERES DEL ESTADO, QUE PUEDE UTILIZAR AL MÁXIMO DE SU CAPACIDAD PARA REALIZAR SUS FINES INSTITUCIONALES. Registro No. 2 010 671. Localización: (J); 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación; P./J. 43/2015 (10a.); Publicación: Viernes 11 de Diciembre de 2015 11:15 h.

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). SU FUNCIÓN REGULATORIA ES COMPATIBLE CON UNA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EVOLUTIVA Y FLEXIBLE. Registro No. 2 010 672. Localización: (J); 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación; P./J. 45/2015 (10a.); Publicación: Viernes 11 de Diciembre de 2015 11:15 h.

Asimismo, dado que se analiza una norma constitucional, lo dispuesto en las leyes y demás disposiciones administrativas de carácter general, no pueden ni deben superar lo establecido en ella, sino que debe adecuarse a lo ahí dispuesto.

De conformidad con los criterios adoptados en precedentes decisorios, esta autoridad determina que la interpretación de una norma restrictiva debe sujetarse al juicio de razonabilidad para que cumpla con los fines constitucionales.⁹

A este respecto, la finalidad de esta norma se expresa en el Dictamen de las Comisiones Unidas del Senado de la República en los siguientes términos:¹⁰

"2. El carácter mayorista de la red garantiza el uso óptimo del espectro, ya que este estará disponible, en forma de capacidad, para los operadores actuales y para nuevos operadores virtuales y comercializadores, salvaguardando que ningún prestador de servicios de telecomunicaciones al usuario final pueda tener influencia en la operación de la red para su beneficio propio. La competencia generada por los operadores virtuales y comercializadores asegura que las eficiencias y ahorros de la red compartida se trasladen a los consumidores.

(...)

7. El carácter mayorista de la red, garantiza el uso óptimo del espectro, ya que este (sic) estará disponible, en forma de capacidad, para los operadores actuales y para nuevos operadores virtuales y comercializadores, salvaguardando que ninguno de ellos lo acapare para su beneficio propio. La competencia generada por los operadores virtuales y comercializadores asegura

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). SUS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL SERÁN VÁLIDAS SIEMPRE Y CUANDO SE INSERTEN EN UN ÁMBITO REGULATORIO Y NO CONTRADIGAN LO PRESCRITO POR LA LEY. Registro No. 2 010 673. Localización: (J); 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación; P./J. 49/2015 (10a.); Publicación: Viernes 11 de Diciembre de 2015 11:15 h.

⁹ Este concepto se definió en las Resoluciones por las que el Pleno del IFT emitió opinión en materia de competencia económica a los interesados en participar en la Licitación IFT-1. Ver Segunda Consideración de las Resoluciones cuyas versiones públicas están disponibles en: <http://www.ift.org.mx/conocenos/pleno/sesiones/xxviii-sesion-extraordinaria-del-pleno-13-de-noviembre-de-2014>

¹⁰ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes; de Radio, Televisión y Cinematografía y de Estudios Legislativos, con la Opinión de las Comisiones de Gobernación y de Justicia, respecto de la Minuta con Proyecto de 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, páginas 276, 277 y 283, disponible en: http://www.congresobc.gob.mx/IELWeb/documentos/mediosdecomunicacion/DICTAMEN%20SENADO_telecomunicaciones.pdf.

que las eficiencias y ahorros de la red compartida se trasladen a los consumidores.” (Énfasis añadido)

De lo anterior se desprende que el objetivo de la norma es que ninguno de los operadores acumule para beneficio propio la capacidad de la Red Compartida, sino que ésta deberá estar disponible, en forma de capacidad, para los operadores actuales y para nuevos operadores virtuales y comercializadores.

Tomado como referencia el propósito de la norma constitucional, el Pleno del Instituto establece los Elementos de Referencia de los tres términos indeterminados en ella contenidos, de conformidad con las siguientes consideraciones específicas.

a) Prestadores de servicios de telecomunicaciones

En la LFTR se identifican las siguientes referencias relevantes para identificar a las personas que se constituyen como *prestadores de servicios de telecomunicaciones*:

- i. Los titulares de cualquier tipo de concesión para uso comercial para prestar servicios de telecomunicaciones,¹¹ y
- ii. Los autorizados para establecer y operar o explotar una comercializadora de servicios de telecomunicaciones sin tener el carácter de concesionario,¹² quienes pueden comercializar servicios propios o revender los servicios y capacidad que previamente hayan contratado con algún concesionario que opere redes públicas de telecomunicaciones y son responsables ante el usuario final por la prestación de los servicios que oferten. En esta figura quedan incluidos los operadores virtuales (ej. Operadores Móviles Virtuales, en inglés Mobile Virtual Network Operator o MVNO; Facilitadores de Redes Móviles Virtuales, en inglés Mobile Virtual Network Enabler o MVNE y otros).

¹¹ Artículos 3, fracciones XI, XII, XIV, LVI, LVIII, LVII, LVIII, LXII, LXIII, 67 y 76 de la LFTR.

¹² Artículos 3 fracción XI, 170 fracción I, 173 fracción II, y 174 de la LFTR. Quedan incluidos los titulares de permisos aún vigentes para establecer y operar o explotar una comercializadora de servicios de telecomunicaciones sin tener el carácter de red pública otorgados en términos del artículo 31, fracción I, de la ahora abrogada Ley Federal de Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo Séptimo Transitorio del Decreto por el que se expide la LFTR.

Asimismo, la norma se refiere a los *Prestadores de servicios de telecomunicaciones* en términos generales. Entonces opera el principio general de derecho que reza "donde la ley no distingue, al juzgador no le es dable distinguir."¹³ Por lo anterior, quedan comprendidos en la definición de *Prestador de servicios de telecomunicaciones* las personas que actualicen los supuestos establecidos en los incisos i y ii anteriores, sin distinguir si ofrecen servicios fijos, móviles, a través de Internet, de banda ancha u otra modalidad. La norma tampoco refiere en particular al Agente Económico declarado Preponderante en el sector de Telecomunicaciones, por lo que su evaluación como interesado en participar en el Concurso se sujetará, al igual que los demás *Prestadores de servicios de telecomunicaciones*, a los *Elementos de Influencia* que se emiten en este Acuerdo y a lo dispuesto en el *Instructivo para solicitar opinión en materia de competencia económica ante el Instituto Federal de Telecomunicaciones para participar en el Concurso* (Instructivo), ambos de aplicación ex ante a la etapa de presentación de ofertas en el Concurso. Las resoluciones que emita el Pleno de este Instituto, corresponderá al análisis caso por caso de cada agente económico interesado en participar.

Si bien la LFTR contiene otras referencias a *prestar servicios*, éstas corresponden a los de radiodifusión, y de telecomunicaciones para usos distintos al comercial (i.e. público, privado o social).¹⁴ Los servicios de radiodifusión no se encuentran contemplados literalmente en lo previsto en el artículo décimo sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional, el cual señala que se: "aseguraré que ningún prestador de servicios de telecomunicaciones tenga influencia en la operación de la red", por lo que no se determina necesaria su inclusión en el ámbito de la definición del término *Prestador de servicios de telecomunicaciones*.

En cuanto a la dimensión del servicio involucrado, por una parte la norma explícitamente se refiere a *servicios de telecomunicaciones* y, por la otra, el Dictamen de las Comisiones Unidas del Senado de la República se refiere a los *prestadores de servicios de telecomunicaciones al usuario final*, no obstante destaca que el fin último de la norma es salvaguardar que el prestador de servicios de telecomunicaciones no pueda tener influencia en la operación de la red para su beneficio propio. A éste respecto la LFTR distingue los servicios *mayoristas* y a los *usuarios finales* o *minoristas*.¹⁵ Los *prestadores de servicios de telecomunicaciones* que operan con fines de lucro ya

¹³ Jurisprudencia 1a./J. 36/97 de la Primera Sala de nuestro Tribunal Constitucional, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo VI, noviembre de 1997, página 147.

¹⁴ Titulares de concesiones para prestar servicios de radiodifusión, en términos de los artículos 76 y 72 de la LFTR.

¹⁵ Artículos 3, fracciones LVI, LXII y LXXI, 140, 173, 267 fracción I y 272 de la LFTR.

establecidos pueden proveer servicios *mayoristas* y *al usuario final*. Por tal razón, aún los proveedores de servicios mayoristas, deben quedar comprendidos en el ámbito de la definición, pues también tienen o pueden tener incentivos para usar la capacidad de la Red Compartida para beneficio propio.

Asimismo, los criterios aplicables a esta figura deben cumplir con el propósito de "*salvaguardar que ningún prestador de servicios de telecomunicaciones al usuario final pueda tener influencia en la operación de la red para su beneficio propio*". A este respecto, es consistente con el objeto de la norma el definir al *Prestador de servicios de telecomunicaciones* como el titular de las concesiones o autorizaciones señaladas en los incisos i y ii anteriores, pero también a las demás personas que formen parte de su grupo de interés económico, pues debe evitarse que una persona que aunque directamente no sea titular de esas concesiones – por virtud de sus vínculos con otras personas que sí lo sean – tengan los incentivos y los medios para participar en la operación de la Red Compartida, con el objeto de acaparar su capacidad para beneficio propio, directo o indirecto. Así la dimensión del sujeto sobre el cual deberá recaer la prohibición establecida en la norma corresponde a una unidad económica y no solamente a una persona, este concepto corresponde conceptualmente al de *Agente Económico*, hasta su dimensión de Grupo de Interés Económico (GIE), que se emplea en la práctica decisoria del Instituto.

La SCJN ha determinado¹⁶ que un conjunto de sujetos de derecho (personas físicas o morales), puede constituir un GIE cuando se está en presencia de dos elementos:

- Existen intereses comerciales y financieros afines, y
- Coordinan sus actividades para lograr el objetivo común o se unen para la realización de un fin determinado, encaminados a la obtención de los intereses comerciales y financieros comunes.

Además, para identificar la existencia de un GIE, la SCJN señaló la necesidad de analizar si dentro del grupo económico existe una persona con la posibilidad de:

- Coordinar las actividades del grupo, y
- Ejercer al menos una influencia decisiva en el grupo o un control.

¹⁶ Ver, por ejemplo, Jurisprudencia por reiteración I.4º.A. J/66, con número de registro 168,470, emitida en la Novena Época y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (t. XXVII), en noviembre de 2008, visible a página 1,244.

En cuanto al ámbito geográfico, esta definición sólo es aplicable a los Agentes Económicos que sean o de los que formen parte las personas identificadas en los incisos i y ii anteriores, por lo que debe entenderse que no incluye a las personas que presenten servicios de telecomunicaciones, con fines de lucro fuera del territorio nacional.

Por lo anterior, se tienen las siguientes definiciones relevantes:

Prestador de servicios de telecomunicaciones: Agente Económico que cuente con cualquier tipo de concesión, permiso o autorización que le permita comercializar servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, sujetos a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Grupo de Interés Económico: Conjunto de sujetos de derecho con intereses comerciales y financieros afines que coordinan sus actividades para participar en los mercados y actividades económicas, a través del control o influencia decisiva, directa o indirecta, que uno de sus integrantes ejerce sobre los demás.

b) *Influencia*

La palabra *influencia* significa tener el poder o autoridad para intervenir (i.e. para examinar, censurar, controlar, disponer, dirigir, limitar, suspender, interponer autoridad, tomar parte, interceder o mediar por alguien o interponerse entre dos o más) en las actividades de otras entidades o personas distintas.¹⁷

¹⁷ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) ofrece las siguientes definiciones gramaticales:

Influencia.

(Del lat. *inflūens*, -entis, part. act. de *inflūere*).

1. f. Acción y efecto de influir.
2. f. Poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otras personas o para intervenir en un negocio.
3. f. Persona con poder o autoridad con cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio. U. m. en pl.
4. f. *desus.* Gracia e inspiración que Dios envía interiormente a las almas.

Intervenir.

(Del lat. *intervenire*).

1. tr. Examinar y censurar las cuentas con autoridad suficiente para ello.
2. tr. Controlar o disponer de una cuenta bancaria por mandato o autorización legal.
3. tr. Dicho de una tercera persona: Ofrecer, aceptar o pagar por cuenta del librador o de quien efectúa una transmisión por endoso.
4. tr. Dicho de una autoridad: Dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones. El Estado de tal país interviene la economía privada o la producción industrial.
5. tr. Espiar, por mandato o autorización legal, una comunicación privada. La Policía intervino los teléfonos. La correspondencia está intervenida.
6. tr. Fiscalizar la administración de una aduana.
7. tr. Dicho del Gobierno de un país de régimen federal: Ejercer funciones propias de los Estados o provincias.

De las Iniciativas del Decreto de Reforma Constitucional y de la LFTR se desprende que el objeto de la norma es la de constituir una red independiente de terceros prestadores de servicios de telecomunicaciones que preste únicamente servicios mayoristas. Esto es, que para asegurar la independencia de la Red Compartida en la realización de sus actividades económica, es necesario mantenerlas libre de la *influencia* de terceros prestadores de servicios de telecomunicaciones.

A su vez, la LFTR sólo contiene una referencia al término *influencia*, en la fracción XLII del artículo 3, de definiciones, la cual establece:

"Poder de mando: La capacidad de hecho de influir de manera decisiva en los acuerdos adoptados en las asambleas de accionistas o sesiones del consejo de administración o en la gestión, conducción y ejecución de los negocios de una persona que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa;" (Énfasis añadido)

De este concepto se desprende que la *influencia* en un nivel decisivo o significativo, se refiere a la capacidad de intervenir directamente en los órganos de decisión o en la gestión, conducción y ejecución de los negocios de una persona; o bien, indirectamente, a través de terceros bajo su control o en los que tenga también una influencia significativa.

La Ley Federal de Competencia Económica también contiene referencias al término *influencia* en las siguientes disposiciones:

8. tr. Dicho de una o de varias potencias: En las relaciones internacionales, **dirigir** temporalmente algunos asuntos interiores de otra.

9. tr. Med. Hacer una operación quirúrgica.

10. intr. **Tomar parte** en un asunto.

11. intr. Dicho de una persona: **Interponer su autoridad**.

12. intr. **Interceder** o mediar por alguien.

13. intr. **Interponerse entre dos o más** que riñen.

14. intr. Sobrevénir, ocurrir, acontecer.

influir.

(Del lat. *influere*).

1. intr. Dicho de una cosa: **Producir sobre otra ciertos efectos**, como el hierro sobre la aguja imantada, la luz sobre la vegetación, etc. U. t. c. tr.

2. intr. Dicho de una persona o de una cosa: **Ejercer predominio, o fuerza moral**. U. t. c. tr.

3. intr. **Contribuir** con más o menos eficacia al éxito de un negocio. U. t. c. tr.

4. intr. deus. Dicho de Dios: inspirar o comunicar algún efecto o don de su gracia.

"**Artículo 4.** Están sujetos a lo dispuesto por esta Ley todos los Agentes Económicos. Serán responsables solidarios los Agentes Económicos que hayan tomado o adoptado la decisión, así como instruido o **ejercido influencia decisiva** en la toma de decisión, y el directamente involucrado en la realización de la conducta prohibida por esta Ley." (Énfasis añadido)

"**Artículo 93.** No se requerirá la autorización de concentraciones a que se refiere el artículo 86 de esta Ley en los casos siguientes:

(...)

V. Cuando el adquirente sea una sociedad de inversión de renta variable y la operación tenga por objeto la adquisición de acciones, obligaciones, valores, títulos o documentos con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas del capital social de la sociedad de inversión entre el público inversionista, salvo que como resultado o con motivo de las operaciones la sociedad de inversión pueda tener **una influencia significativa** en las decisiones del Agente Económico concentrado;

VI. En la adquisición de acciones, valores, títulos o documentos representativos del capital social de sociedades o bien cuyo subyacente sean acciones representativas del capital social de personas morales, y que coticen en bolsas de valores en México o en el extranjero, cuando el acto o sucesión de actos no le permitan al comprador ser titular del diez por ciento o más de dichas acciones, obligaciones convertibles en acciones, valores, títulos o documentos y, además, el adquirente no tenga facultades para:

- a) Designar o revocar miembros del consejo de administración, directivos o gerentes de la sociedad emisora;
- b) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes;
- c) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto del diez por ciento o más del capital social de una persona moral, o
- d) **Dirigir o influenciar** directa o indirectamente la administración, operación, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea **a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma;**

(...)." (Énfasis añadido)

Del artículo 4 de la LFCE se desprende que el término *influencia decisiva* constituye un elemento analítico que permite identificar cuándo dos o más sujetos de derecho son co-responsable en la toma de decisiones respecto a la realización de actividades económicas.

En forma consistente, en el análisis de concentraciones, las fracciones V y VI, inciso d), del artículo 93 del mismo ordenamiento se incorporan, respectivamente, los términos *influencia significativa* e *influenciar*, los cuales constituyen elementos para identificar

cuándo una persona o sujeto de derecho cuenta con la facultad para intervenir en la administración, operación, la estrategia o las principales políticas de una persona moral y, en suma, en las decisiones de otra persona o sujeto de derecho, a través de derechos propiedad, por contrato o por cualquier otra forma. Asimismo, la fracción VI del artículo 93 del ordenamiento referido establece en los incisos a) a c) otros medios a través de los cuales se puede identificar la existencia de la capacidad de dirigir o *influenciar* a que se refiere su inciso d), los cuales incluyen las facultades para designar o revocar miembros del consejo de administración, directivos o gerentes de la sociedad emisora; imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes; y mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto del diez por ciento o más del capital social de una persona moral.

Asimismo destaca que esta Ley no establece una lista exhaustiva, sino ilustrativa, de los medios a través de los cuales una persona puede adquirir la facultad o la capacidad de tener *influencia* en otra. La determinación de *influencia* tampoco se restringe a referencias cuantitativas, sino de efectos: existe *influencia* cuando mediante cualquier medio una persona tiene la facultad o la capacidad *de iure o de facto* (i.e. por cualquier medio) de intervenir, directa o indirectamente, en la toma de decisiones sobre las actividades económicas de otra persona.

Además, sirven de referencia los términos definidos en la Ley del Mercado de Valores (LMV):¹⁸

"Artículo 2.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

III. Control, la capacidad de una persona o grupo de personas, de llevar a cabo cualquiera de los actos siguientes:

- a) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral.*
- b) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral.*
- c) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma.*

¹⁸ Publicada en el DOF el 30 de diciembre de 2005, cuya última reforma fue publicada en el mismo medio el 6 de mayo de 2009.

- IV. **Directivos relevantes**, el director general de una sociedad sujeta a esta Ley, así como las personas físicas que ocupando un empleo, cargo o comisión en ésta o en las personas morales que controle dicha sociedad o que la controlen, **adopten decisiones que trasciendan de forma significativa en la situación administrativa, financiera, operacional o jurídica de la propia sociedad o del grupo empresarial al que ésta pertenezca**, sin que queden comprendidos dentro de esta definición los consejeros de dicha sociedad sujeta a esta Ley.
- IX. Grupo de personas, **las personas que tengan acuerdos, de cualquier naturaleza, para tomar decisiones en un mismo sentido**. Se presume, salvo prueba en contrario, que constituyen un grupo de personas:
- a) Las personas que tengan **parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado**, los cónyuges, la concubina y el concubinario.
 - b) Las sociedades que formen parte de un mismo consorcio o grupo empresarial y la persona o conjunto de personas que tengan el control de dichas sociedades.
- X. Grupo empresarial, el conjunto de personas morales organizadas bajo esquemas de participación directa o indirecta del capital social, en las que una misma sociedad mantiene el control de dichas personas morales. Asimismo, se considerarán como grupo empresarial a los grupos financieros constituidos conforme a la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.
- XI. **Influencia significativa, la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto** respecto de cuando menos el veinte por ciento del capital social de una persona moral.
- XIX. **Personas relacionadas**, las que respecto de una emisora se ubiquen en alguno de los supuestos siguientes:
- a) Las personas que **controlen o tengan influencia significativa** en una persona moral que forme parte del grupo empresarial o consorcio al que la emisora pertenezca, **así como los consejeros o administradores y los directivos relevantes** de las integrantes de dicho grupo o consorcio.
 - b) Las personas que tengan **poder de mando** en una persona moral que forme parte de un grupo empresarial o consorcio al que pertenezca la emisora.
 - c) El cónyuge, la concubina o el concubinario y las personas que tengan **parentesco por consanguinidad o civil hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el tercer grado**, con personas físicas que se ubiquen en alguno de los supuestos señalados en los incisos a) y b) anteriores, así como los socios y copropietarios de las personas físicas mencionadas en dichos incisos con los que mantengan relaciones de negocios.
 - d) Las personas morales que sean parte del grupo empresarial o consorcio al que pertenezca la emisora.
 - e) Las personas morales sobre las cuales alguna de las personas a que se refieren los incisos a) a c) anteriores, **ejerzan el control o influencia significativa**.
- XX. **Poder de mando, la capacidad de hecho de influir de manera decisiva** en los acuerdos adoptados en las asambleas de accionistas o sesiones del consejo de administración o en la gestión, conducción y ejecución de los negocios de una emisora o personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia

significativa. Se presume que tienen poder de mando en una persona moral, salvo prueba en contrario, las personas que se ubiquen en cualquiera de los supuestos siguientes:

- a) *Los accionistas que tengan el control.*
- b) *Los individuos que tengan vínculos con una emisora o con las personas morales que integran el grupo empresarial o consorcio al que aquélla pertenezca, a través de cargos vitalicios, honoríficos o con cualquier otro título análogo o semejante a los anteriores.*
- c) *Las personas que hayan transmitido el control de la persona moral bajo cualquier título y de manera gratuita o a un valor inferior al de mercado o contable, en favor de individuos con los que tengan parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, el cónyuge, la concubina o el concubinario.*
- d) *Quienes instruyan a consejeros o directivos relevantes de la persona moral, la toma de decisiones o la ejecución de operaciones en una sociedad o en las personas morales que ésta controle.*

(...)

Los términos antes señalados podrán utilizarse en singular o en plural sin que por ello deba entenderse que cambia su significado."

Las definiciones antes referidas establecen una diferencia entre el control y la influencia, aunque ambos se expresan en términos de la capacidad de una persona o grupo de personas para participar, intervenir o instruir en forma que trascienda en la toma de decisiones, la administración, la estrategia, las principales políticas o en la gestión, la situación financiera, operacional o jurídica y la conducción y ejecución de los negocios de otra persona. Asimismo, identifica que esa capacidad puede ser de *iure* o de *facto* y ejercerse a través de diversos medios, que incluyen pero no se limitan a ejercer la titularidad de derechos, la propiedad de valores, contratos, acuerdos de cualquier naturaleza, relaciones consanguíneas o de cualquier otra forma.

En cuanto al término de *Influencia significativa* referida en la fracción XI de la LMV, el umbral de *veinte por ciento del capital social de una persona moral* está asociado con el ejercicio de los derechos de los accionistas para oponerse judicialmente a resoluciones de las asambleas generales que celebren personas morales.¹⁹ De este concepto puede desprenderse el control negativo, en el entendido que la adquisición de una mayoría simple de derechos de voto podría no conferir el poder de determinar decisiones estratégicas, pero podría ser suficiente para dar al adquirente un derecho de bloqueo y, por tanto, el control negativo.

¹⁹ Artículos 16, fracción V, 51, 64 Bis 1 fracción II, de la LMV.

A partir de las definiciones gramaticales referidas; de la definición de referencia para *Poder de mando* prevista en la LFTR; y de las definiciones de referencia contenidas en la LMV, se tienen los siguientes elementos para definir el término *influencia* contenido en la norma constitucional:

Influencia. La capacidad, de hecho o de derecho, de una persona de participar o intervenir en forma significativa, directa o indirectamente, por cualquier medio en las decisiones que incluyen pero no se limitan a la administración, la definición de las políticas y los objetivos o la gestión, conducción y ejecución de las actividades de otra(s) persona(s). La Influencia resulta de los derechos, contratos u otros medios que por sí mismos o en conjunto otorgan la capacidad antes señalada.

c) Operación de la Red Compartida

En términos de los artículos 3, fracciones XXVI,²⁰ XXVII,²¹ LVI,²² LVII,²³ LVIII,²⁴ LXII,²⁵ LXIII²⁶ y LXXI²⁷ y 140²⁸ de la LFTR, se tiene que la Red Compartida es una red pública autorizada para prestar servicios mayoristas de telecomunicaciones, a través de la cual se explotan comercialmente exclusivamente servicios de telecomunicaciones al mayoreo que consisten en el *suministro de acceso a elementos individuales de Infraestructura, activa y pasiva, a capacidades de una red o servicios, incluyendo los de interconexión, que son utilizados por concesionarios o comercializadores para proveer servicios de*

²⁰ **Infraestructura activa:** Elementos de las redes de telecomunicaciones o radiodifusión que almacenan, emiten, procesan, reciben o transmiten escritos, imágenes, sonidos, señales, signos o información de cualquier naturaleza.

²¹ **Infraestructura pasiva:** Elementos accesorios que proporcionan soporte a la infraestructura activa, entre otros, bastidores, cableado subterráneo y aéreo, canalizaciones, construcciones, ductos, obras, postes, sistemas de suministro y respaldo de energía eléctrica, sistemas de climatización, sitios, torres y demás aditamentos, incluyendo derechos de vía, que sean necesarios para la instalación y operación de las redes, así como para la prestación de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión.

²² **Red compartida mayorista:** Red pública de telecomunicaciones destinada exclusivamente a comercializar capacidad, infraestructura o servicios de telecomunicaciones al mayoreo a otros concesionarios o comercializadores.

²³ **Red de telecomunicaciones:** Sistema integrado por medios de transmisión, tales como canales o circuitos que utilicen bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, enlaces satelitales, cableados, redes de transmisión eléctrica o cualquier otro medio de transmisión, así como, en su caso, centrales, dispositivos de conmutación o cualquier equipo necesario.

²⁴ **Red pública de telecomunicaciones:** Red de telecomunicaciones a través de la cual se explotan comercialmente servicios de telecomunicaciones. La red no comprende los equipos terminales de telecomunicaciones de los usuarios, ni las redes de telecomunicaciones que se encuentren más allá del punto de conexión terminal.

²⁵ **Servicio mayorista de telecomunicaciones:** Servicio de telecomunicaciones que consiste en el suministro de acceso a elementos individuales, a capacidades de una red o servicios, incluyendo los de interconexión, que son utilizados por concesionarios o comercializadores para proveer servicios de telecomunicaciones a los usuarios finales.

²⁶ **Telecomunicaciones:** Toda emisión, transmisión o recepción de signos, señales, datos, escritos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos u otros sistemas electromagnéticos, sin incluir la radiodifusión.

²⁷ **Usuario final:** Persona física o moral que utiliza un servicio de telecomunicaciones como destinatario final.

²⁸ Cuando el Instituto otorgue concesiones de uso comercial a entes públicos, aun y cuando se encuentren bajo un esquema de asociación público-privada, éstas tendrán carácter de red compartida mayorista de servicios de telecomunicaciones, en los términos dispuestos por esta Ley.

En ningún caso podrán estas redes ofrecer servicios a los usuarios finales.

(...).

telecomunicaciones a los usuarios finales.

Asimismo, la norma constitucional debe garantizarse en forma permanente durante la operación de la Red Compartida, lo que incluye el inicio de las operaciones y los actos que impacten en ello. Toda vez que las *Operaciones* de la Red Compartida son resultado de las reglas que se adopten para conducir sus actividades, el ámbito que debe protegerse de la *Influencia* de los *Prestadores de servicios de telecomunicaciones* es precisamente aquél en el que se toman las decisiones para *Operar*.

Por lo anterior, se determina que por la *Operación* de la Red Compartida debe entenderse:

Operación de la Red Compartida. Incluye la toma de decisiones para asignar los usos de la capacidad, infraestructura y/o servicios de telecomunicaciones y su comercialización.

d) Vigencia del cumplimiento de la norma y de los Elementos de Influencia

El cumplimiento de la norma constitucional es permanente. En consecuencia, los Elementos de Influencia son aplicables para identificar a los Agentes Económicos que pueden participar en el Concurso, pues en caso de resultar ganadores constituirán a la persona moral que estará a cargo de la *Operación* de la red Compartida.

Así, en aras de brindar certeza jurídica a los agentes económicos interesados en participar en el Concurso, el Instituto emite los *Elementos de Influencia* que deberán cumplirse en forma permanente desde el Concurso, al inicio y durante la *Operación de la Red Compartida*.

Asimismo, como medida preventiva, debe evaluarse si la participación de un Prestador de Servicios de Telecomunicaciones en el Concurso, en caso de que el Consorcio al que pertenezca resultara ganador, atentaría contra el mandato constitucional de mérito. Esta evaluación, como se menciona en las Bases, la llevará a cabo el Instituto al emitir la Opinión en Materia de Competencia Económica que corresponda a cada Solicitante.

En el supuesto de que la legislación referida para la construcción de los Elementos de Influencia fueran abrogadas, derógadas y/o reformadas y/o el Instituto reforme los Elementos de Influencia que emite en este Acuerdo o emita otras disposiciones administrativas que las reemplacen, los agentes económicos quedarán sujetos a las disposiciones legales y/o administrativas aplicables que las sustituyan, a partir de su entrada en vigor.

Tercero. Participación del Desarrollador en terceras personas y de terceras personas en el Desarrollador

Una vez constituido el Desarrollador que estará a cargo de la Operación de la Red Compartida, podrá celebrar contratos, convenios, arreglos o combinaciones con terceros Agentes Económicos, incluyendo otros Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones, para desarrollar actividades económicas que no sean contrarias al objeto y cumpla con las disposiciones legales y administrativas que son aplicables a la Operación de la Red Compartida.

El Desarrollador podrá realizar cualquier actividad económica, siempre y cuando se encuentre dentro de su objeto social, no actúe en perjuicio de los objetivos de la red Compartida, de las disposiciones legales y administrativas aplicables y:

- a) No podrá tener Influencia en Comercializadoras, ni en otros Agentes Económicos que ofrezcan directa o indirectamente servicios al Usuario Final, sean o no Clientes de la Red Compartida;
- b) No podrá ofrecer, por sí mismo o a través de personas pertenecientes a su Grupo de Interés Económico, servicios a usuarios finales, como lo establece el artículo 140 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión;
- c) No incurra en conductas prohibidas en la Ley Federal de Competencia Económica, y
- d) Los contratos que establezca no podrán otorgar Influencia a terceros Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones sobre la Operación de la Red Compartida ni a través de ellos podrá tener Influencia en agentes económicas que ofrezcan directa o indirectamente servicios al Usuario Final.

Respecto al inciso d), de manera ilustrativa, el Desarrollador podrá co-invertir con uno o más Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones, con el fin de desarrollar una o más actividades que contribuyan a la consecución de los objetivos para desarrollar la Red Compartida. Las partes podrán tomar decisiones en el ámbito de las actividades propias de esa co-inversión, pero en ningún caso podrán, a través de ella, adquirir información ni participar en la toma de decisiones de las demás operaciones de la Red Compartida ni del Desarrollador. Por el contrario, si al celebrar una co-inversión, la contraparte obtiene el derecho de conocer de las demás operaciones del Desarrollador o para intervenir en sus decisiones, entonces habrá obtenido Influencia en el Desarrollador, contraviniendo lo dispuesto en la disposición Constitucional.

Así, lo importante no es el medio o cuantía específica de propiedad que una persona tenga en otra, para evaluar la existencia de Influencia de una persona sobre otra, lo que se evalúa son los derechos de iure o de facto que obtiene en la toma de decisiones.

Lo importante es que el Desarrollador sea independiente de terceros Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones en la toma de decisiones para el desarrollo de la Red Compartida, sin perjuicio de que pueda adquirir en condiciones de mercado los elementos necesarios para cumplir con su objeto.

Cuarto. Participación de fondos de inversión

Durante el proceso de consulta pública, referido en el antecedente Tercero, se recibieron comentarios respecto a la posibilidad de que los fondos de inversión o figuras análogas puedan participar en más de un Consorcio.

El numeral 4.16.6. de las Bases establece como causal de descalificación que un Concurante o alguna de las personas integrantes de un Consorcio, participe en más de una Propuesta y prevé que corresponde a este Instituto establecer, en el Instructivo, los términos aplicables a los fondos de inversión. A este respecto, en términos generales la participación de una persona en más de un Concurante puede restringir que compitan en forma independiente y efectiva por el Proyecto. Este riesgo al proceso de competencia durante el Concurso se actualiza en el caso que la persona referida tenga la capacidad de intervenir o participar en la toma de decisiones de más de un Concurante, o bien, tener acceso a la información en forma que les permita coordinar o conducir estratégicamente las ofertas de los Concurantes en los que participe.

Los fondos de inversión y figuras análogas, con fines meramente de financiamiento constituyen un caso particular. Por una parte, su interés de participar está asociada con el Proyecto que es objeto del Concurso y no con un Concurante en particular, de tal forma que puede ofrecer a más de un Consorcio el acceso a fuentes de financiamiento para el desarrollo del Proyecto y, en consecuencia, reducir barreras económicas en beneficio de la concurrencia y la competencia en el Concurso.

Los fondos de inversión y entidades análogas tienen el propósito de aportar capital al Proyecto con el objeto de obtener rendimientos para sus inversionistas y no adquirir medios de control o Influencia, de hecho o derecho, sobre los Concurantes ni participar, dirigir o influir en la administración, la operación, las decisiones, la estrategia o las políticas comerciales en caso de que resulten adjudicados con el Proyecto.

Por lo anterior, esta autoridad concluye que es viable que los fondos de inversión y figuras análogas negocien y ofrezcan financiamiento a más de un Concurante, siempre y cuando por virtud de ello: (i) no obtenga control o Influencia, directa o indirecta, en la toma de decisiones; y (ii) se abstenga de intercambiar información entre los Concurantes con los que trate, con el objeto o efecto de establecer, concertar o

coordinar posturas o la abstención en el Concurso o constituir conductas violatorias de la Ley Federal de Competencia Económica.

Cabe señalar que no está permitido que un Concursante o alguna de las personas integrantes de un Consorcio participe en más de una Propuesta, por lo que en caso que los fondos de inversión o entidades análogas decidan participar en un Concursante, entonces no podrán participar ni ofrecer financiamiento a otros. Ello en el entendido que las negociaciones y el trato con el objeto de ofrecer financiamiento no configure una participación en el Concursante.

Lo anterior quedará reflejado en los Elementos de Influencia que se emiten mediante el presente Acuerdo, los cuales deberán incorporarse en la Convocatoria, las Bases, el Contrato APP y los demás documentos aplicables a la Operación de la Red Compartida.

Con base en lo anterior y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 28, párrafos décimo quinto y décimo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 5, párrafo primero, de la LFCE; 7 y 15, fracciones I, XVIII y LVII, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el catorce de julio de dos mil catorce; y 1, 2, fracción X, 4, fracción I, y 6, fracción XVIII y XXXVII, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de septiembre de dos mil catorce y modificado mediante acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación el diecisiete de octubre de dos mil catorce, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite los siguientes:

IV. ACUERDOS

PRIMERO. Se aprueban los *"ELEMENTOS DE REFERENCIA PARA IDENTIFICAR EX ANTE A LOS AGENTES ECONÓMICOS IMPEDIDOS PARA TENER INFLUENCIA EN LA OPERACIÓN DE LA RED COMPARTIDA"*, mismos que se adjuntan al presente Acuerdo y forman parte integral del mismo.

SEGUNDO. Se instruye a la Unidad de Competencia Económica que publique los *"ELEMENTOS DE REFERENCIA PARA IDENTIFICAR EX ANTE A LOS AGENTES ECONÓMICOS*

IMPEDIDOS PARA TENER INFLUENCIA EN LA OPERACIÓN DE LA RED COMPARTIDA" en la página de Internet del Instituto, en la misma fecha en que la Dirección General de Política de Telecomunicaciones y Radiodifusión, adscrita a la Subsecretaría de Comunicaciones de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, publique la Convocatoria del Concurso.

TERCERO. Notifíquese por oficio el presente Acuerdo a la Subsecretaría de Comunicaciones de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.



Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar
Comisionado Presidente



Luis Fernando Borjón Figueroa
Comisionado



Ernesto Estrada González
Comisionado



Adriana Sofía Labardini Inzunza
Comisionada



María Elena Estavillo Flores
Comisionada



Mario Germán Fromow Rangel
Comisionado



Adolfo Cuevas Teja
Comisionado

El presente Acuerdo fue aprobado por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones en su II Sesión Extraordinaria celebrada el 28 de enero de 2016, por unanimidad de votos de los Comisionados presentes Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar, Luis Fernando Borjón Figueroa, Ernesto Estrada González, Adriana Sofía Labardini Inzunza, María Elena Estavillo Flores, Mario Germán Fromow Rangel y Adolfo Cuevas Teja; con fundamento en los párrafos vigésimo, fracciones I y III; y vigésimo primero, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 7, 16 y 45 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; 5 y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica; así como en los artículos 1, 7, 8 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/280116/3.

ELEMENTOS DE REFERENCIA PARA IDENTIFICAR EX ANTE A LOS AGENTES ECONÓMICOS IMPEDIDOS PARA TENER INFLUENCIA EN LA OPERACIÓN DE LA RED COMPARTIDA

El 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 (Decreto de Reforma Constitucional), publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece, establece en el artículo Décimo Sexto Transitorio que el Estado, a través del Ejecutivo Federal, en coordinación con el Instituto Federal de Telecomunicaciones, garantizará la instalación de una red pública compartida de telecomunicaciones que impulse el acceso efectivo de la población a la comunicación de banda ancha y a los servicios de telecomunicaciones, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 6o., Apartado B, fracción II del presente Decreto y características específicas. En particular, la fracción IV de esta disposición establece que el Estado, a través del Ejecutivo Federal, en coordinación con el Instituto Federal de Telecomunicaciones, asegurará que ningún Prestador de Servicios de Telecomunicaciones tenga influencia en la Operación de la Red Compartida.

1. Definición de términos

Para efectos de aplicar esta norma durante el Concurso, se entenderá lo siguiente:

- 1.1. **Bases.** Documento, incluyendo sus anexos, que establece los términos y condiciones del Concurso.
- 1.2. **Concursante.** La persona moral o el Consorcio que haya adquirido las Bases y cuente con constancia de registro otorgada por la entidad convocante conforme a las Bases.
- 1.3. **Concurso.** Concurso internacional número 01/2016 para la adjudicación de un proyecto de asociación público-privada conforme a la Ley de Asociaciones Público Privadas, para la instalación y operación de la Red Compartida, contemplando el aprovechamiento de la banda de frecuencias del espectro que incluye los segmentos de 703 a 748 MHz y de 758 a 803 MHz, con un total de 90 MHz a nivel nacional bajo la figura de arrendamiento y de un par de hilos de fibra óptica de la red troncal referida en el artículo décimo quinto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional.
- 1.4. **Consorcio.** El grupo de personas físicas y/o morales mexicanas y/o extranjeras que actúan como un solo Concursante mediante un representante común, y que tengan celebrado, para tales efectos, un contrato de consorcio.
- 1.5. **Decreto de Reforma Constitucional.** 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.

- 1.6. **Desarrollador.** La sociedad con propósito específico de nacionalidad mexicana que deberá constituir el Concursante ganador del Concurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP) y 104 del Reglamento de la LAPP.
- 1.7. **Prestador de servicios de telecomunicaciones:** Agente Económico que cuente con cualquier tipo de concesión, permiso o autorización que le permita comercializar servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, sujetos a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.
- 1.8. **Red Compartida.** Red pública compartida de telecomunicaciones a que se refiere el artículo décimo sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional.
- 1.9. **Grupo de Interés Económico:** Conjunto de sujetos de derecho con intereses comerciales y financieros afines que coordinan sus actividades para participar en los mercados y actividades económicas, a través del control o influencia decisiva, directa o indirecta, que uno de sus integrantes ejerce sobre los demás.²⁹
- 1.10. **Influencia.** La capacidad, de hecho o de derecho, de una persona de participar o intervenir en forma significativa, directa o indirectamente, por cualquier medio en las decisiones que incluyen pero no se limitan a la administración, la definición de las políticas y los objetivos o la gestión, conducción y ejecución de las actividades de otra(s) persona(s)/

La influencia resulta de los derechos, contratos u otros medios que por sí mismos o en conjunto otorgan la capacidad antes señalada.

La existencia de una relación de influencia de una persona sobre otra(s) se determina caso por caso, con base en criterios indiciarios de aplicación general.

El análisis de Influencia sobre la Red Compartida tiene el propósito de identificar ex ante si la participación de los Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones, por sí mismos o a través de otra (s) personas(s) pertenecientes a su Grupo de Interés Económico, en la Operación de la Red

²⁹ Ver, por ejemplo, Jurisprudencia por reiteración I.4º.A. J/66, con número de registro 168,470, emitida en la Novena Época y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (t. XXVIII), en noviembre de 2008, visible a página 1,244.

Compartida puede tener por objeto o efecto restringir los incentivos y la capacidad de la Red Compartida para competir en forma efectiva e independiente en la prestación de los servicios mayoristas.³⁰

Lo anterior, sin perjuicio de que el Instituto ejerza *ex post* las facultades que las disposiciones legales y administrativas le otorgan para verificar su cumplimiento y aplicar los procedimientos de verificación, corrección y, en su caso, las sanciones correspondientes.

- 1.11. Operación de la Red Compartida.** Incluye la toma de decisiones para asignar los usos de la capacidad, infraestructura y/o servicios de telecomunicaciones y su comercialización.

2. Elementos de Referencia para Identificar Influencia

Para efectos de verificar el cumplimiento de la norma constitucional, el Instituto Federal de Telecomunicaciones emite los siguientes ELEMENTOS DE REFERENCIA PARA IDENTIFICAR EX ANTE A LOS AGENTES ECONÓMICOS IMPEDIDOS PARA TENER INFLUENCIA EN LA OPERACIÓN DE LA RED COMPARTIDA (ELEMENTOS DE INFLUENCIA).

Los Elementos de Influencia que se listan a continuación se emplearán para identificar si la participación que un Prestador de Servicios de Telecomunicaciones o una o varias personas pertenecientes a su Grupo de Interés Económico pretende tener en el Concursante o en el Desarrollador le confiere o le puede conferir Influencia sobre la Operación de la Red Compartida.

Elementos de Influencia

- a) La capacidad o el derecho para designar, nombrar, vetar o destituir a por lo menos uno de los miembros que integren el o los órganos encargados de tomar las decisiones que incluyen pero no se limitan a la administración, la definición de las políticas y los objetivos o la gestión, conducción y ejecución de las actividades de otra persona, o a los consultores, directivos, gerentes, administradores o sus equivalentes;³¹
- b) Tener participación, directa o indirecta, en la propiedad incluso de carácter fiduciario, o en la estructura accionaria o de partes sociales de otra persona, cuando esa participación otorgue a su tenedor la capacidad de tener un nivel de representación equivalente al establecido en el inciso a);

³⁰ De conformidad con el propósito de la norma que se expresa en el Dictamen de las Comisiones Unidas del Senado de la República, numeral 2, páginas 276 y 277.

³¹ Cualquier persona que por empleo, cargo o comisión en una persona moral o en las personas morales que estén bajo su control o que la controlen, adopten decisiones que trasciendan de forma significativa en la situación administrativa, financiera, operacional o jurídica de la propia sociedad o del grupo al que ésta pertenezca.

c) Haber celebrado acuerdos, contratos, convenios o cualquier acto que otorgue a una persona beneficios similares a los señalados en los incisos a) y b) precedentes, o la capacidad de tener esos beneficios. Como parte de este Elemento de Referencia se podrán evaluar:

- La capacidad o el derecho de dirigir o vetar la toma de decisiones que incluyen pero no se limitan a la administración, la definición de las políticas y los objetivos o la gestión, conducción y ejecución de las actividades de otra persona;
- Cuando debido a su importancia en las ventas, las compras, los ingresos, la producción, el consumo, el financiamiento, los créditos o los adeudos, una persona pueda condicionar o dirigir las decisiones de otra persona en forma injustificada. Por ejemplo, cuando una persona que otorga un préstamo o financiamiento a otra le condiciona la aportación de tales recursos a hacer o dejar de hacer en sus actividades económicas principales, por encima de las necesarias para proteger su inversión, y
- Tener derechos de propiedad o de uso o usufructo o derechos fiduciarios de una parte significativa de los activos productivos de otra persona.

d) Que exista parentesco por consanguinidad, afinidad o civil de hasta cuarto grado, los cónyuges y el concubinario, tratándose de personas físicas³² que actualicen los supuestos establecidos en los incisos anteriores, y

e) Cuando las partes expresamente así lo reconozcan.

3. Participación de los Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones y sus Grupos de Interés Económico en el Concurso

Los Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones por sí mismos o a través de otras personas pertenecientes a su Grupo de Interés Económico, no podrán participar individualmente en el Concurso.

Los Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones podrán participar en el Concurso en colaboración con otros Agentes Económicos a través de un Consorcio, siempre y cuando, en caso de resultar ganadores del Concurso, su participación en el Consorcio

³² Se toma como referencia lo dispuesto en los artículos 292 a 300 del Código Civil Federal. Los familiares comprendidos dentro del cuarto grado de parentesco y por ende dentro de la restricción legal de que se trata, son los siguientes. Parentesco por consanguinidad: padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, hermanos, medios hermanos, tíos y sobrinos carnales, primos hermanos, y tíos y sobrinos segundos carnales. Parentesco por afinidad: suegros, padrastros, padres de los suegros, abuelos de los suegros, bisabuelos de los suegros, yernos o nueras, hijastros o entenados, cuñados y hermanastros, sobrinos carnales del cónyuge, tíos segundos, primos hermanos y sobrinos segundos del cónyuge. Parentesco civil: conforme a lo dispuesto por el artículo 295 del expresado Código Civil, el parentesco civil surge únicamente en la adopción, entre adoptantes y adoptados, por lo que no se tiene vinculación alguna de orden jurídico con los consanguíneos o los afines tanto del adoptante como del adoptado.

no les confiera ni pueda conferir Influencia en la Operación de la Red Compartida y no contravenga restricciones establecidas en otras disposiciones.

Lo anterior, sin perjuicio de que los Concursantes deban cumplir con los demás requisitos establecidos en las Bases.

4. Participación del Desarrollador en terceras personas y de terceras personas en el Desarrollador

El Desarrollador, en cumplimiento de los objetivos de la Red Compartida, podrá celebrar contratos, convenios, arreglos o combinaciones con terceros Agentes Económicos, incluyendo otros Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones, para desarrollar actividades económicas que sean propias a su objeto, sujeto a lo siguiente:

- a) No podrá tener Influencia en Comercializadoras, ni en otros Agentes Económicos que ofrezcan directa o indirectamente servicios al Usuario Final, sean o no Clientes de la Red Compartida;
- b) No podrá ofrecer, por sí mismo o a través de personas pertenecientes a su Grupo de Interés Económico, servicios a usuarios finales, como lo establece el artículo 140 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión;
- c) No incurra en conductas prohibidas en la Ley Federal de Competencia Económica, y
- d) Los contratos que establezca no podrán otorgar Influencia a terceros Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones sobre la Operación de la Red Compartida ni a través de ellos podrá tener Influencia en agentes económicas que ofrezcan directa o indirectamente servicios al Usuario Final.

5. Participación de fondos de inversión

Los fondos de inversión o entidades análogas podrán sostener negociaciones con más de un Concursante, siempre y cuando su participación se limite a ofrecer financiamiento en condiciones de mercado y sin que sean integrantes del Concursante.

De acuerdo con lo anterior, los fondos de inversión o entidades análogas podrán establecer contacto y negociar con más de un Concursante, pero deberán abstenerse de intercambiar información con el objeto o efecto de restringir la competencia en el Concurso o constituir conductas violatorias de la Ley Federal de Competencia Económica.

Se entenderá que un fondo de inversión ofrece financiamiento en condiciones de mercado a un Agente Económico cuando la oferta tiene el único fin de obtener rendimientos para sus inversionistas, sin que el fondo de inversión tenga facultades de

hecho o derecho, para nombrar consejeros, administradores o directivos, tener influencia en los órganos de decisión de dicho Agente Económico, ni la intención de participar, dirigir o influir, directa o indirectamente, en la administración, la operación, las decisiones, la estrategia o las políticas comerciales del Agente Económico objeto de la participación.

Cabe señalar que los fondos de inversión y entidades análogas están sujetas a las reglas generales de participación establecidas en el Concurso, por lo que en caso de participar en un Concurstante no podrán participar ni ofrecer financiamiento a otros. Ello en el entendido que las negociaciones y el trato con el objeto de ofrecer financiamiento no configure una participación en el Concurstante.

6. Orientación general sobre la aplicación de los Elementos de Referencia

Los Elementos de Referencia se emiten con el objeto de que los Agentes Económicos cuenten con criterios que les permitan identificar cuándo una relación o vínculo con un Prestador de Servicios de Telecomunicaciones genera influencia, para efectos de cumplir con lo dispuesto en la fracción IV del artículo décimo sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional. Esta disposición es de cumplimiento permanente durante la vigencia del Proyecto objeto del Concurso, por lo que debe ser observada por los Concurstantes y por el Desarrollador.

El Instituto favorece las actividades tendientes a dar cumplimiento de la norma por parte de los Agentes Económicos en beneficio del desarrollo del curso normal de sus actividades. Lo anterior, sin perjuicio de ejercer las facultades que las disposiciones legales y administrativas le otorgan para verificar su cumplimiento y aplicar los procedimientos de verificación, corrección y, en su caso, las sanciones correspondientes.

Por ello, los Agentes Económicos podrán presentar al Instituto Federal de Telecomunicaciones consultas para efectos de recibir orientación sobre la aplicación de estos Elementos en casos específicos, antes de que estos se realicen y surtan efectos, ya sea durante el Concurso o durante la Operación de la Red Compartida.
