

## Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.

A



## Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

### ÍNDICE

ANTECEDENTES.....	3
CONSIDERACIONES.....	6
1. INDEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE SEPARACIÓN FUNCIONAL.....	6
1.1. Inadecuada ponderación de indicadores.....	6
1.2. Falta de evidencia de conductas discriminatorias por el AEPT que justifique la imposición de la medida de Separación Funcional.....	13
1.3. Inaplicación del artículo 276 de la LFTyR para la imposición de medidas adicionales y su indebida fundamentación directa en el artículo OCTAVO Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional. ....	24
2. FALTA DE CONSISTENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS BUSCADOS POR LA SEPARACIÓN FUNCIONAL Y LOS QUE LA INFORMACIÓN DISPONIBLE ARROJA.....	27
2.1. Probable situación financiera deficitaria de las EM del AEPT.....	27
2.2. Implicaciones del probable déficit con el que las EM iniciarían operaciones.....	34
2.3. Idoneidad del modelo de costos aplicable a los servicios mayoristas ofrecidos por las EM una vez implementada la Separación Funcional.....	37
2.4. No fueron analizadas las causas del probable déficit en los estados financieros de las EM del AEPT.....	43
2.5. Eficiencia regulatoria de la Separación Funcional respecto de otras alternativas.....	44
3. LA MEDIDA DE SEPARACIÓN FUNCIONAL DICTADA REVISTE CARACTERÍSTICAS QUE LA ASEMEJAN A UN ACTO PRIVATIVO Y, POR TANTO, DEBIÓ SER ANALIZADA CON UN ESTÁNDAR MÁS ALTO DE MOTIVACIÓN.....	46
3.1. La Separación Funcional de mérito como acto privativo.....	50
3.2. Principio de legalidad.....	54
3.3. Presunción de inocencia.....	56
CONCLUSIONES.....	61

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

**Ciudad de México, a 10 de mayo de 2018**

Con fundamento en los artículos 49, segundo párrafo, *in fine*, y 10, segundo párrafo, *in fine*, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTyR) y del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, respectivamente, formulo el presente voto particular en relación con el asunto III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno de este Instituto, celebrada el pasado 27 de febrero del año en curso, el cual se hizo consistir en el “Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal”.

Tal como lo señalé durante mi intervención en la Sesión de Pleno antes precisada, el sentido de mi voto fue en contra del Acuerdo arriba citado –al cual le recayó el número P/IFT/270218/130–, primeramente, en consistencia con mi votación de la IV Sesión Extraordinaria del Pleno de este Instituto celebrada el 27 de febrero de 2017, misma que fue en contra de las medidas Sexagésima Quinta del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima del Anexo 3 de la “Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones suprime, modifica y adiciona las medidas impuestas al Agente Económico Preponderante en el Sector de Telecomunicaciones mediante Resolución de fecha 6 de marzo de 2014, aprobada mediante Acuerdo P/IFT/EXT/060314/76”, en las cuales se adicionó la Separación Funcional a las medidas fijas y de desagregación impuestas originalmente en marzo de 2014 al Agente Económico Preponderante en el sector de la telecomunicaciones (AEPT), ello con motivo de la revisión bienal.

Adicionalmente, y dado que la Resolución que nos ocupa forma parte de un procedimiento que tiene su origen en la declaración de preponderancia que este Pleno emitió en marzo de 2014, mi voto en contra del Acuerdo en comento encuentra sustento en los antecedentes y consideraciones que señalo a continuación:

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

### ANTECEDENTES

1. Mediante 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 (DOF) el 11 de junio de 2013, y específicamente por mandato del artículo 28 constitucional, párrafo décimo quinto, se creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones, como un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo objeto es el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en la Constitución y en los términos que fijen las leyes, teniendo a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7o. constitucionales.

Asimismo, de conformidad con el párrafo décimo sexto del citado artículo 28 constitucional, el Instituto Federal de Telecomunicaciones es la autoridad en materia de competencia económica en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en estos ejercerá en forma exclusiva las facultades que dicho numeral prevé, así como las que las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y, entre otras facultades, la de regular de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia.

2. Ahora bien, el artículo OCTAVO transitorio, fracciones III y IV, del Decreto de Reforma Constitucional, ordenó al Instituto determinar la existencia de un agente económico preponderante en el sector de las telecomunicaciones e imponer las medidas necesarias (incluida la desagregación efectiva de su red local) para evitar que se afecten la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales, en los siguientes términos:

*“OCTAVO. Una vez constituido el Instituto Federal de Telecomunicaciones conforme a lo dispuesto en el artículo Sexto Transitorio, deberá observarse lo siguiente:*

*“[...]”*

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

*“III. El Instituto Federal de Telecomunicaciones deberá determinar la existencia de agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones, e impondrá las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales. Dichas medidas se emitirán en un plazo no mayor a ciento ochenta días naturales contados a partir de su integración, e incluirán en lo aplicable, las relacionadas con información, oferta y calidad de servicios, acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructuras de red, incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural de dichos agentes.*

*“Para efectos de lo dispuesto en este Decreto, se considerará como agente económico preponderante, en razón de su participación nacional en la prestación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, a cualquiera que cuente, directa o indirectamente, con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje 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 Instituto Federal de Telecomunicaciones.*

*“Las obligaciones impuestas al agente económico preponderante se extinguirán en sus efectos por declaratoria del Instituto Federal de Telecomunicaciones una vez que conforme a la ley existan condiciones de competencia efectiva en el mercado de que se trate.*

*“IV. El Instituto Federal de Telecomunicaciones, en un plazo no mayor a ciento ochenta días naturales contados a partir de su integración, establecerá las medidas que permitan la desagregación efectiva de la red local del agente preponderante en telecomunicaciones de manera que otros concesionarios de telecomunicaciones puedan acceder, entre otros, a los medios físicos, técnicos y lógicos de conexión entre cualquier punto terminal de la red pública de telecomunicaciones y el punto de acceso a la red local pertenecientes a dicho agente. Estas medidas también serán aplicables al agente económico con poder sustancial en el mercado relevante de servicios al usuario final.*

*“Las medidas a que se refiere el párrafo anterior deberán considerar como insumo esencial todos los elementos necesarios para la desagregación efectiva de la red local. En particular, los concesionarios podrán elegir los elementos de la red local que requieran del agente preponderante y el punto de acceso a la misma. Las citadas medidas podrán incluir la regulación de precios y tarifas, condiciones técnicas y de calidad, así como su calendario de implantación con el objeto de procurar la cobertura universal y el aumento en la penetración de los servicios de telecomunicaciones.*

*“[...]”*

[Énfasis añadido]

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

3. Conforme al mandato constitucional transcrito, el 6 de marzo de 2014, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/060314/76, aprobó la **“RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES DETERMINA AL GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO DEL QUE FORMAN PARTE AMÉRICA MÓVIL, S.A.B. DE C.V., TELÉFONOS DE MÉXICO, S.A.B. DE C.V., TELÉFONOS DEL NOROESTE, S.A. DE C.V., RADIOMÓVIL DIPSA, S.A.B. DE C.V., GRUPO CARSO, S.A.B. DE C.V., Y GRUPO FINANCIERO INBURSA, S.A.B. DE C.V., COMO AGENTE ECONÓMICO PREPONDERANTE EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES Y LE IMPONE LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA EVITAR QUE SE AFECTE LA COMPETENCIA Y LA LIBRE CONCURRENCIA” (“Resolución de Preponderancia”)**.
4. Posteriormente, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/270217/119, el Pleno del Instituto emitió el 27 de febrero de 2017 la **“RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES SUPRIME, MODIFICA Y ADICIONA LAS MEDIDAS IMPUESTAS AL AGENTE ECONÓMICO PREPONDERANTE EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES MEDIANTE RESOLUCIÓN DE FECHA 6 DE MARZO DE 2014, APROBADA MEDIANTE ACUERDO P/IFT/EXT/060314/76” (“Resolución Bienal”)** mediante la cual se obligó al AEPT, entre otras cuestiones, a separar funcionalmente la provisión de servicios mayoristas objeto de las medidas asimétricas de servicios fijos de telecomunicaciones y de desagregación efectiva de la red local, a través de la creación de una persona moral y de una división mayorista.
5. Finalmente, como resultado de la revisión bienal ordenada en el Acuerdo descrito con anterioridad, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/270218/130, el 27 de febrero de 2018 este Pleno emitió el **“ACUERDO MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE SOBRE EL PLAN FINAL DE IMPLEMENTACIÓN DE SEPARACIÓN FUNCIONAL Y OTROS PLANTEAMIENTOS PRESENTADOS POR AMÉRICA MÓVIL, S.A.B. DE C.V., TELÉFONOS DE MÉXICO, S.A.B. DE C.V., Y TELÉFONOS DEL NOROESTE, S.A. DE C.V., EN TÉRMINOS DE LAS MEDIDAS SEXAGÉSIMA QUINTA Y SEGUNDA TRANSITORIA DEL ANEXO 2 Y CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA Y SEGUNDA TRANSITORIA DEL ANEXO 3 DE LA RESOLUCIÓN BIENAL” (“Resolución de Implementación”)** en la cual se determinó procedente la creación de dos nuevas personas morales para la provisión de servicios mayoristas – empresas mayoristas– como subsidiarias directa e indirectamente de Telmex.

## Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

### CONSIDERACIONES

#### 1. INDEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE SEPARACIÓN FUNCIONAL.

Tal como lo expresé en mi voto razonado de la IV Sesión Extraordinaria del 27 de febrero de 2017,<sup>1</sup> en la cual se aprobó la “**Resolución Bienal**”, a mi juicio no se encontró debidamente fundada y motivada la imposición de la medida de Separación Funcional, por las razones que oportunamente hice valer y que, por ser pertinentes para la mejor comprensión de mi disenso, a continuación las retomo y desarrollo:

##### 1.1. Inadecuada ponderación de indicadores.

La “**Resolución Bienal**”, en su Considerando Octavo, relativo a la medida de Separación Funcional establece entre otros aspectos, el siguiente:

*“Después de analizar las condiciones del sector de telecomunicaciones fijas en México, resulta claro que se requiere establecer condiciones adicionales a las medidas ya existentes que permitan cambiar el rumbo actual de las condiciones de competencia.”<sup>2</sup>*

[Énfasis añadido]

Dicha conclusión se sustenta, en parte, en los indicadores que comparan los niveles de penetración para el servicio de banda ancha fija en los 35 países miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para los años 2013 y 2016, de los cuales se desprende que México ocupa el último lugar,<sup>3</sup> y en aquellos que comparan las velocidades de descarga de banda ancha fija,

<sup>1</sup> Voto razonado Comisionado Adolfo Cuevas Teja. Disponible en: [http://www.ift.org.mx/sites/default/files/voto\\_escrito\\_cuevas\\_4aext\\_270217\\_acc.pdf](http://www.ift.org.mx/sites/default/files/voto_escrito_cuevas_4aext_270217_acc.pdf).

<sup>2</sup> Página 1370 de la Resolución Bienal.

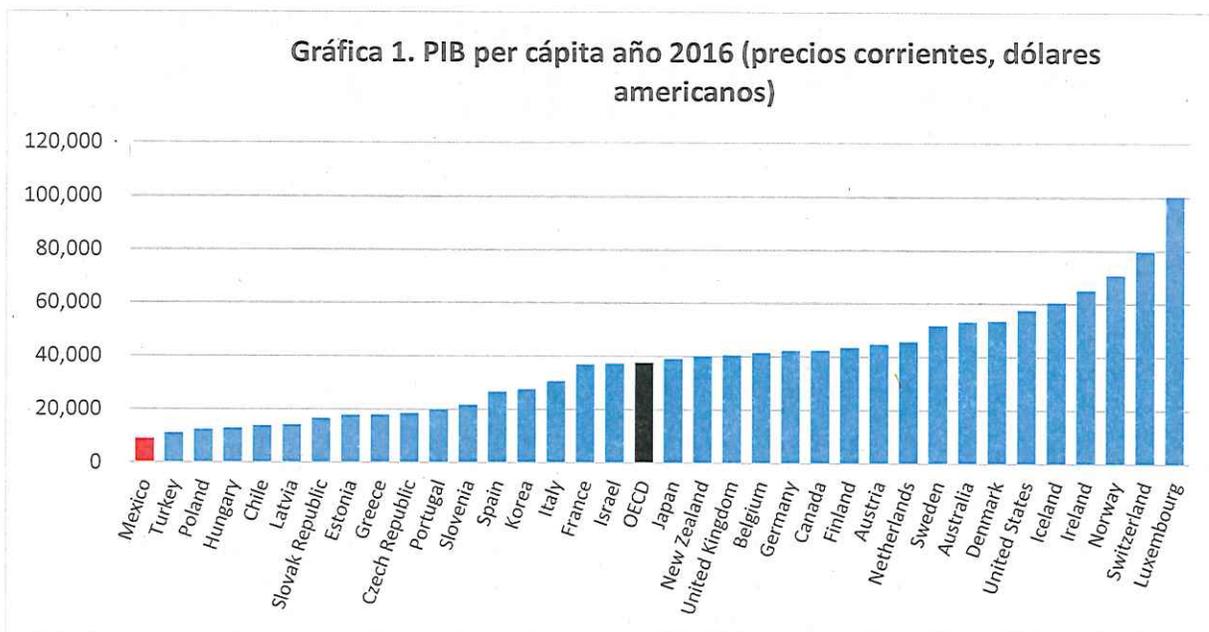
<sup>3</sup> Páginas 1364 y 1365 de la Resolución Bienal.

**Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja**

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bial; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

en los cuales se muestra que México no ha alcanzado el promedio de velocidad ofertado por los operadores en los países que integran esa organización.<sup>4</sup>

Sin embargo, cabe señalar que de conformidad con los indicadores de la OCDE, el resto de los 34 países miembros cuentan con mayores niveles de desarrollo económico que México, según se observa de los datos que muestran el Producto Interno Bruto (PIB) per cápita (nominal y con paridad de poder adquisitivo)<sup>5</sup> para cada país en 2016,<sup>6</sup> como se ilustra a continuación:



Fuente: Elaboración propia con información de la OCDE (2018).

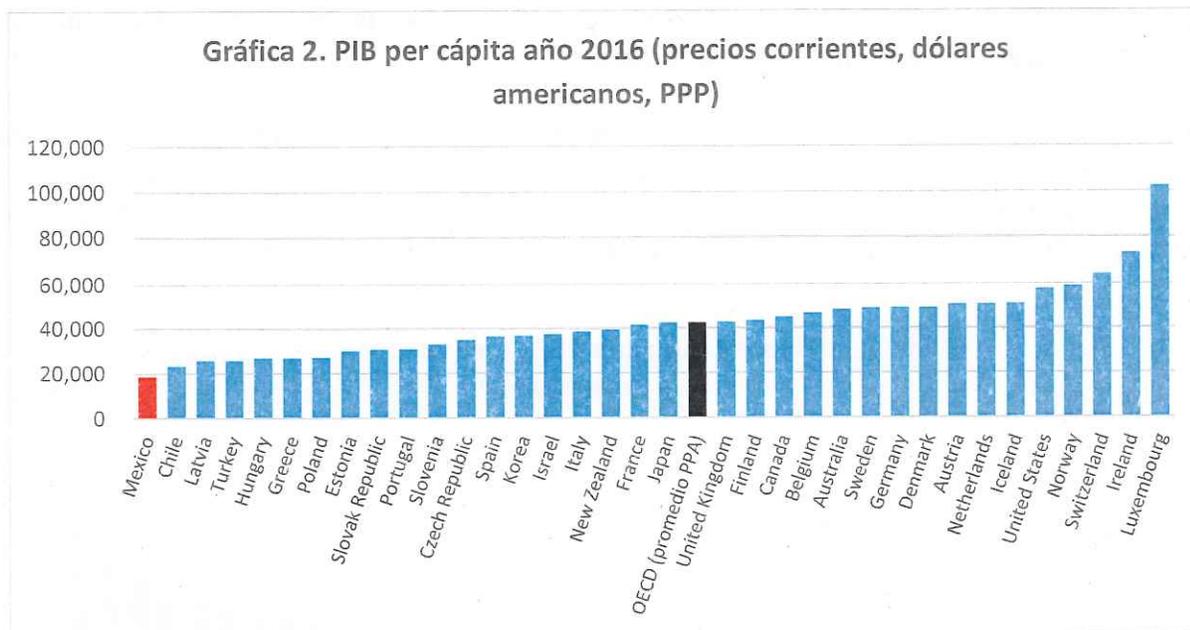
<sup>4</sup> Página 1369 de la Resolución Bial.

<sup>5</sup> Purchasing Power Parity (PPP) en inglés.

<sup>6</sup> OCDE. Gross domestic product (GDP) 2016, correspondiente a las categorías “per head, current prices, current exchange rates” y “per head, current prices, current PPPs”. Consultado en: <https://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=60702>.

**Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja**

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.



Fuente: Elaboración propia con información de la OCDE (2018).

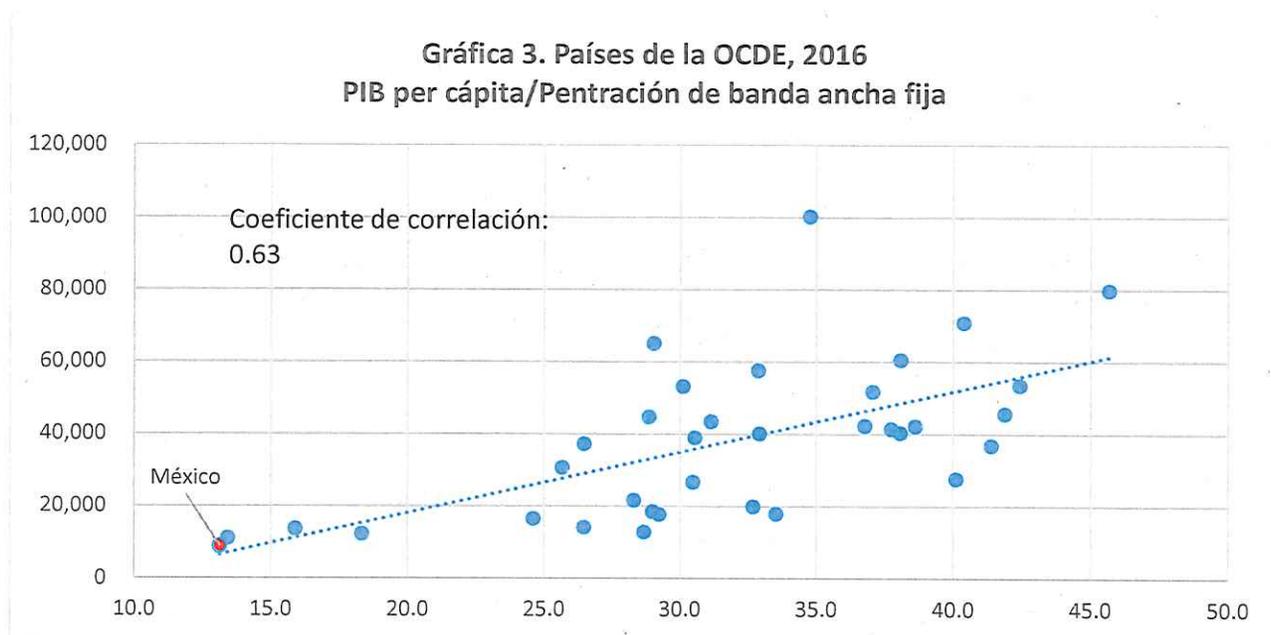
Las siguientes gráficas muestran la existencia de una correlación entre el PIB *per cápita* (sin y con paridad de poder adquisitivo) y la penetración del servicio de banda ancha fija. En estas gráficas se observa un coeficiente de correlación positiva de 0.63 y 0.54 respectivamente,<sup>7</sup> lo cual sugiere que la existencia de distintos niveles de penetración está relacionada de forma relevante con el nivel de desarrollo del país de que se trate, de manera independiente a la posibilidad de acceso a la infraestructura del operador de mayor tamaño.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> El coeficiente de correlación mide el grado de relación que existe entre dos series de variables. El resultado del coeficiente de correlación está acotado entre -1 y +1, los valores cercanos a cero indican que no hay asociación entre las variables, valores más cercanos a 1 indican una asociación fuerte, mientras que valores cercanos a -1 indican una asociación fuerte pero inversa. La fórmula aplicable es la siguiente:  $\rho_{X,Y} = \frac{\text{Cov}(X,Y)}{\sigma_X \sigma_Y}$

<sup>8</sup> Como se podrá observar, existe un mayor coeficiente de correlación en la Gráfica 3 que en la Gráfica 4, esto obedece a que los países menos desarrollados (y con menores niveles de penetración de banda ancha fija) presentan menores valores de PIB per cápita sin el ajuste PPP que con el ajuste PPP. Ahora bien, considero que la Gráfica 3 (sin ajuste PPP)

**Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja**

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*



Fuente: Elaboración propia con información de la OCDE (2018).<sup>9</sup>

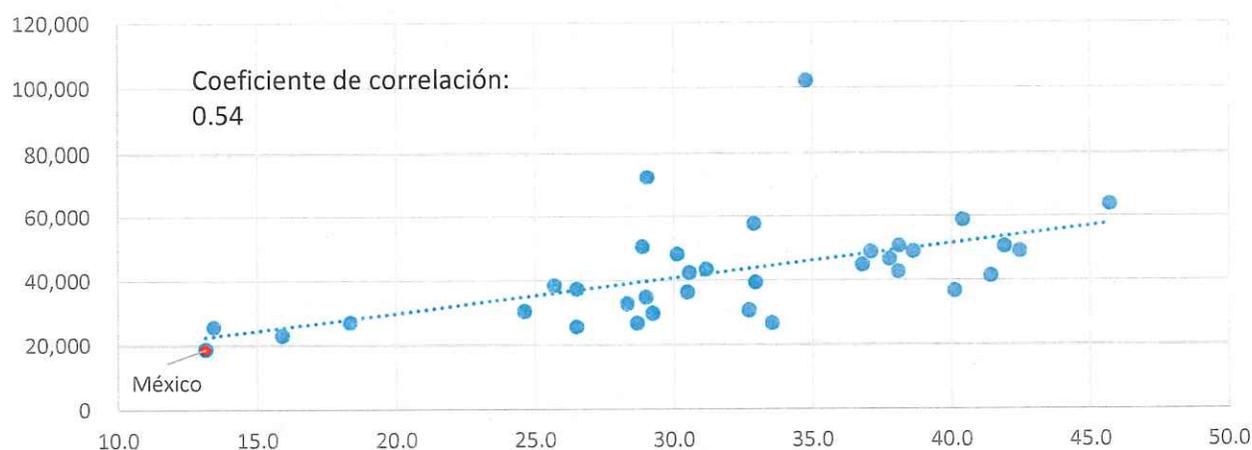
es más representativa, en virtud de que la compra de los componentes necesarios para la instalación de infraestructura en el sector de telecomunicaciones se realiza a precios internacionales, lo que resta relevancia al hecho de tomar en cuenta un ajuste PPP para incluir las diferencias de poder adquisitivo entre países.

<sup>9</sup> OCDE. Penetración de Banda Ancha Fija (2016). Consultado en: <http://www.oecd.org/sti/broadband/broadband-statistics/>.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.

Gráfica 4. Países de la OCDE, 2016  
PIB per cápita (PPP)/Penetración de banda ancha fija



Fuente: Elaboración propia con información de la OCDE (2018).<sup>10</sup>

Por lo tanto, y toda vez que los indicadores que se invocan en la **“Resolución Bienal”** comparan una serie de países más desarrollados que el nuestro y que, en gran medida por eso, cuentan con mayores niveles de penetración de banda ancha fija y mayores velocidades; en mi concepto, no pueden considerarse como un referente adecuado y suficiente por sí mismos para determinar que existe baja penetración de servicios fijos en nuestro país, de forma relativa y, menos aun, que ello pueda ser modificado por medio de la imposición de una medida como la Separación Funcional, ni que tal medida permita, entonces, y a ciencia cierta, *“cambiar el rumbo actual de las condiciones de competencia”*, como lo señala la **“Resolución Bienal”**.

Lo anterior cobra relevancia si se toma en cuenta que en la **“Resolución de Preponderancia”**, dictada el 6 de marzo de 2014, no fueron establecidas metas específicas a alcanzar en materia de indicadores que pudieran medir objetivamente el desarrollo del sector de telecomunicaciones, por lo que este

<sup>10</sup> Ídem.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Instituto no se encuentra, en mi opinión, en posibilidad de sustentar la necesidad de imponer nuevas medidas exclusivamente a partir del hecho de que son bajos los niveles de penetración y baja la velocidad que se observa en los servicios fijos, particularmente en el de banda ancha.<sup>11</sup>

Apreciación equívoca que se pone de manifiesto en la propia “Resolución Bienal”, cuando refiere que:

*“... de lo señalado en el presente documento y en el Análisis en Materia de Competencia referente a la ausencia de condiciones adecuadas para el acceso y verificación de la prestación de los mismos, se advierte que **la situación del sector de telecomunicaciones en relación con los servicios fijos, no ha mostrado avances significativos que beneficien a los usuarios...**”<sup>12</sup>*

[Énfasis añadido]

Más aún, en la “Resolución Bienal” se subraya la necesidad de contar con medidas adicionales –como la Separación Funcional– para alcanzar los objetivos establecidos en el Decreto de Reforma Constitucional, de conformidad con lo siguiente:

*“Es por ello que se requiere de medidas adicionales que permitan a México alcanzar lo antes posible los objetivos de la reforma constitucional, por lo que resulta impostergable acelerar la desagregación efectiva de la red local del AEP, y con ello asegurar el derecho de acceso a la banda ancha en los términos establecidos en el artículo 6° del Decreto.*

*“A fin de garantizar el acceso a la infraestructura del AEP, la separación funcional se considera como una medida regulatoria razonable y proporcional para generar eficiencias económicas en los mercados que conforman el sector de las telecomunicaciones”<sup>13</sup>*

[Énfasis añadido]

<sup>11</sup> Para atender específicamente los temas de velocidad/calidad de la banda ancha (fija y móvil), este Instituto sometió a consulta pública el “Anteproyecto de Lineamientos que establecen los parámetros de banda ancha a que deberán sujetarse los prestadores del servicio de acceso a internet”, la cual tuvo lugar durante el período que corrió del 7 de diciembre de 2017 al 19 de febrero de 2018.

<sup>12</sup> Página 1376 de la Resolución Bienal.

<sup>13</sup> Página 1377 de la Resolución Bienal.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

En tales circunstancias, es evidente que la **“Resolución Bienal”** parte de diversas aseveraciones sustentadas en indicadores que presuntamente revelarían que no hay avances significativos en el sector de las telecomunicaciones –particularmente en la penetración de los servicios fijos–, para justificar la imposición de una medida adicional como la Separación Funcional, sin detenerse a considerar, por una parte, que nunca fueron establecidas metas cuantitativas, determinadas o determinables, en relación con las cuales podría medirse el impacto de las medidas originalmente impuestas en la **“Resolución de Preponderancia”**, las que justamente tenían por objeto cumplir con lo ordenado en la Reforma Constitucional; ni, por la otra, que el grado de penetración de servicios fijos o velocidad de internet está relevantemente asociado al nivel de desarrollo de cada economía nacional, por lo que la imposición de una medida drástica como la Separación Funcional debió haberse sustentado en un análisis más robusto que demostrara la real necesidad y pertinencia de adoptarla.

En ese sentido, tampoco advierto que en el texto de la **“Resolución Bienal”** se aporten otros datos que permitan probar fehacientemente que la Separación Funcional es la medida idónea para lograr los avances que se esperan en los servicios fijos de telecomunicaciones, sobre todo cuando ni siquiera se identifica, así sea aproximadamente, la meta cuantitativa que la Separación Funcional podría aportar, lo que abre la posibilidad de que el IFT siga escalando medidas sobre el AEPT, basadas no en el comportamiento, o cumplimiento de las medidas existentes por parte del propio AEPT, sino en una nebulosa insatisfacción institucional acerca de la situación de México en comparativos internacionales, cuya explicación, como se ilustra arriba, puede estar claramente asociada a factores macroeconómicos, exógenos al ámbito y alcance de la regulación del sector.

## Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

### **1.2. Falta de evidencia de conductas discriminatorias por el AEPT que justifique la imposición de la medida de Separación Funcional.**

#### **1.2.1. Insuficiente supervisión y verificación del cumplimiento de las medidas asimétricas.**

##### **1.2.1.1. Medidas impuestas al AEPT.**

Mediante la “**Resolución de Preponderancia**” de 2014 se dictaron 63 medidas relacionadas con los servicios fijos de telecomunicaciones, así como 45 medidas para permitir la desagregación efectiva de la red local del AEPT, de las cuales, 28 y 15, respectivamente, tenían como propósito específico evitar conductas discriminatorias por parte del AEPT, entre las que destacan, tanto para servicios fijos como para desagregación efectiva las siguientes:

- i) La prohibición de establecer condiciones discriminatorias para la prestación de los servicios;
- ii) La obligación de prestar los servicios en las mismas condiciones, plazos y calidad con que prestan dichas funciones para su propia operación, y
- iii) La obligación consistente en poner a disposición toda la información relacionada con los servicios a través del Sistema Electrónico de Gestión (SEG).

Posteriormente, como resultado de la “**Resolución Bienal**” de 2017, no solo se mantuvieron las 28 medidas relacionadas con la no discriminación en los servicios fijos, sino que se incorporaron 5 medidas adicionales cuyo propósito también es disminuir el margen de actuación del AEPT para evitar conductas discriminatorias en la provisión de servicios mayoristas –entre las que se incluye la Separación Funcional–. De igual manera, para el caso de las medidas correspondientes a la desagregación efectiva, se advierte que persisten las 15 medidas dictadas en 2014 tendientes a evitar la discriminación y se incluyen 4 nuevas medidas que persiguen el mismo propósito, entre las que también se encuentra la Separación Funcional.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Entre las nuevas medidas dictadas para prevenir prácticas de discriminación del AEPT en la “**Resolución Bienal**”, destacan entre otras –además de la Separación Funcional– las siguientes:

- i) La replicabilidad técnica y económica, y
- ii) La equivalencia de insumos.

Para conocer con precisión las medidas específicamente impuestas al AEPT a fin de evitar que cometiera conductas discriminatorias en la prestación de sus servicios, previstas tanto en la “**Resolución de Preponderancia**” como en la “**Resolución Bienal**”, favor de remitirse a los cuadros comparativos que corren agregados al presente voto como Anexos 1 y 2, donde se pueden identificar las referentes a servicios fijos y de desagregación, respectivamente.<sup>14</sup>

#### **1.2.1.2. Ausencia de una debida y completa supervisión y verificación del cumplimiento de medidas y de evidencia de discriminación por el AEPT.**

Por cuanto hace al cumplimiento de las medidas de preponderancia dictadas en 2014, es preciso mencionar que de la “**Resolución Bienal**” no se desprende que este Instituto haya llevado a cabo una adecuada y oportuna supervisión y verificación de la regulación asimétrica impuesta al AEPT durante el periodo que abarcó desde su imposición en marzo de 2014, hasta la emisión de las nuevas medidas adicionales en febrero de 2017, en virtud de las consideraciones siguientes:

1. En lo que respecta a los informes trimestrales de cumplimiento de obligaciones asimétricas para los periodos de octubre-diciembre 2014; enero-marzo 2015; abril-junio 2015; julio-septiembre 2015; octubre-diciembre 2015 y enero-marzo 2016, emitidos por las Direcciones Generales de Supervisión y de Verificación, ambas adscritas a la Unidad de Cumplimiento del IFT, los cuales no fueron inscritos en el Registro Público de Concesiones (RPC) sino hasta mayo de 2016 y, por lo que hace al periodo de abril-junio 2016 que no fue inscrito hasta septiembre de ese año; es de destacar que de los mismos se advierte que la supervisión realizada por el Instituto se limitó a la revisión y análisis de la documentación requerida al AEPT misma que, si bien fue emitida en el contexto del cumplimiento de las medidas asimétricas, se trata de información proporcionada por el propio AEPT, de cuya

<sup>14</sup> Ver Anexos 1 y 2 que forman parte del presente voto particular.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

veracidad o exactitud no se hace referencia en la **“Resolución Bienal”** en cuanto a que hubieran sido oportunamente constatadas.<sup>15</sup>

2. Aunado a lo anterior, el cumplimiento de las medidas de preponderancia tampoco fue evaluado por parte de un auditor externo, como lo permite el artículo 275, segundo párrafo, de la LFTyR, sino que fue el 17 de octubre de 2016 cuando se modificó el Estatuto Orgánico del Instituto para crear la Dirección General de Supervisión y Verificación de Regulación Asimétrica,<sup>16</sup> encargada entre otras cuestiones, de supervisar y verificar el cumplimiento de la regulación asimétrica impuesta a los agentes económicos preponderantes.

Ahora bien, es de la mayor importancia señalar que de los informes trimestrales que fueron emitidos por esta última Dirección General (a partir del periodo de julio-septiembre 2016)<sup>17</sup> no se desprenden en modo alguno incumplimientos de cualquier tipo por parte del AEPT a las medidas asimétricas, particularmente de las relativas a evitar la discriminación.

3. Con base en la información contenida en cada uno de los informes trimestrales mencionados, resulta que a la fecha en la que se aprobó la **“Resolución Bienal”**, esto es, casi tres años después de que se dictaron las medidas de preponderancia, el Pleno del Instituto no tenía conocimiento de haberse detectado algún incumplimiento por parte del AEPT a las medidas de preponderancia, especialmente de las relativas a evitar discriminación ni, consecuentemente, de haberse iniciado el correspondiente procedimiento administrativo de imposición de sanción. Lo anterior, sin que de mi

<sup>15</sup> Informes trimestrales de cumplimiento de obligaciones asimétricas para los periodos de octubre-diciembre 2014; enero-marzo 2015; abril-junio 2015; julio-septiembre 2015; octubre-diciembre 2015 y enero-marzo 2016 de Teléfonos de México, S.A.B de C.V. y Teléfonos del Noroeste S.A de C.V. Consultado en: Informes, sanciones y supervisión del Registro Público de Concesiones (RPC), IFT. Disponibles en: <http://www.ift.org.mx/registro-publico-de-concesiones/informes-trimestrales-de-cumplimiento-de-agentes-economicos-preponderantes>.

<sup>16</sup> ACUERDO por el que se modifica el Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones. Publicado en el DOF el 17 de octubre de 2016. Consultado en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5456962&fecha=17/10/2016](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5456962&fecha=17/10/2016).

<sup>17</sup> Informes trimestrales de cumplimiento de obligaciones asimétricas para los periodos de julio-septiembre 2016 y octubre-diciembre 2016 de Teléfonos de México, S.A.B de C.V. y Teléfonos del Noroeste S.A de C.V. Consultado en: Informes, sanciones y supervisión del Registro Público de Concesiones (RPC), IFT. Disponibles en: <http://www.ift.org.mx/registro-publico-de-concesiones/informes-trimestrales-de-cumplimiento-de-agentes-economicos-preponderantes>.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

parte se prejuzgue sobre el cumplimiento o no de las medidas por parte del AEPT, cuenta habida que, reitero, no hubo en mi opinión una adecuada supervisión y verificación de las mismas, ni se proporcionó al Pleno información en la **“Resolución Bienal”** de 2017 o en la **“Resolución de Implementación”** de 2018, ni por cualquier otra vía, que contradijera lo anterior y mostrara incumplimientos del AEPT a sus obligaciones de preponderancia, particularmente a las decenas de ellas tocantes a evitar la discriminación.

A pesar de ello, como ya se mencionó, con motivo de la evaluación bienal de las medidas, una mayoría del Pleno decretó la Separación Funcional de Telmex y de Telnor, con el objetivo fundamental de evitar un trato discriminatorio en la provisión de los servicios mayoristas fijos y de desagregación que presta el AEPT. Lo anterior, en términos de lo establecido en la propia **“Resolución Bienal”**, de conformidad con las transcripciones que se citan a continuación:

*“Cabe señalar que la separación funcional consiste en imponer a las empresas integradas verticalmente, la obligación de separar actividades mayoristas de las minoristas, **tendiente al logro de los siguientes objetivos:**”*

- *“Acelerar la transición hacia condiciones de competencia en el sector de las telecomunicaciones;”*
- *“**Eliminar la discriminación en la provisión de servicios entre los terceros y las empresas reguladas;**”*
- *“Estimular la eficiencia en la provisión de servicios mayoristas, y”*
- *“Eliminar subsidios cruzados entre empresas relacionadas.”*

[...]”<sup>18</sup>

[Énfasis añadido]

Asimismo, se establece:

---

<sup>18</sup> Página 1377 de la Resolución Bienal.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

*“...con la implementación de la separación funcional se garantizará el acceso efectivo a la red local del AEP, con un trato no discriminatorio en la prestación de servicios mayoristas entre operadores y el AEP, además de permitir a los operadores complementar el despliegue de sus propias redes.”<sup>19</sup>*

[Énfasis añadido]

De igual forma, por cuanto hace a la necesidad de implementar la Separación Funcional, la “Resolución Bienal” en cita señala:

*“Si bien dicha medida implicará un costo adicional para la empresa, es necesario que se implemente para cumplir con el mandato constitucional y lo establecido por la LFTR, con la finalidad de asegurar la eficiente prestación de los servicios mayoristas de desagregación y compartición de infraestructura bajo condiciones no discriminatorias.”<sup>20</sup>*

[Énfasis añadido]

De conformidad con lo anterior, es claro que una mayoría del Pleno consideró que la medida de Separación Funcional constituye una solución regulatoria para evitar la discriminación en la prestación de los servicios fijos mayoristas que ofrece el AEPT y la eficiente prestación de los servicios mayoristas sin que, en mi concepto, se contara en absoluto con evidencia empírica objetiva –y menos aún con materia probatoria en sentido jurídico estricto–, que al menos indiciariamente apuntara a que dicho agente incurrió en conductas discriminatorias, o que incurrió en una prestación ineficiente de los servicios mayoristas que ofrece.

En efecto, en el caso concreto no se desprende evidencia alguna de que tales conductas se hayan cometido por parte del AEPT; aunado a que, como ya quedó de manifiesto, este Instituto no llevó a cabo una debida supervisión y verificación que permitiera constatar mediante los medios probatorios idóneos la violación a las medidas de preponderancia, particularmente de aquellas relacionadas con la no discriminación.

<sup>19</sup> Página 1392 de la Resolución Bienal.

<sup>20</sup> Página 1398 de la Resolución Bienal.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bial; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

En ese orden de ideas, dado que el Instituto a la fecha de imposición de la medida de Separación Funcional en 2017 no contaba con los elementos objetivos que demostraran el incumplimiento de las medidas dictadas en 2014; esto es, como resultado de procedimientos administrativos a través de los cuales se hubiere sancionado al AEPT; en mi opinión, la medida aludida se esgrimió desde un plano teórico, sin evidencia jurídicamente sólida de que las medidas asimétricas de la **“Resolución de Preponderancia”** de 2014 hubieran sido incumplidas o pudieran haber sido ineficaces hasta ese momento para lograr su objetivo, en específico, el de evitar la discriminación en los servicios mayoristas; sino que se acude a señalamientos no demostrados y exclusivamente argumentativos para sustentar la necesidad de imponer la nueva medida.

Por las razones expuestas, considero que el Instituto no debió imponer medidas adicionales con base en lo que, a mi parecer, constituyen meras suposiciones o asumiendo que podría haber una conducta discriminatoria en la prestación de los servicios regulados, sino que, en cualquier caso, tal circunstancia debió constatarse debidamente en la parte considerativa de la **“Resolución Bial”**. Consecuentemente, resulta lógica y, por tanto, jurídicamente improcedente atribuir a dicho agente una potencial discriminación hacia el futuro, ante la nula evidencia de que haya cometido, a febrero de 2017, una sola conducta discriminatoria imputada y sancionada, incumpliendo una o más de las 43 obligaciones asimétricas relativas a trato no discriminatorio que le fueron impuestas mediante la **“Resolución de Preponderancia”** de 2014. Máxime cuando la Separación Funcional busca evitar, principalmente, el tipo de conductas discriminatorias abarcado por las señaladas 43 medidas asimétricas dictadas en 2014, más las 7 adicionales emitidas en 2017.

Sobre el particular, es importante subrayar que, si bien es cierto que el Instituto como órgano constitucional autónomo cuenta con cierto margen de discrecionalidad para emitir sus actos administrativos, ello no implica que éstos puedan carecer de una debida fundamentación y motivación. Así lo ha reconocido el Poder Judicial de la Federación mediante el criterio que a continuación se transcribe:

*“Época: Décima Época; Registro: 2002304; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XV, diciembre de 2012, Tomo 2; Materia(s): Común; Tesis: IV.3o.A.26 A (10a.); Página: 1331*

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.

**“FACULTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN. LOS ADMINISTRADOS TIENEN INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR SU EJERCICIO CUANDO AFECTEN SUS DERECHOS.** El Estado Mexicano, al ser un Estado de derecho constitucional democrático, condiciona toda actuación de la autoridad pública al imperio de la ley y, por ende, al control jurídico del ejercicio del poder, porque sólo a través de éste se constata si aquélla se ajusta al orden jurídico y corresponde con los fines del Estado. La facultad discrecional, desde esa óptica, **no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta.** Por tanto, en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodea, para encausarlo, dirigirlo y, sobre todo, limitarlo. Tal situación pone de manifiesto la vinculación de la administración al ordenamiento jurídico. Así, la discrecionalidad debe partir del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el cual postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo -mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que lo sostiene. **Esto es, discrecionalidad no es arbitrariedad, nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino -pura y simplemente- la conocida sit pro ratione voluntas o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad. De esta forma, como la facultad discrecional está limitada por el respeto irrestricto a los derechos humanos, su ejercicio es un acto de poder que debe estar fundado y motivado. Por tanto, los administrados poseen interés jurídico para controvertirlo cuando afecte sus derechos.”**

[Énfasis añadido]

#### 1.2.2. Importancia de una suficiente y exhaustiva supervisión y verificación de las medidas asimétricas y posibilidad deseable de un anticipado cumplimiento fáctico sustituto.

Como lo he expresado antes, con motivo de la evaluación bienal, una mayoría del Pleno procedió a imponer la medida de Separación Funcional, a partir de la presunción implícita de haberse llevado a cabo conductas discriminatorias en la prestación de los servicios mayoristas por parte de Telmex y Telnor, en su carácter de AEPT y/o el potencial de hacerlo, no obstante que este Instituto no contó con elementos objetivos que acreditaran la existencia de dicha problemática.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Conforme a lo anterior, en opinión del suscrito, la Separación Funcional se concibió injustificadamente por parte de una mayoría del Pleno del Instituto como una medida necesaria para corregir y/o evitar las conductas discriminatorias del AEPT; no obstante, la falta de una exhaustiva supervisión y verificación de las medidas dictadas en 2014, que acreditara que tales conductas efectivamente hubieran sido realizadas por el AEPT.

Lo anterior es relevante, toda vez que si bien es cierto que en la “Resolución Bienal” se plantea la Separación Funcional como una medida que permitirá evitar la discriminación en la prestación de los servicios mayoristas; también es cierto que ello no implica que por sí sola la Separación Funcional permitirá garantizar o asegurar el cese de conductas discriminatorias por parte del AEPT, sino que, en su caso, generará los incentivos para lograr un cambio conductual,<sup>21</sup> lo que conlleva, necesariamente, un seguimiento constante y puntual por parte de las unidades competentes de este Instituto, a efecto de supervisar y verificar el debido cumplimiento de la medida.

En ese sentido, y en virtud de que existen otras medidas asimétricas cuyo objetivo fundamental, al igual que la Separación Funcional, es evitar que el AEPT cometa conductas discriminatorias (28 relacionadas con la prestación de servicios fijos y 15 con la desagregación efectiva de la red local, desde 2014; y 32 y 18, respectivamente, desde 2017) es necesario que su cumplimiento y efectividad sea debidamente supervisado y verificado por las áreas responsables del IFT. Lo anterior, con la finalidad de contar con la información suficiente y oportuna que permita demostrar y evidenciar si, en su caso, ha sido corregida la situación que les dio origen y, en consecuencia, que ya no subsisten conductas discriminatorias en la prestación de los servicios por parte del AEPT.

Por tal motivo, desde mi punto de vista, es importante considerar que resulta probable, y sobre todo deseable para el conjunto de la industria, así como para este Instituto, que se pudiese contar con evidencia que permita conocer si antes de que sea consumada la Separación Funcional, pudiese ya haberse dado un cumplimiento efectivo del resto de las medidas tendientes a evitar la discriminación en la prestación de los servicios del AEPT y, en ese sentido, estar frente a un escenario de cumplimiento fáctico y de eliminación de la problemática intrínseca, lo que evitaría tener que esperar los dos años en que se tiene previsto implementar la Separación Funcional, a fin de lograr un trato no discriminatorio.

---

<sup>21</sup> Página 1399 de la Resolución Bienal.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

En esa tesitura, y si se hubiere evidenciado mediante el cumplimiento de las demás medidas, que no persisten más conductas discriminatorias del AEPT, podría demostrarse que la Separación Funcional no resulta en modo alguno necesaria ni indispensable, toda vez que, en un análisis final, una Separación Funcional exitosa en sus efectos consistiría precisamente en el cumplimiento de las demás medidas contra la discriminación ya dictadas por IFT. En este orden de ideas, de corregirse por esta vía de cumplimiento fáctico la causa que motivó la imposición de la Separación Funcional, inhibiéndose exitosamente cualquier posibilidad de discriminación, ello sería sin asomo de duda altamente positivo, habida cuenta de la problemática en distintos órdenes que conlleva su implementación, según se aborda en el presente documento.

No es óbice insistir en la importancia total de una adecuada y completa supervisión y verificación, pues como se ha expresado, la Separación Funcional, aun implementada, no evita de forma automática la discriminación y esto es cierto, incluso, para el caso de una separación estructural, ya que, como es sabido, múltiples prácticas monopólicas tipifican ese tipo de acuerdos entre agentes económicos independientes.

#### **1.2.3. Falta de proporcionalidad de la medida de Separación Funcional y posible sobrerregulación.**

En adición a lo anteriormente expuesto, a mi juicio, la medida de Separación Funcional resulta desproporcionada dado que, como ya se mencionó, la “**Resolución Bienal**” contempló un conjunto de medidas adicionales tendientes a evitar conductas discriminatorias (equivalencia de insumos y replicabilidad técnica y económica) las cuales, desde mi punto de vista, debieron ser, en todo caso, implementadas, supervisadas y verificadas previamente a decidir la Separación Funcional, para estar en posibilidad de determinar, eventualmente, su incumplimiento o insuficiencia que ameritara la imposición de una nueva y adicional medida, evidentemente más intrusiva y costosa que las otras, como lo es, desde cualquier óptica, la Separación Funcional.

Aunado a lo anterior, con la imposición de las medidas en comento, no solo se advierte una duplicidad por cuanto hace a los objetivos que se buscan lograr con las mismas, dado que al igual que la Separación Funcional, dichas medidas obedecen a una lógica de evitar conductas discriminatorias por parte del AEPT; sino que, además, estimo que podría dar lugar a una sobrerregulación por parte de este Instituto, en tanto que, para lograr ese cambio conductual, se establece la medida más estricta

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

sin antes haber abierto la posibilidad de instrumentar y evaluar el impacto del conjunto de medidas menos intrusivas.

Cabe señalar que a la fecha en la se emitió la “**Resolución de Implementación**” (febrero 2018), es decir, un año después de la “**Resolución Bienal**” que contenía el nuevo conjunto de medidas impuestas para evitar la discriminación (32 para servicios fijos y 18 para desagregación de red) tampoco había evidencia alguna de su incumplimiento o ineffectividad, como puede leerse en los informes trimestrales de cumplimiento de obligaciones asimétricas, que fueron inscritos en el Registro Público de Concesiones con posterioridad a la aprobación del Plan de Implementación de la Separación Funcional.<sup>22</sup>

#### 1.2.4. Inaplicación de un criterio de gradualidad.

Por otra parte, y en tanto que como ya se demostró existían otras medidas que forman parte de la regulación asimétrica impuesta, tendentes a evitar la discriminación por parte del AEPT, estimo que desde un punto de vista regulatorio, debió aplicarse un criterio de gradualidad que permitiera imponer aquella medida regulatoria que resultara más razonable y proporcional para corregir una problemática detectada (si hubiere existido alguna); esto es, en la búsqueda de la medida mayormente efectiva, en mi concepto, se debió comenzar por la implementación de la menos costosa, y solo en caso de que se hubiere comprobado su baja efectividad y/o reiterado incumplimiento, debió analizarse la posible implementación de la que representa un mayor costo. Es decir, con un criterio de gradualidad se buscaría aplicar aquella medida regulatoria que sea la menos intrusiva dentro del conjunto de medidas posibles para lograr determinado objetivo.

A pesar de ello, conforme a lo ya expresado en el presente capítulo, una mayoría del Pleno determinó el establecimiento una medida más estricta sin haber acreditado previamente el incumplimiento y/o

---

<sup>22</sup> Informes trimestrales de cumplimiento de obligaciones asimétricas para los periodos de abril-junio 2017 y julio-septiembre 2017 de Teléfonos de México, S.A.B de C.V. y Teléfonos del Noroeste S.A de C.V. Consultado en: Informes, sanciones y supervisión del Registro Público de Concesiones (RPC), IFT. Disponibles en: <http://www.ift.org.mx/registro-publico-de-concesiones/informes-trimestrales-de-cumplimiento-de-agentes-economicos-preponderantes>

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

inefectividad del resto de las medidas tendientes a evitar conductas discriminatorias por parte del AEPT.

En este sentido, a la luz de un principio de gradualidad, la Separación Funcional constituye una medida regulatoria que por su propia naturaleza podría implicar altos costos de implementación, de reversibilidad y con un alto potencial de generar efectos indeseados en los mercados involucrados, por lo que solo debiera ser implementada cuando se hubiere comprobado fehacientemente que otras alternativas menos costosas no fueron efectivas para alcanzar los mismos objetivos.

Precisamente y, ante todo, debió darse cuenta en la “Resolución Bienal” de 2017 particularmente, sobre el cumplimiento o no de las 43 medidas contra la discriminación impuestas al AEPT en la “Resolución de Preponderancia” de 2014, pues solamente el incumplimiento de ellas podría haber dado lugar, bajo el principio de gradualidad, a escalar razonablemente la regulación a una medida más intrusiva como la Separación Funcional.

Es importante mencionar que, de una interpretación literal y gramatical del artículo OCTAVO Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional, es posible desprender que la separación contable, funcional y estructural constituye una unidad lógica identificada claramente con un grado de intrusión ascendente en la esfera jurídica del agente económico preponderante:

*“OCTAVO. Una vez constituido el Instituto Federal de Telecomunicaciones conforme a lo dispuesto en el artículo Sexto Transitorio, deberá observarse lo siguiente:*

*“[...]*

*“III. El Instituto Federal de Telecomunicaciones deberá determinar la existencia de agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones, e impondrá las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales. Dichas medidas se emitirán en un plazo no mayor a ciento ochenta días naturales contados a partir de su integración, e incluirán en lo aplicable, las relacionadas con información, oferta y calidad de servicios, acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructuras de red, incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural de dichos agentes...”*

*[Énfasis añadido]*

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Por todo lo anterior, considero que el establecimiento e instrumentación de la Separación Funcional careció del rigor técnico, lógico-jurídico y regulatorio que se requiere para ser dictada, máxime, cuando se advierte de los análisis del propio AEPT y de este Instituto, a los cuales hago referencia en el capítulo siguiente, que podría resultar en extremo onerosa a la empresa, al sector y a los usuarios, al afectar sensiblemente la rentabilidad de las nuevas empresas que resulten de la implementación de la Separación Funcional.

### 1.3. Inaplicación del artículo 276 de la LFTyR para la imposición de medidas adicionales y su indebida fundamentación directa en el artículo OCTAVO Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional.

Como lo he manifestado, en mi opinión, el Instituto no debió imponer medidas adicionales a Telmex y Telnor con base en meras suposiciones o asumiendo que habría conductas discriminatorias en la prestación de los servicios de desagregación de la red local, de compartición de infraestructura pasiva y de enlaces dedicados locales; sino que, en cualquier caso, tal circunstancia debió constatarse mediante los elementos objetivos y medios probatorios idóneos que permitieran demostrar la violación a las medidas contra la discriminación dictadas desde 2014 y, en consecuencia, la existencia de una afectación adicional que ameritara la imposición de una nueva medida regulatoria, como lo es la Separación Funcional. Esto último en términos estrictos y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 276 de la LFTyR.

En este punto, es relevante mencionar que no se pasa por alto que, si bien es cierto que las medidas adicionales impuestas en la “Resolución Bienal” tuvieron como fundamento lo dispuesto en las medidas Septuagésima del Anexo I, Quincuagésima Séptima del Anexo 2 y Vigésimo Cuarta del Anexo 3 de la “Resolución de Preponderancia”, la cual a su vez fue emitida con base en el artículo OCTAVO Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional; también lo es que, en mi opinión, a partir de la entrada en vigor de la LFTyR<sup>23</sup> el Instituto debió aplicar las disposiciones relativas, específicamente lo dispuesto en el artículo 276, primer párrafo, de la LFTyR.

---

<sup>23</sup> La LFTyR entró en vigor el 13 de agosto de 2014.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Lo anterior es así, pues en mi concepto, si el Instituto pretendía dictar nuevas medidas o adicionales a las taxativamente impuestas al AEPT en marzo de 2014, debió hacerlo con fundamento en lo dispuesto por el artículo 276, primer párrafo, de la LFTyR, que en su parte conducente dispone:

***“Artículo 276. En caso de que como resultado de su calidad de agentes económicos preponderantes se ocasionen afectaciones adicionales a la competencia y libre concurrencia aún después de que el Instituto le hubiere impuesto las medidas señaladas en las fracciones III y IV del artículo Octavo Transitorio del Decreto; así como las previstas en el presente Título y demás relacionadas para los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, respectivamente, el Instituto podrá imponer medidas adicionales, las cuales deberán estar directamente relacionadas con la afectación de que se trate.***

“[...]”

[Énfasis añadido]

Como se observó, el numeral supra citado es claro al contener los supuestos bajo los cuales es posible para el Instituto imponer medidas adicionales al AEPT, específicamente después de que el Pleno del Instituto hubiere impuesto algunas de las medidas señaladas en las fracciones III y IV del artículo OCTAVO Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional (lo que tuvo lugar en marzo de 2014), motivo por el cual, no me cabe la menor duda de que el artículo 276 de la LFTyR es el ordenamiento jurídico exactamente aplicable al caso concreto, vigente y eficaz al momento en que fue emitida la “Resolución Bienal”.

A mayor abundamiento, como es de explorado derecho, fue voluntad del Constituyente Permanente –y así lo ordenó en el artículo OCTAVO Transitorio, fracción III, del Decreto de Reforma Constitucional– que el Instituto contara con un plazo de 180 días para declarar un agente económico preponderante en el sector de las telecomunicaciones y decretara las medidas correspondientes, por lo que sólo en ese período el Instituto podía dictar tales medidas con base en dicha norma, puesto que, dada su naturaleza transitoria, el artículo OCTAVO Transitorio no debe extender su ámbito temporal de aplicación por un periodo mayor al de los 180 días que el mismo establece para el dictado de medidas y, menos aún, después de la entrada en vigor de la nueva legislación secundaria, es decir, la LFTyR.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Aunado a lo anterior, considero que el Instituto no debió extender el ejercicio de la facultad regulatoria que dio origen a las primeras medidas de preponderancia en marzo de 2014, a lo largo del tiempo de forma indefinida, porque tal situación no la previeron expresamente el Decreto de Reforma Constitucional ni la LFTyR, y contraviene la naturaleza normativa –transitoria– del artículo OCTAVO Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional, puesto que, a mi parecer, el artículo transitorio de referencia perdió su eficacia una vez cumplido su cometido, por lo que no sería dable extender su vigencia indeterminadamente.

Lo anterior, porque en mi opinión, considerar vigente hoy en día lo dispuesto por el artículo OCTAVO Transitorio y determinar medidas adicionales conforme a esa disposición transitoria, podría derivar *ad absurdum* en que, a 10 o 20 años de haberse dictado las medidas contenidas en la **“Resolución de Preponderancia”**, en una quinta, sexta o ulterior revisión bienal, aún se le pudieran aplicar medidas adicionales al AEPT, con base en lo dispuesto por dicho Transitorio, haciendo a un lado el orden normativo vigente al momento de los hechos en la ley de la materia dictada por el Congreso, afectando así la seguridad jurídica del regulado.

Adicionalmente, la pertinencia de aplicar el artículo 276 de la LFTyR para todo efecto de imponer medidas adicionales al AEPT, encuentra sentido inclusive como una obligación por parte del Instituto de proteger el principio de presunción de inocencia del AEPT, como se abordará adelante en el presente documento.

Me interesa aquí subrayar, por último, que en forma alguna sugiero que el IFT no podía dictar la Separación Funcional, sino que debió, en todo caso, hacerlo en términos del artículo 276 de la LFTyR, derivado de y en apego a lo ordenado por el Poder Legislativo, cuya facultad de normar las telecomunicaciones es inequívoca en el artículo 73, fracción XVII, constitucional, potestad superior a la que debe adecuarse la actuación del IFT, lo que, en el presente caso, estimo no sucedió.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

## **2. FALTA DE CONSISTENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS BUSCADOS POR LA SEPARACIÓN FUNCIONAL Y LOS QUE LA INFORMACIÓN DISPONIBLE ARROJA.**

### **2.1. Probable situación financiera deficitaria de las EM del AEPT.**

La implementación del Plan de Separación Funcional tiene como propósito y consecuencia que la operatividad y viabilidad de cada una de las empresas separadas dependa de los ingresos por servicios que cada una de ellas provea. Lo anterior implica, necesariamente, que cada una tomará en cuenta su propia contabilidad financiera para la toma de decisiones; es decir, por un lado, las divisiones mayorista y minorista de Telmex y Telnor (Telmex-Telnor) y por el otro las Empresas Mayoristas subsidiarias de Telmex y Telnor (EM).

Consecuentemente, para tener una clara perspectiva respecto del impacto financiero de esta medida regulatoria en la operación de las EM, resulta importante considerar el comportamiento de los resultados financieros del AEPT para los servicios de telecomunicaciones fijas antes de la Separación Funcional y de los resultados financieros proforma de las EM.

El Pleno de este Instituto, tuvo acceso a dos fuentes distintas de información: i) la proporcionada por el AEPT con motivo del procedimiento vinculado a la “**Resolución de Implementación**”, y ii) al análisis que la consultora KPMG, contratada por el IFT, realizó sobre la información proporcionada por el AEPT. A continuación, se analizan ambas fuentes.

En el presente voto particular se testaron 41 porcentajes que son producto de información financiera proporcionada por el AEPT, la cual solicitó permaneciera y se protegiese como confidencial; por tal motivo, esta oficina estima pertinente evitar cualquier afectación actual o potencial al patrimonio del regulado, que pudiera producirse a través de la divulgación de dicha información. Lo anterior con fundamento en el artículo 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bional; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

#### 2.1.1. Información presentada por el AEPT.

**Cuadro 1. Resultados financieros de Telmex antes de la Separación Funcional**

Año	2015	2016	2017*
Margen EBITDA respecto de los ingresos	████	████	████
Porcentaje de depreciaciones y amortizaciones respecto de los ingresos	████	████	████
Margen de utilidad de operación respecto de los ingresos	████	████	████

Fuente: Elaboración propia con información proporcionada por el AEPT.

\*Se contó con información para el año 2017 hasta el mes de noviembre.

**Cuadro 2. Resultados financieros proforma de las EM**

Año	2015	2016	2017*
Margen EBITDA respecto de los ingresos	████	████	████
Porcentaje de depreciaciones y amortizaciones respecto de los ingresos	████	████	████
Margen de utilidad de operación respecto de los ingresos	████	████	████

Fuente: Elaboración propia con información proporcionada por el AEPT.

\*Se contó con información para el año 2017 hasta el mes de noviembre.

En el presente voto particular se testaron 41 porcentajes que son producto de información financiera proporcionada por el AEPT, la cual solicitó permaneciera y se protegiese como confidencial; por tal motivo, esta oficina estima pertinente evitar cualquier afectación actual o potencial al patrimonio del regulado, que pudiera producirse a través de la divulgación de dicha información. Lo anterior con fundamento en el artículo 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

De la información contenida en el Cuadro 1, es posible advertir que para Telmex el margen EBITDA<sup>24</sup> respecto de sus ingresos presenta una tendencia a la baja: [REDACTED] [REDACTED] y [REDACTED] para 2015, 2016 y 2017, respectivamente. La caída de este indicador refleja con claridad que la rentabilidad del AEPT, ha disminuido.

Por su parte, el margen de la utilidad de operación (=EBITDA-depreciaciones y amortizaciones) en relación con los ingresos, presenta una tendencia a la baja aún más pronunciada: [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED] para 2015, 2016 y 2017, respectivamente, e incluso con una utilidad de operación negativa (pérdida) en el año 2017.

Destaca que el porcentaje de la categoría “depreciaciones y amortizaciones” respecto de los ingresos presenta una tendencia ascendente en los periodos 2015, 2016 y 2017: [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED] respectivamente. Las depreciaciones y amortizaciones constituyen el costo financiero de los activos fijos tangibles e intangibles de la empresa.

Es así que, desde una perspectiva de análisis financiero, cuando este costo hace disminuir de forma importante la utilidad de operación, llevándola a un valor negativo (como es el caso observado para Telmex), significa que la empresa no está obteniendo ingresos suficientes (EBITDA) para la reposición de activos fijos, con lo cual las empresas se ven presionadas a disminuir su inversión en activos fijos para así poder reducir su costo en depreciaciones y amortizaciones, y evitar así permanecer en márgenes de utilidad negativos.

De lo anterior, es posible concluir que el nivel de rentabilidad de Telmex habría disminuido en los últimos años, incrementándose, en cambio, el valor de sus depreciaciones y amortizaciones; lo cual pudo haber traído como consecuencia un impacto negativo importante en su utilidad de operación. Esta situación, implicaría que el costo de mantener sus inversiones en activos fijos ha mermado su utilidad de operación, lo cual le estaría generando presión para destinar menores recursos a la creación y reposición de activos fijos, y así poder operar sin un déficit en utilidades de operación.

<sup>24</sup> Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization, en español: Ganancias antes de Intereses, Impuestos, Depreciación y Amortización.

En el presente voto particular se testaron 41 porcentajes que son producto de información financiera proporcionada por el AEPT, la cual solicitó permaneciera y se protegiese como confidencial; por tal motivo, esta oficina estima pertinente evitar cualquier afectación actual o potencial al patrimonio del regulado, que pudiera producirse a través de la divulgación de dicha información. Lo anterior con fundamento en el artículo 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

El Cuadro 2, por su parte, corresponde a estimaciones del AEPT que parten del supuesto en que las EM ya habrían sido separadas de Telmex desde el año 2015, de las que se puede concluir que habrían tenido una utilidad de operación con tendencia a la baja, específicamente; para el año 2016 las EM no habrían obtenido utilidad de operación alguna, y para el año 2017 hubieran obtenido una utilidad de operación significativamente negativa.

#### 2.1.2. Análisis realizado por KPMG<sup>25</sup>

Con base en la información presentada por el AEPT, la consultora KPMG, contratada por el IFT, realizó las siguientes dos estimaciones:

- a) Ajuste de la información financiera proforma de las EM para el año 2017.

**Cuadro 3. Resultados financieros de las EM para el año 2017, comparación**

Resultados financieros proforma de las EM	Fuente: AEPT	Fuente: KPMG
Margen EBITDA respecto de los ingresos	██████	██████
Porcentaje de depreciaciones y amortizaciones respecto de los ingresos	██████	██████
Margen de utilidad de operación respecto de los ingresos	██████	██████

Fuente: Elaboración propia.

<sup>25</sup> El documento que incluye este análisis fue enviado a Comisionados el 26 de febrero de 2018 vía correo electrónico por parte de la Secretaría Técnica del Pleno.

En el presente voto particular se testaron 41 porcentajes que son producto de información financiera proporcionada por el AEPT, la cual solicitó permaneciera y se protegiera como confidencial; por tal motivo, esta oficina estima pertinente evitar cualquier afectación actual o potencial al patrimonio del regulado, que pudiera producirse a través de la divulgación de dicha información. Lo anterior con fundamento en el artículo 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

- b) Al tomar como punto de partida el ajuste que realizó KPMG para el año 2017, esta consultora estimó los estados financieros proforma de las EM para el periodo 2018-2020.

#### Cuadro 4. Resultados financieros proforma de las EM

Escenarios prospectivos de los resultados financieros de la EM	2017*	2018	2019	2020
Margen EBITDA respecto de los ingresos	■	■	■	■
Margen de utilidad de operación respecto de los ingresos	■	■	■	■

\*Escenario base.

Fuente: Elaboración propia.

En el Cuadro 3 es posible advertir que, si bien el escenario construido por KPMG estimó un déficit menor respecto de la información presentada por el AEPT, seguiría existiendo una utilidad de operación negativa (pérdida) en el año 2017.

Las diferencias que se observan en el Cuadro 3 respecto de la información dada por el AEPT corresponden a ajustes que realizó KPMG en el estado de resultados de las EM para el año 2017 para los siguientes rubros:

- La distribución de los pasivos laborales;
- Los niveles de ingresos por enlaces;
- Los costos de realizar la Separación Funcional, y
- Los gastos por depreciación.

En mi opinión, los ajustes realizados respecto de la distribución de los pasivos laborales y los ingresos por enlaces son cuestionables por las siguientes razones:

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.

- En relación con el tema de los pasivos laborales, el escenario planteado por KPMG considera que no se transfieran las partes proporcionales de obligaciones laborales a las EM. Considero que la decisión de transmitir o no los pasivos laborales a las EM, y en qué proporción, depende exclusivamente del AEPT quien, desde luego, se encuentra obligado a respetar lo dispuesto por el artículo DÉCIMO OCTAVO Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional.<sup>26</sup>

Los pasivos laborales representan costos para el AEPT y, como tales, la forma en que se distribuyan entre Telmex-Telnor y las EM puede constituir un riesgo para la implementación de la Separación Funcional, pues son susceptibles de generar distintos impactos en la situación financiera de las empresas involucradas dependiendo de cómo sean distribuidos. En todo caso, considero que este Instituto, en la “Resolución de Implementación”, no debió renunciar a evaluar si la distribución de los pasivos laborales podría afectar la implementación de la Separación Funcional, en cuanto a la viabilidad de la empresa para prestar de forma eficiente los servicios involucrados.

Dicha evaluación, habría sido congruente con lo observado en casos internacionales en que los temas relacionados con los trabajadores (como pasivos laborales y códigos de conducta) han sido relevantes para evaluar la implementación de la Separación Funcional, específicamente resultan importantes los casos de Reino Unido, España, Nueva Zelanda y Polonia.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> El Decreto de Reforma Constitucional establece en dicho artículo que los derechos laborales de los trabajadores que presten sus servicios en las empresas y organismos dedicados a las actividades que comprenden el presente Decreto se respetarán en todo momento de conformidad con la ley.

<sup>27</sup> En Reino Unido, *Final statements on the Strategic Review of Telecommunications, and undertakings in lieu of a reference under the Enterprise Act 2002*. Disponible en: [https://www.ofcom.org.uk/data/assets/pdf\\_file/0021/38406/statement.pdf](https://www.ofcom.org.uk/data/assets/pdf_file/0021/38406/statement.pdf).

En España, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 16. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-4950-consolidado.pdf>.

En Nueva Zelanda, *Telecommunications Amendment. Act (No 2) 2006*. 2006 No 83. Disponible en: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2006/0083/latest/DLM401944.html>.

En Polonia, *Breaking Up Is Hard To Do: The Emergence Of Functional Separation As A Regulatory Remedy*, UIT, 2008. Disponible en: [https://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/GSR/GSR08/discussion\\_papers/Malcolm\\_Webb\\_session3.pdf](https://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/GSR/GSR08/discussion_papers/Malcolm_Webb_session3.pdf).

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

- En relación con el tema de los ingresos por enlaces, el ajuste realizado por KPMG consistió en rechazar la información presentada por el AEPT, en razón de que ésta no sería consistente con información en poder del IFT utilizada como referencia para el modelo de costos aplicable. En tal sentido, desde mi punto de vista, no existió una clara justificación para rechazar las cifras presentadas por el AEPT, máxime cuando guardan estrecha relación con información pública por ingresos presentada por dicho agente económico. En todo caso, estimo que este Instituto debió evaluar a mayor profundidad la veracidad de ambas fuentes de información, a fin de determinar la capacidad financiera real de la empresa para cumplir con las obligaciones derivadas de la Separación Funcional.

Por las razones anteriores, considero que los ajustes realizados por KPMG son especulativos y, en consecuencia, que el escenario de menor afectación al AEPT planteado por KPMG es de poca probabilidad de ocurrencia.

De cualquier manera, aun considerando que pudiera darse el escenario planteado por KPMG, es claro que seguiría existiendo una importante utilidad de operación negativa para el año 2017, lo que significa que bajo ambos escenarios (AEPT y KPMG) únicamente se prevé una utilidad de operación negativa para las EM.

En el Cuadro 4 se observa un escenario prospectivo para el periodo 2018-2020 realizado por KPMG,<sup>28</sup> tomando como base el escenario que dicha consultora ajustó para el año 2017. En esta evaluación, la consultora KPMG estimó que el margen EBITDA respecto de los ingresos disminuirá en los próximos años, además de que su utilidad de operación se mantendría en valores negativos cada vez mayores.

Con base en la información anterior, es que concluyo que bajo cualquiera de los escenarios planteados, sea el caso de la información presentada por AEPT o los ajustes realizados por KPMG (escenario que estimo poco probable) se estarían creando empresas (las EM) a las que regulatoriamente se les constreñiría a operar con pérdidas; es decir, el IFT habría tomado una medida regulatoria que obligaría al AEPT a crear empresas que no serían económicamente viables. Este hecho de proceder a aprobar el Plan de Implementación de la Separación Funcional, a sabiendas de que se crearía con ello unas EM deficitarias, sin visos de superar ese estado de rentabilidad negativa en los

<sup>28</sup> Escenarios construidos por la consultora KPMG, para el IFT.

## Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

pronósticos conocidos, me parece una decisión regulatoria *per se* cuestionable y grave por sus implicaciones sobre el entendimiento de lo que el “desarrollo del sector” implica como objetivo institucional básico.

Lo anterior pone en evidencia que el grado de afectación que podría producirse al AEPT constituiría en realidad no sólo un acto de molestia, sino un verdadero acto privativo que pudiera estar obligando al AEPT a proceder ruinosamente, en contra de toda lógica económica y financiera, con las consecuencias adversas, que a continuación se refieren, para los fines pretendidos de la Separación Funcional.

### 2.2. Implicaciones del probable déficit con el que las EM iniciarían operaciones.

La previsible operación deficitaria de las EM ha sido reconocida por América móvil en boletín de prensa del 5 de marzo de 2018, relativo al Plan Final de Implementación de la Separación Funcional<sup>29</sup>, en cuyos sexto y séptimo párrafos indicó:

*“... Los precios definidos por el IFT para los servicios mayoristas que prestará la Entidad Separada y la división mayorista son sustancialmente bajos respecto a referencias internacionales, aunado a que recientemente dicho instituto tomó la decisión de reducir aún más los precios que había definido en 2017 para ciertos de estos servicios, no atendiendo las mejores prácticas y estímulos a la inversión para incrementar la cobertura y la actualización tecnológica...”*

*“El consejo de administración de América Móvil **ha tomado la determinación de no subsidiar ni financiar las operaciones de la Entidad Separada**”.*

[Énfasis añadido]

Lo anterior solamente hace sentido en una situación donde tal subsidio o financiamiento fuese necesario.

<sup>29</sup> Consultable en [http://www.americamovil.com/sites/default/files/2018-03/20180305-er-español-separación-funcional\\_0.pdf](http://www.americamovil.com/sites/default/files/2018-03/20180305-er-español-separación-funcional_0.pdf).

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Así, desde mi punto de vista, la creación de las EM como un instrumento para alcanzar objetivos como reducción de incentivos a la discriminación; toma de decisiones independientes de las EM, y prevención de subsidios cruzados, carece de proporcionalidad respecto de los problemas que se pretenden resolver, como competencia escasa de infraestructura, baja penetración de servicios y poca efectividad en la prestación de servicios mayoristas,<sup>30</sup> debido centralmente a la evidencia conocida por el Pleno del IFT de que las EM iniciarían operaciones con resultados financieros negativos. A continuación, explico las razones atinentes:

- Se reducirían los incentivos a invertir por parte de las EM, pues se estima que operarían con una utilidad de operación negativa. Si las EM deciden efectivamente disminuir la inversión en los próximos años, entonces podrán contraer el costo de sus activos fijos (reflejado en el rubro de depreciaciones y amortizaciones) y así incrementar las posibilidades de alcanzar en el futuro una utilidad de operación positiva. Al respecto, este Instituto no evaluó si una posible disminución de las inversiones por parte de las EM, podría afectar el desarrollo de los servicios mayoristas ofrecidos por las EM y de los servicios minoristas relacionados con aquéllos.
- En caso de materializarse la disminución de las inversiones de las EM, estimo podrían presentarse dos impactos posibles: (i) un menor crecimiento de la red de las EM y/o (ii) una disminución de la calidad de los servicios mayoristas al no destinarse recursos suficientes para mantener la calidad de la red. Los dos impactos posibles serían consecuencia directa de la regulación impuesta por el IFT, lo que desde mi punto de vista justificaba la necesidad de que hubiera existido claridad tocante a su impacto en la provisión de los servicios mayoristas de las EM y de los minoristas relacionados:
  - Al considerar el punto (i) anterior, valoro que, en caso de materializarse un menor crecimiento de la red de las EM, sería probable observar un impacto negativo en el crecimiento de la penetración de los servicios minoristas relacionados con los servicios provistos por las EM, lo cual constituiría una contradicción respecto de la problemática detectada para justificar la Separación Funcional. Lo anterior no fue analizado por el Instituto en la **“Resolución de Implementación”**.

<sup>30</sup> Páginas 35-38 de la “Resolución de Implementación”.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

- Así mismo, al considerar el punto (ii) anterior, presumo que, en caso de materializarse una disminución de la calidad de los servicios ofrecidos por las EM, sería probable que su demanda disminuyera, lo cual constituiría otra contradicción también respecto del objetivo de la Separación Funcional de fomentar el uso de la infraestructura ya instalada por el AEPT en favor de los concesionarios solicitantes. Lo anterior tampoco fue analizado en la **“Resolución de Implementación”**.
- Al ponderar la información disponible, concluyo que no sería posible garantizar la independencia financiera de las EM. Si bien, en principio, esta situación podría ser solventada en el corto plazo mediante el acceso a crédito, sin embargo, su posible situación financiera inicial y proyectada bajo cualquier escenario, no ofrecería garantía suficiente de pago, por lo que sería previsible que encontrara dificultades para acceder a alguno y, aun pudiendo acceder a un crédito, como se prevé que la falta de solvencia financiera no sea temporal, es razonable asumir que las EM necesitarían crédito permanentemente, independientemente de que el aval previsible provendría de las empresas controladoras, lo que abonaría a la influencia de éstas sobre las EM, situación que expresamente se buscaba evitar.
- En estrecha relación con lo anterior, debido a que las EM seguirán formando parte del AEPT, existirán incentivos para que Telmex-Telnor (o cualquier otra empresa perteneciente al grupo de interés económico, GIE) transfiera recursos a las EM para garantizar su operación sin pérdidas, generando así subsidios cruzados entre empresas del mismo GIE y arriesgando su independencia en la toma de decisiones respecto de las demás empresas del AEPT. Incluso, esta posible dependencia del AEPT podrían aumentar los incentivos para discriminar a favor de las empresas del mismo GIE.

Por lo tanto, no se evaluó en la **“Resolución de Implementación”** si las decisiones inducidas que tomarían las EM por la regulación aplicada serían deseables en términos del desarrollo de las condiciones de competencia en los servicios mayoristas y minoristas de telecomunicaciones fijas; la penetración de los servicios; aseguramiento de un trato no discriminatorio; independencia de las decisiones de las EM, y calidad de los servicios mayoristas. Es decir, desde mi punto de vista no existe proporcionalidad de los objetivos buscados con el plan de Separación Funcional respecto de la problemática detectada.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Así las cosas, es previsible que la medida de Separación Funcional genere un grado de afectación tal al AEPT, que podría privarle de facto, y sin que hubiera sido ese el objetivo buscado por la medida de Separación Funcional, de la posibilidad de operar un negocio financieramente sano y, aún más, podría estarle privando del acceso a esquemas operativos que le generen ganancias lícitas, afectando así sus derechos fundamentales.

### 2.3. Idoneidad del modelo de costos aplicable a los servicios mayoristas ofrecidos por las EM una vez implementada la Separación Funcional.

Si una empresa cualquiera, no sujeta a regulación de precios, se encontrase operando con utilidades negativas, tendría la posibilidad de incrementar sus precios para revertir dicha situación. En el caso específico las EM no pueden seguir esa estrategia, pues las tarifas de los servicios mayoristas que ofrecen se fijan a través de un modelo de costos, por lo que se restringen sus alternativas para generar utilidades positivas (incrementando aún más los incentivos a no invertir).

A continuación se presentan los servicios que serán provistos por las EM:<sup>31</sup>

#### Cuadro 5. Servicios provistos por las EM

Servicios de desagregación
Servicio de Acceso Indirecto al Bucle (Local)
Servicio de Desagregación Total del Bucle (SDTBL)
Servicio de Desagregación Compartida del Bucle (SDCBL)
Servicio de Desagregación Total del Sub-bucle (SDTSBL)
Servicio de Desagregación Compartida del Sub-Bucle (SDCSBL)
Servicio de Coubicación para Desagregación del Bucle (SCD)
Adecuaciones para la Coubicación
Reasignación de Espacios
Recuperación de Espacios

<sup>31</sup> Páginas 377-378 de la "Resolución de Implementación".

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Servicios de desagregación
Tendido de Cableado Multipar
Anexo de Caja
Trabajos Especiales
Cableado interior
Servicio de Concentración y Distribución (Local)
ONT
Módem
Servicios de compartición de infraestructura pasiva
Servicio de Acceso y Uso Compartido de Obra Civil
Servicio de Tendido de Cable sobre Infraestructura Desagregada
Ubicación distante
Servicios de Apoyo para la Compartición de Infraestructura Pasiva
Trabajos Especiales
Servicios de enlaces dedicados
Enlaces Dedicados Locales

El modelo de costos aplicable para los servicios ofrecidos por las EM está definido en la “**Resolución Bienal**”, y corresponde al modelo de “*Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo*” (LRAIC por sus siglas en inglés).<sup>32</sup>

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) considera que los distintos modelos de costos para tasar las tarifas mayoristas difieren entre ellos de acuerdo a las categorías de costos que cada metodología considera atribuibles al servicio en cuestión.<sup>33</sup> Las cuatro categorías de costos que pueden ser atribuidas para la provisión de un servicio mayorista son las siguientes: costos variables

<sup>32</sup> Situación prevista en la Medida Trigésima Séptima y Trigésima Novena del Anexo 2 y Medida Trigésima Novena del Anexo 3 de la “Resolución Bienal”. Excepto para el servicio de acceso indirecto al bucle local para el cual se determinan las tarifas mediante una metodología de costos evitados (*retail-minus*).

<sup>33</sup> *Regulatory Accounting Guide, International Telecommunication Union*, 2009. Disponible en: [https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-d/opb/pref/D-PREF-EF.ACCOUNT-2009-PDF-E.pdf](https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/pref/D-PREF-EF.ACCOUNT-2009-PDF-E.pdf).

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

directos (CVD), costos fijos directos (CFD), costos compartidos (CComp) y costos comunes (CComunes).

Conceptualmente, el modelo de costos LRAIC en su forma básica no permite recuperar la proporción de los CComp y CComunes atribuibles al servicio mayorista a través de la tarifa mayorista, sino a través de las tarifas minoristas.

Categorías de costos		Costos variables directos (CVD)	Costos fijos directos (CFD)	Costos compartidos (CComp)	Costos comunes (CComunes)
Metodología de costos incrementales promedio de largo plazo (LRAIC)	Costos recuperables a través del servicio mayorista	X	x		
	Costos recuperables a través del servicio minorista			x	x

Fuente: Elaboración propia

Así, en caso de aplicarse un modelo de costos LRAIC en su forma básica y la empresa mayorista es separada de su actividad minorista, en principio no todos los costos de proveer el servicio mayorista podrían ser recuperados, tal y como se muestra a continuación:

Para que el costo de cualquier servicio mayorista sea recuperado la Tarifa del Servicio Mayorista (TSM) debe ser igual al costo de proveer ese servicio (CSM):

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

$$TSM = CSM$$

Donde,  $CSM = CVD + CFD + a CComp + b CComunes,$

“a” y “b” son factores que van de 0 a 1 y representan la proporción de costos compartidos y comunes asignables al servicio mayorista en cuestión, respectivamente.

En el caso particular, al utilizar el modelo de costos LRAIC las tarifas que serían aplicables a las EM se estimarían de la siguiente forma:

$$TSM_{EM} = CVD_{EM} + CFD_{EM}$$

Sin embargo, para la provisión de los servicios mayoristas las EM incurrirán en las cuatro categorías de costos:

$$CSM_{EM} = CVD_{EM} + CFD_{EM} + a Ccomp_{EM} + b CComunes_{EM}$$

Lo anterior implica que la TSM que sería cobrada por las EM podría ser menor a los costos efectivamente incurridos, si no se ajusta el modelo:

$$\begin{aligned} TSM_{EM} &< CSM_{EM} \\ CVD_{EM} + CFD_{EM} &< CVD_{EM} + CFD_{EM} + a Ccomp_{EM} + b CComunes_{EM} \end{aligned}$$

Así, el valor de los costos no recuperables por parte de las EM sería el equivalente a la proporción de costos compartidos y comunes asignables al servicio mayorista en cuestión, es decir, “a Ccomp<sub>EM</sub> + b CComunes<sub>EM</sub>”.

Ahora bien, el modelo de costos que utilizaría el Instituto para los servicios que ofrecerán las EM es una variante del modelo de costos LRAIC básico descrito anteriormente, denominado LRAIC+ (Costos Incrementales Promedio de Largo Plazo Plus). Este modelo es el que se ha venido utilizando en correspondencia con lo señalado en la “Resolución de Preponderancia” y la “Resolución Bienal” para

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

los servicios de acceso y uso compartido de infraestructura pasiva y de desagregación; mientras que para el caso del servicio de arrendamiento de enlaces dedicados en la **“Resolución de Preponderancia”** se planteó un modelo *retail-minus*, pero a partir de la **“Resolución Bienal”** se adoptó un modelo LRAIC+.

La metodología LRAIC+ implica incorporar un margen o *“mark up”* que permite recuperar el componente de costos *“a CcompEM + b CComunesEM”*, y así evitar que dichos costos tengan que ser recuperados en el mercado minorista. El IFT determinó una metodología específica para recuperar los costos compartidos y otra para recuperar los costos comunes.<sup>34</sup> En ambos casos se atribuyeron los respectivos costos comunes y compartidos a los servicios relevantes en función de la demanda de dichos servicios con el propósito de asegurar que existiera una recuperación de los costos de inversión en que el operador incurre para el despliegue de su red.

En la **“Resolución de Implementación”** no se evaluó si la metodología LRAIC+ aplicable a los servicios que serán proporcionados por las EM es la idónea una vez realizada la Separación Funcional. Desde mi punto de vista, debió evaluarse puntualmente si el modelo LRAIC+ utilizado, arrojará tarifas que permitirán recuperar los costos operativos de proveer los servicios mayoristas, además de recuperar los costos de las inversiones realizadas.

Específicamente, considero que, a la luz de la operación deficitaria evidenciada bajo todos los escenarios conocidos por el IFT, debió explorarse la pertinencia del modelo de costos utilizado y si la información que ha sido incorporada como insumo del modelo ha sido la más adecuada. Lo anterior porque, ante los posibles resultados financieros negativos del AEPT señalados en la sección 2.1, es obligación del IFT determinar si la tarificación de los servicios mayoristas que se ha venido realizando a través el modelo de costos LRAIC+ descrito más arriba pudiera ser la causa, en cualquier medida, de dichos resultados financieros.

<sup>34</sup> El modelo de costos de acceso para determinar las tarifas de los Servicios de Desagregación Total y Compartida del Bucle, Sub-bucle Local con base en la metodología de costos incrementales promedio de largo plazo, fue emitido por el Instituto el 8 de junio de 2016 mediante el **“ACUERDO MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES EXPIDE EL MODELO DE COSTOS DE RED DE ACCESO FIJA PARA SERVICIOS DE ACCESO Y COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA PASIVA.”**

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Dicho de otra forma, si no se evalúa la pertinencia del modelo de costos LRAIC+ y de la información que se incluye en el modelo, podrían estarse implementando unas tarifas mayoristas que, junto a la Separación Funcional, estarían poniendo en riesgo la eficiente prestación de los servicios mayoristas provistos por las EM.

Existe evidencia internacional de que, ante una Separación Funcional, debe evaluarse si el modelo de costos continúa siendo el más adecuado. En el caso de la Separación Funcional de Openreach en el Reino Unido, una vez que fue realizada se modificó el modelo de costos de un LRAIC+ a un modelo de CCA-FAC<sup>35</sup> (Costos Completamente Distribuidos con una Contabilidad de Costos Actuales). Con esta decisión el regulador consideró adecuado que la construcción de las tarifas debería realizarse, a partir de la Separación Funcional, con una metodología distinta de recuperación de costos, lo cual desde su punto de vista implicó modificar el modelo de costos (el modelo de costos FAC permite recuperar los costos comunes y compartidos sin necesidad de aplicar un margen o *mark up*) y modificar la información que se usaría como insumo para el modelo (CCA le da mayor importancia a la situación real en la provisión de los servicios en contraste con una metodología LRAIC).

Lo anterior, desde mi punto de vista, no implica necesariamente que, en el caso particular, deba implementarse un cambio de metodología al punto de dejar de considerar la existencia de un operador hipotético **eficiente**, toda vez que los costos reales del AEPT podrían no necesariamente ser producto de la operación eficiente que debe buscar todo Órgano Regulador, sino que sugiere la necesidad de revisar si el modelo de costos que será aplicable a los servicios mayoristas que ofrecen las EM es el idóneo para garantizar una eficiente prestación de los servicios de acceso y uso compartido de infraestructura pasiva, servicio mayorista de enlaces dedicados locales y servicios de desagregación, lo cual sí constituye, indudablemente, una obligación constitucional que este Instituto tiene a su cargo.

Me es necesario precisar que al momento no hay evidencia alguna de que los modelos de costos utilizados por el IFT sean erróneos, en todo o en parte, ni tal posibilidad ha sido demostrada por el

---

<sup>35</sup> En inglés *Current Costs Accounting-Fully Allocated Costs*. Fuente: *A Study of Wholesale Costing Methodologies in Selected Countries*, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, 2012. Disponible en: <https://crtc.gc.ca/eng/publications/reports/rp121002.htm#a44>.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

AEPT. No obstante, la nueva revisión de los modelos obedecería, en mi concepto, a desentrañar el importante déficit revelado para las EM y apoyar una política de mejora continua que, para el caso arriba citado, llevó a este Instituto a abandonar el modelo *retail minus*.

#### **2.4. No fueron analizadas las causas del probable déficit en los estados financieros de las EM del AEPT.**

Al observar los resultados financieros que presenté en la sección 2.1., estimo que este Instituto debió analizar si el comportamiento financiero histórico del AEPT (Telmex) y el escenario previsto para las EM son consecuencia, y en qué medida, de: (i) el marco regulatorio vigente impuesto por el IFT desde el año 2014 y/o (ii) de la administración realizada del AEPT.

En relación con el punto (i) anterior, como ya lo mencioné en la sección 2.3., no se evaluó si los resultados financieros observados son consecuencia de los modelos de costos aplicables hasta antes de la Separación Funcional. Ni este ni ningún otro elemento del marco regulatorio vigente fue analizado como posible causa en la “**Resolución de Implementación**”.

En relación con el punto (ii) anterior, no se evaluó la posibilidad de que los resultados financieros hayan sido producto de una deficiente capacidad administrativa del AEPT (Telmex). Sobre el particular, me parece oportuno mencionar que un análisis en medio especializado reflejaría algún atisbo de tal situación, como fue el caso del artículo “*Así le ha ido a Telmex bajo el mando de Héctor Slim Seade*” publicado por César Martínez Aznáres en la Revista “FORBES México” el 30 de enero de 2018, donde se leen los siguientes extractos:<sup>36</sup>

*“La rentabilidad del capital invertido (Roic) promedio de ese top ten global fue de 6.1% en los últimos tres años. El rendimiento de Telmex en los últimos 12 meses, a septiembre pasado, fue una tasa negativa de -4.1%, aunque, en el promedio del último trienio, fue positiva, de 4.4%, debido a que, hasta 2015, la empresa mexicana era una de las más rentables dentro de este grupo.*

*“Al ahondar en el análisis de sus indicadores, mirando dentro de la gestión, la productividad medida a través de su planta laboral muestra un retroceso. Las cifras indican que, en el último trienio, por*

<sup>36</sup> Fuente: <https://www.forbes.com.mx/asi-le-ha-ido-a-telmex-bajo-el-mando-de-hector-slim-seade/>.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

*cada persona que emplea Telmex, vendió en promedio 119,000 dólares anuales, casi 30% menos que durante el trienio previo. Y el último dato anualizado es de 122,000 dólares, mientras que Telefónica Chile, el caso más comparable del top ten, es el doble de productiva, con 275,000.*

*"[...]."*

*"Entre los puntos frágiles de la empresa mexicana de telecomunicaciones está su notoria ineficiencia administrativa. Basta observar que, por cada 100 dólares que recibe de ingresos, usa 31 en los gastos generales y de administración (promedio de los últimos tres años).*

*"En cambio, la francesa SFR, segunda empresa más grande por ingresos del top ten, gasta sólo 8.5 dólares; en tanto, el promedio mundial es de 13.4.*

*"[...]."*

Si bien, no considero en modo alguno que la nota recién transcrita pueda constituir en sí misma evidencia sobre la administración de Telmex, sí estimo que aporta al menos un indicio que el Instituto debió considerar e investigar en ejercicio de sus facultades; pues si bien de ninguna manera pienso que el IFT deba entrar en general, y por principio, a examinar las posibles deficiencias de gestión del AEPT, sí estimo que las debió tomar en cuenta, con el único propósito de evaluar un factor probable que, de tener impacto en los resultados financieros de las EM, afectaría en consecuencia los servicios que provee, lo cual sí es claramente competencia del regulador del sector. En este exclusivo sentido, es que estimo que el análisis debió ser prolijo y abarcar tal delicada cuestión.

Por lo tanto, juzgo que este Instituto debió haber explorado las razones por las cuales los resultados financieros del AEPT y el escenario previsto para las EM podrían ser negativos, específicamente en qué medida el desempeño histórico podría ser atribuible a la regulación aplicable desde el año 2014 y/o a la gestión administrativa del AEPT. Todo ello en estricto cumplimiento de sus competencias constitucionales y legales como garante de la adecuada prestación de los servicios públicos de interés general que le corresponde regular.

#### **2.5. Eficiencia regulatoria de la Separación Funcional respecto de otras alternativas.**

Tal y como se ha señalado con antelación, la Separación Funcional es una medida regulatoria que por su naturaleza implica altos costos de implementación, de reversibilidad y con un alto potencial de generar efectos indeseados en los mercados involucrados, por lo que solo debe ser implementada

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

cuando se haya comprobado que otras alternativas menos costosas no hayan sido efectivas para solucionar la misma problemática observada.

En ese sentido, considero que no hay claridad tocante a que la Separación Funcional sea la opción más eficiente para resolver la problemática observada y que la relación de beneficios esperados con respecto de los costos estimados sea la más favorable con relación a otras alternativas regulatorias, como lo son la equivalencia de insumos y la replicabilidad técnica y económica que ya se encuentran contempladas en la “Resolución Bienal”. Para mejor proveer, cabe recordar que en la misma “Resolución Bienal” se mencionó la importancia de implementar una medida regulatoria que represente el menor costo para el AEPT.<sup>37</sup>

*“En lo referente a las alternativas y experiencia internacional, en aras de evitar repeticiones innecesarias, se remite al apartado correspondiente a la motivación de la medida, en donde ampliamente se exponen las experiencias de países como Reino Unido, Italia, Nueva Zelanda y Suecia, al implementar la separación funcional. Así, con base en dicha experiencia internacional y la situación particular del sector en México, es que se plantea la alternativa que se considera más efectiva para alcanzar los propósitos regulatorios, al menor costo posible.”*

“[...]

*“No se omite señalar que el Instituto será vigilante de que la separación, si bien cumpla con sus propósitos y criterios, se desarrolle al menor costo posible para el AEP.”*

[Énfasis añadido]

Situación que fue ratificada en la “Resolución de Implementación”:<sup>38</sup>

*“En ese procedimiento, el Instituto solicitó al AEP presentar una propuesta de plan para implementar la separación funcional, atendiendo las características propias de su operación, así como los propósitos y requisitos de las medidas. Lo anterior, con la finalidad de:*

<sup>37</sup> Páginas 1406 y 1408 de la “Resolución Bienal”.

<sup>38</sup> Páginas 42 y 43 de la “Resolución de Implementación”.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.

“[...]

- **“Que, al evaluar y decidir sobre el Plan Final de Implementación, el Instituto contara con mejor información para determinar que el plan cumple con sus propósitos y se desarrolla al menor costo posible para el AEP.”**

[Énfasis añadido]

Así mismo, no se debe pasar por alto que, incluso en el caso extremo de una separación estructural donde las empresas mayoristas dejaran de formar parte del GIE del AEPT, aún podrían presentarse conductas anticompetitivas, específicamente discriminatorias, como lo son, entre otras, las prácticas monopólicas relativas previstas en las diversas fracciones del artículo 56 de la Ley Federal de Competencia Económica.

En consecuencia, de conformidad con lo hasta aquí analizado, es claro que la medida de Separación Funcional, en modo alguno cumple con el propósito revelado en la propia **“Resolución Bienal”** de ser la medida que implicara el menor costo posible para el AEPT, pues reitero, toda la evidencia e información disponibles apuntan a que las EM nacerían con déficit y dicho déficit se incrementaría en los próximos años, sin expectativa razonable de lograr un equilibrio financiero en el corto plazo.

### **3. LA MEDIDA DE SEPARACIÓN FUNCIONAL DICTADA REVISTE CARACTERÍSTICAS QUE LA ASEMEJAN A UN ACTO PRIVATIVO Y, POR TANTO, DEBIÓ SER ANALIZADA CON UN ESTÁNDAR MÁS ALTO DE MOTIVACIÓN.**

¿Bajo qué condiciones el Estado, a través de cualquier autoridad pública, puede obligar a un particular a resentir pérdida patrimonial sabida de antemano? La exploración de respuestas a esta interrogante, me lleva a desarrollar el presente apartado.

Hasta aquí ha quedado en evidencia, por un lado, que desde marzo de 2014 al dictarse la **“Resolución de Preponderancia”**, pasando por febrero de 2017 (fecha en que se dictó la Separación Funcional en la **“Resolución Bienal”**) y hasta la emisión de la **“Resolución de Implementación”** en febrero de 2018, el IFT no llevó a cabo, en mi opinión, una debida y completa supervisión y verificación al cumplimiento de las medidas impuestas, que probara que el AEPT incurrió en conductas discriminatorias en la

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

prestación de sus servicios. Particularmente, al tomarse la decisión de Separación Funcional en 2017, no había evidencia alguna de incumplimiento de cualesquiera de las 43 medidas asimétricas tendentes a evitar discriminación por parte del AEPT, dictadas por el IFT en la “Resolución de Preponderancia” de 2014.

Además, también ha quedado de manifiesto que, con la separación de Telmex y Telnor, el Instituto estaría ordenando la creación de empresas previsiblemente deficitarias y, por ende, presumiblemente inviables en lo económico, lo que pondría en evidencia la probable afectación directa al patrimonio del AEPT, pues se le obligaría a proceder ruinosamente, contra toda lógica económica y financiera, representando así la medida de mérito una incorrecta carga regulatoria, situación que se agravaría al analizar la información disponible, de la que se desprende que no existiría garantía de que las EM pudieran revertir esa situación financiera negativa en los próximos años.

Luego entonces, es en función de éstos hechos, que en el presente apartado me permito desarrollar la tesis de mi disenso, basada en el concepto de que cuando una autoridad administrativa –como lo es el IFT- en uso de sus facultades discrecionales, obliga a un regulado a conformar una nueva empresa, iniciando operaciones con un déficit permanente y creciente durante su existencia, incurriendo en pérdidas, dicha medida es un acto regulatorio eminentemente privativo.

Ahora bien, resulta de explorado derecho que, si bien la regulación como actividad administrativa del Estado presenta un amplio margen de discrecionalidad, indubitablemente dicho margen encuentra su límite en el principio de legalidad, la protección de los derechos humanos y la seguridad jurídica de los gobernados.

La intervención pública en sectores específicos de economía vía la regulación, como para el caso concreto sería el de las telecomunicaciones, se encuentra destinada a imponer medidas y obligaciones jurídicas a distintos participantes del sector, desde el marco constitucional y legal aplicable, las cuales pueden ser asimétricas como en el caso de la preponderancia, y en modo alguno constituyen una sanción, tal y como lo ha resuelto el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, en criterios como el que a continuación se transcribe:

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

*“Época: Décima Época; Registro: 2013666; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 39, febrero de 2017, Tomo III; Materia(s): Administrativa; Tesis: I.2o.A.E.48 A (10a.); Página: 2330*

**“PREPONDERANCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. LA DECLARACIÓN RELATIVA Y LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS ASIMÉTRICAS NO CONSTITUYEN UNA SANCIÓN, SINO UNA MEDIDA REGULATORIA.** El Estado, en su papel regulador, hace uso de su facultad constitucional de planeación de las actividades económicas, sociales y culturales para la realización de ciertos fines que no podrían cumplirse si se dejaran al libre desempeño de las personas, a quienes, por tanto, no se concibe como sujetos pasivos de una potestad coactiva, sino como participantes y activos de un cierto sector o mercado regulado. Así, en materia de telecomunicaciones, la actividad regulatoria, que pretende eliminar prácticas contrarias a la competencia, proveer el acceso a recursos esenciales suprimiendo barreras artificiales, así como introducir conductas pro-competencia que de otra manera los agentes del mercado por sí solos no realizarían, se desarrolla mediante actos jurídicos materialmente legislativos, ejecutivos o jurisdiccionales, entre los cuales se encuentran, por una parte, las medidas regulatorias ex ante, cuya finalidad es preventiva, pues buscan generar bases para la competencia, impedir que se reduzca la calidad de los servicios por parte del operador dominante y evitar que éste funcione de manera deficiente o pueda utilizar su dominio para restringir la competencia en el mercado pertinente o en los mercados adyacentes y, por otra, las medidas denominadas ex post, que son correctivas y se implementan una vez que ya existe una distorsión en el mercado por la situación de dominancia de un agente económico o por el uso indebido de su poder. En estas condiciones, el Constituyente Permanente, atento a las necesidades de la sociedad, introdujo un modelo innovador de ingeniería constitucional para modificar cierto estado de cosas a través de la creación de un órgano regulador constitucional autónomo en los sectores de las telecomunicaciones y la radiodifusión para atender las distorsiones de éstos, y dispuso que en un plazo no mayor de ciento ochenta días naturales a partir de la integración del Instituto Federal de Telecomunicaciones, se determinara la existencia de agentes económicos preponderantes en los referidos sectores y se impusieran las medidas necesarias para evitar que se afectaran la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales. Por tanto, la declaración de preponderancia en el sector de las telecomunicaciones y la imposición de medidas asimétricas no constituyen una sanción impuesta como consecuencia jurídica del incumplimiento de los agentes económicos a ciertos deberes, sino una medida regulatoria para corregir algunas distorsiones detectadas en ese ámbito.”

Además, el Instituto Federal de Telecomunicaciones, como órgano regulador, tiene en su ámbito de actuación, un amplio margen para diseñar políticas públicas, emitir regulación, dictar actos administrativos y resolver conflictos jurídicos, todo ello dentro de los sectores en que la Constitución le ha otorgado competencia. Así lo ha reconocido el Poder Judicial de la Federación en la siguiente tesis de Jurisprudencia:

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.

“Época: Décima Época; Registro: 2010671; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 25, diciembre de 2015, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: P./J. 43/2015 (10a.); Página: 37

**“INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). ES UN ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO CON UNA NÓMINA COMPETENCIAL PROPIA O PONIBLE AL RESTO DE LOS PODERES DEL ESTADO, QUE PUEDE UTILIZAR AL MÁXIMO DE SU CAPACIDAD PARA REALIZAR SUS FINES INSTITUCIONALES.** Con motivo de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, se introdujo una serie de contenidos normativos novedosos en su artículo 28, entre ellos, la creación y regulación del IFT como un nuevo órgano autónomo, con una nómina competencial propia y diferenciada respecto de los otros poderes y órganos previstos en la Norma Fundamental, de la cual deriva que no tiene asignada una función jurídica preponderante, sino que conjunta las tres clásicas: la de producción de normas generales, la de aplicación y la de adjudicación. Ahora bien, una de las implicaciones lógicas de lo anterior es que dicho órgano, al contar con competencias propias, puede oponerlas a los tres Poderes de la Unión en que se divide el poder público, según el artículo 49 de la Constitución Federal, en un ámbito material delimitado constitucionalmente definido, consistente en el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en la propia Ley Suprema y en los términos que fijen las leyes. En otras palabras, con independencia de lo que hagan los otros Poderes, el órgano regulador tiene un ámbito de poder propio que puede utilizar al máximo de su capacidad para realizar sus fines institucionales, como consecuencia de ser titular de facultades constitucionales propias.”

Cabe decir que, en mi opinión, dicho margen discrecional debe entenderse significativamente restringido cuando está en juego la tutela de los diversos derechos humanos reconocidos por nuestra Constitución Política y los Tratados Internacionales de la materia, ya que éstos, en tanto normas de mayor jerarquía en nuestro orden jurídico, tienen prioridad *prima facie* frente a cualquier otro objetivo que pretenda la regulación administrativa como actividad del Estado, y para el caso concreto, frente a la regulación que emita el Instituto. Por lo que, como autoridad administrativa, el Instituto tiene como mandato superlativo ampliar la protección de los derechos humanos –incluso del AEPT– en la medida de lo posible para lograr su plena efectividad. Así lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el criterio que a continuación se transcribe:

“Época: Décima Época; Registro: 2015305; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 47, octubre de 2017, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.); Página: 189

**“PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS.** El principio de progresividad está previsto en el artículo 1o. constitucional y en diversos tratados

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

*internacionales ratificados por México. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. Es posible diseccionar este principio en varias exigencias de carácter tanto positivo como negativo, dirigidas a los creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores, con independencia del carácter formal de las autoridades respectivas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales. En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente. En congruencia con este principio, el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar).”*

#### **3.1. La Separación Funcional de mérito como acto privativo.**

Expresado lo anterior, en mi concepto es preciso analizar el grado de afectación que cada acto administrativo-regulatorio tiene en la esfera jurídica del gobernado, con el objetivo de determinar en cada caso concreto si sus efectos son tales que pueden ser considerados –no sólo conceptual, sino materialmente– como actos privativos por sus consecuencias específicas para el gobernado/regulado.

Ahora bien, por cuanto se refiere a la Separación Funcional, si bien es cierto que el Pleno del Instituto por mandato constitucional tenía la obligación de determinar un agente económico preponderante en el sector de las telecomunicaciones y, como consecuencia, la obligación de imponerle las medidas necesarias para evitar que se afectara la competencia y la libre concurrencia; también lo es que dicha actuación administrativa, al ordenar la citada separación de Telmex y Telnor, implicó una intromisión relevante en la esfera jurídica y patrimonial de dichos agentes económicos y, en consecuencia, a los

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

derechos humanos de los que goza el AEPT en su calidad de persona jurídica,<sup>39</sup> asemejándose, en mi concepto, la regulación impuesta a una de tipo privativo, como se explicará adelante.

Así, a mayor abundamiento, como he precisado en los capítulos precedentes, en virtud de que, con la medida de Separación Funcional se estarían generando pérdidas como producto de la situación deficitaria de las EM, y una consecuente afectación en la esfera jurídica del AEPT –concretamente en su ámbito patrimonial y financiero, ello me permite concluir que la Separación Funcional compartiría entonces las características que son propias de un acto privativo, atentos a la distinción que la Suprema Corte de la Justicia de la Nación ha establecido en el siguiente criterio:

*“Época: Novena Época; Registro: 200080; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo IV, julio de 1996; Materia(s): Común; Tesis: P./J. 40/96; Página: 5*

**“ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCION.** El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los **actos privativos** respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los **actos de molestia** que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es

<sup>39</sup> Ha sido criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que las personas jurídicas gozan de los derechos humanos que sean compatibles con su naturaleza, tal y como lo establece en la Tesis de Jurisprudencia cuyo rubro es **“DIGNIDAD HUMANA. LAS PERSONAS MORALES NO GOZAN DE ESE DERECHO.”**, cuyos datos de localización son: Tesis 2a./J. 73/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro 2014498, Segunda Sala, Libro 43, junio de 2017, Tomo II, Página 699, Jurisprudencia Constitucional.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

*necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.”*

[Énfasis añadido]

Para el caso concreto, la privación a que me refiero, la cual he desarrollado en el capítulo precedente, se reflejó en mi concepto en la afectación a la libertad de industria del AEPT, puesto que el Instituto le ordenó la conformación especial de las EM, lo que en mi opinión, es un acto administrativo eminentemente privativo, cuenta habida que con ello se sujeta al AEPT a un incierto resultado financiero, que deriva directamente de la reestructura ordenada y que, por ende, llevaría implícito un déficit de origen, no superable por la empresa en lo inmediato ni en el corto plazo. Es decir, el Instituto estaría obligando a las EM a operar con pérdidas conocidas y sin visos de ser eliminadas en el horizonte temporal proyectado por el consultor del IFT, KPMG.<sup>40</sup> En ese sentido, se obliga al particular a sufrir una merma en su patrimonio y a dejar de percibir ingresos a los que tendría acceso bajo otras modalidades de organización (especialmente la actual). En tal orden de ideas, resulta ser una media regulatoria de consecuencias privativas para el particular, aun cuando no se dicte en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

La afectación económica al AEPT que habría de resultar de la implementación de su Separación Funcional, debido a sus consecuencias ruinosas en su patrimonio (esfera jurídica) guarda identidad con las que resiente un gobernado cuando se ejerce sobre él la facultad sancionatoria del Estado, concretamente la imposición de multas.

Lo anterior es así, pues si bien es cierto que la Separación Funcional no es producto de un procedimiento administrativo sancionador seguido al AEPT; también lo es que tendría por consecuencia previsible la de afectar negativamente su patrimonio, al obligarle a crear y operar las EM con déficit, sin expectativa razonable de mejora en el corto plazo, negándole no sólo el acceso a ganancias lícitas, sino obligándole a asumir la carga financiera de la decisión dictada por una mayoría del Pleno, despojándole de recursos que ya forman parte de su patrimonio, de donde queda

<sup>40</sup> Tema que se desarrolló en lo particular, en los Apartados 1 y 2 del presente documento.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

acreditada, en mi concepto, la identidad de consecuencias que guarda la Separación Funcional con una multa administrativa u otros actos de deliberada afectación patrimonial.

Ahora bien, un acto privativo como estimo lo es la Separación Funcional, forzosamente conlleva la obligación de la autoridad de fundarlo y motivarlo exhaustivamente, con la concomitante obligación para este regulador de tener la carga de la prueba para acreditar, en primer término, la necesidad de imponer una medida adicional a las que originalmente fueron establecidas al AEPT en materia de no discriminación y, posteriormente, que la medida a imponer resulta ser la idónea para corregir la conducta detectada, y también proporcional para el regulado de modo que no le resulte ruinoso.

Consecuencia de todo lo anterior, es que considero que este Instituto, antes de dictar la medida de Separación Funcional, debió sujetar su actuación regulatoria a los principios del derecho administrativo sancionador, en lo que le fueran aplicables, al tratarse de una medida, en el caso que nos ocupa, de consecuencias evidentemente privativas para el AEPT.

Cabe precisar, que los principios a que me refiero, debían modularse en tanto fueran compatibles con el caso concreto, puesto que, si el derecho administrativo sancionador toma principios del derecho penal, en tanto puedan ser aplicables,<sup>41</sup> igualmente, la actividad regulatoria del Estado, puede tomar principios del derecho administrativo sancionador, en tanto le sean compatibles y con su respectiva modulación, bajo la premisa de que las medidas regulatorias no son una sanción administrativa, pero sí podrían aplicársele los principios del derecho administrativo sancionador si, y sólo si, comparte con éste el grado de afectación a la esfera jurídica del regulado.

Derivado de lo anterior, considero importante profundizar por qué, en mi concepto, pudieron ser aplicables a la **“Resolución de Implementación”** como medida de regulación impuesta por el Instituto

---

<sup>41</sup> Tal y como lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la nación en la tesis de jurisprudencia de rubro **“DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.”**, cuyos datos de localización son: Tesis 941, Apéndice de 2011, Novena Época, Número de Registro 1012233, Pleno, Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Vigésima Quinta Sección - Otros derechos fundamentales, Página 2222, Jurisprudencia (Constitucional, Administrativa).

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bional; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

—previa modulación y en la medida que fueran compatibles—, diversos principios del derecho administrativo sancionador, como serían, los principios de legalidad y de presunción de inocencia.

### 3.2. Principio de legalidad.

En principio, como se ha desarrollado en la doctrina,<sup>42</sup> cabe señalar que los principios y lineamientos que están sentando las bases del derecho administrativo sancionador, se han adoptado principalmente de la materia penal, toda vez que esta última, es la rama del derecho que más ha desarrollado lo relativo a los límites y facultad punitiva del Estado (*Ius Puniendi*).

Conforme a ello, considero que el principio común aplicable a dichas figuras, es el de legalidad, modulado conforme al tipo de regulación que el Estado necesite aplicar. Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este principio aplicable a un Estado Regulador, se concibe de la siguiente manera:

*“Época: Décima Época; Registro: 2007406; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 10, septiembre de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a. CCCXVI/2014 (10a.); Página: 572*

**“DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEBE MODULARSE EN ATENCIÓN A SUS ÁMBITOS DE INTEGRACIÓN.** El ámbito constitucionalmente legítimo de participación de la autoridad administrativa en los procesos de producción jurídica en el derecho administrativo sancionador, debe determinarse por referencia a los imperativos de tres valores en juego, a saber: 1) el control democrático de la política punitiva (reserva de ley); 2) la previsibilidad con la que han de contar las personas sobre las consecuencias de sus actos; y, 3) la proscripción de la arbitrariedad de la autoridad (ambas vertientes del principio de tipicidad). Así, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación suscribe la premisa de que los componentes del principio de legalidad no pueden tener un grado de exigencia idéntico en todos los ámbitos del derecho citado, sino que han de modularse de acuerdo con la función desempeñada por el Estado, por lo que para determinar el balance debido es necesario establecer en qué terreno se encuentra la materia de escrutinio constitucional y cuáles son los elementos diferenciados a considerar. Ahora bien, de una lectura íntegra de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que, al menos, existen cinco ramas del derecho referido, sin que ello implique que no puedan

<sup>42</sup> Góngora Pimentel, Genaro David, “El reconocimiento del derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia constitucional mexicana”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. México, Tomo XII, 2008, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/17.pdf>, página 260, última consulta el 19 de abril del 2018.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

*aceptarse posteriormente nuevas manifestaciones: 1) las sanciones administrativas a los reglamentos de policía, del artículo 21 constitucional; 2) las sanciones a que están sujetos los servidores públicos, así como quienes tengan control de recursos públicos, en términos del Título Cuarto de la Constitución Federal; 3) las sanciones administrativas en materia electoral; 4) **las sanciones a que están sujetos los agentes económicos y operadores de los mercados regulados en el contexto de la planificación económica y social del Estado**; y, 5) una categoría residual, donde se prevén las sanciones a que están sujetos los particulares con motivo de una actividad de interés público regulado administrativamente (aduanero, inmigración, ambiental, entre otros). Este listado no tiene el fin de establecer los únicos ámbitos integrantes del derecho administrativo sancionador, pero sí evidencia los que han sido explorados en la jurisprudencia, en que se han fijado distintos balances de acuerdo a los elementos normativos y jurisprudenciales que definen una naturaleza propia que, por ejemplo, en el caso de las sanciones administrativas establecidas en los reglamentos, ha llevado a concluir que no es aplicable el principio de reserva de ley, pero sí el de tipicidad, a diferencia del ámbito donde el Estado se desempeña como policía, en el que los tres principios exigen una aplicación cercana a la exigida en materia penal. Entre ambos extremos, cabe reconocer ámbitos intermedios, donde el Estado desempeña un papel regulador en el que los tres valores adquieren una modulación menor al último pero mayor al primero, pues se permite la integración de los tipos administrativos con fuentes infralegales, pero siempre bajo los lineamientos generales establecidos en las leyes. Por tanto, el grado de exigencia del principio constitucional de legalidad exige un ejercicio previo de reconocimiento del ámbito donde se ubica la materia de estudio.”*

[Énfasis añadido]

Como se desprende del criterio anterior, los componentes del principio de legalidad no pueden tener un grado de exigencia idéntico a todos los ámbitos del derecho, sino que han de modularse de acuerdo con la función desempeñada por el Estado.

Además, también se desprende que existen al menos cinco ramas del Derecho Administrativo sancionador, dentro de las que se encuentra la de las sanciones a que están sujetas los agentes económicos y operadores de los mercados regulados en el contexto de la planificación económica y social del Estado, criterio en el que encuadra el sector de las telecomunicaciones.

En el mismo sentido, la tesis invocada resalta que el grado de exigencia del principio constitucional de legalidad exige un ejercicio previo de reconocimiento del ámbito donde se ubica la materia de estudio.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Asimismo, conforme a lo dispuesto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cabe afirmar que el principio de legalidad debidamente modulado es aplicable a la regulación que emita el Instituto.

Considero lo anterior así, en tanto la actividad regulatoria, como actividad del Estado no puede escapar de los principios derivados de la Constitución, y en el caso concreto, modulado en la forma que sea necesaria para la concreción de los fines regulatorios, pero sin dejar de aplicarlos.

Otro elemento que a mi parecer haría necesario que se aplicara un estándar más estricto de motivación en la aplicación de la medida de Separación Funcional al AEPT, se refiere a que, como he manifestado, tiene consecuencias materialmente idénticas a las de una multa.

A mayor abundamiento, el estándar a que me he referido debe servir al IFT para motivar bajo qué supuestos se puede obligar a un regulado a resentir pérdidas, cuando se tiene una más que razonable certeza de que esto ocurrirá, ya que, en mi concepto, si las multas deben ser proporcionales y no excesivas, con mayor razón una decisión como la presente, que obligaría al AEPT a operar las EM con déficit y, consecuentemente, afectaría su patrimonio de manera irreparable.

Finalmente, cabe aclarar, que considero que la aplicación de este principio debe corresponder al análisis de cada caso en concreto, por lo que no pretendo extrapolar la aplicación criterio expuesto y que ello implique que este sea un estándar que el Instituto deba implementar a todos sus actos y resoluciones, sino únicamente a los que, como el caso de la Separación Funcional, tengan o puedan tener como consecuencias consecuencia materialmente idénticas a la de una multa administrativa, y que sean de difícil o imposible reparación.

### 3.3. Presunción de inocencia.

Por otro lado, considero que el Instituto debió determinar la verdad material sobre los hechos regulados, a través de la materia probatoria idónea bajo el principio general de derecho que reza “*el que afirma está obligado a probar*”, en tanto que como señalé antes en el presente documento, es claro que la medida de Separación Funcional se impuso con el objetivo fundamental de evitar que el AEPT incurriera en conductas discriminatorias en la prestación de sus servicios fijos mayoristas y de

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

desagregación, pero sin que en algún momento procesal se hubiera determinado el incumplimiento de las otras medidas impuestas con el mismo fin, desde la “Resolución de Preponderancia” y luego en la “Resolución Bienal”, de donde no resultaba en mi opinión jurídicamente correcto haber omitido el expreso señalamiento de cuál (una cualquiera) de las decenas de medidas contra la discriminación, impuestas en la “Resolución de Preponderancia” de 2014, había incumplido el AEPT, lo que significaría la inobservada tutela a la presunción de inocencia del AEPT.

Sobre el particular, estimo aplicable por analogía lo que ha establecido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente Jurisprudencia:

*“Época: Décima Época; Registro: 2006590; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 7, junio de 2014, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: P./J. 43/2014 (10a.); Página: 41*

**“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON Matices O MODULACIONES.** El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. XXXV/2002, sostuvo que, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), deriva implícitamente el principio de presunción de inocencia; el cual se contiene de modo expreso en los diversos artículos 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de ahí que, al ser acordados dichos preceptos -porque tienden a especificar y a hacer efectiva la presunción de inocencia-, deben interpretarse de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados la interpretación más favorable que permita una mejor impartición de justicia de conformidad con el numeral 1o. constitucional. Ahora bien, uno de los principios rectores del derecho, que debe ser aplicable en todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como resultado de la facultad punitiva del Estado, es el de presunción de inocencia como derecho fundamental de toda persona, aplicable y reconocible a quienes pudiesen estar sometidos a un procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, soportar el poder correctivo del Estado, a través de autoridad competente. En ese sentido, el principio de presunción de inocencia es aplicable al procedimiento administrativo sancionador -con matices o modulaciones, según el caso- debido a su naturaleza gravosa, por la calidad de inocente de la persona que debe reconocérsele en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera surgir una pena o sanción cuya consecuencia procesal, entre otras, es desplazar la carga de la prueba a la autoridad, en atención al derecho al debido proceso.”

[Énfasis añadido]

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Cabe aclarar que, al invocar la interpretación judicial antes transcrita, no paso por alto que la naturaleza jurídica del procedimiento de imposición de medidas asimétricas a un agente económico preponderante no puede considerarse *prima facie* como un procedimiento administrativo sancionador; sin embargo, como he señalado en apartados anteriores estimo que debido al grado de afectación causado por la medida de Separación Funcional en la esfera jurídica del regulado, resultan aplicables los principios del derecho administrativo sancionador, entre los cuales se encuentra el principio de presunción de inocencia.

Lo anterior parte de la premisa de que este principio supone que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, ni de probar la licitud de su conducta. En tal sentido, estimo que, para el caso concreto, el AEPD no estaba obligado a probar su cumplimiento de las medidas de preponderancia, sino que, era el Instituto el que en tutela al referido principio debió de probar tal incumplimiento y, con sustento en esto, imponer las medidas o sanciones correspondientes.

Lo anterior, de conformidad con el siguiente criterio judicial:

*“Época: Novena Época; Registro: 186185; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XVI, Agosto de 2002; Materia(s): Constitucional, Penal; Tesis: P. XXXV/2002; Página: 14”*

**“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

*principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.”*

[Énfasis añadido]

Ahora bien, como he referido, considero válido trasladar principios del derecho administrativo sancionador a la actividad regulatoria del Estado, en la medida que sean aplicables, puesto que no existe impedimento constitucional para no hacerlo, máxime, si es con motivo de proteger los derechos de los regulados.

Más aún, si consideramos que las medidas impuestas por este Instituto estaban destinadas exclusivamente a un regulado, por una sola vez, en tal sentido el estándar de actuación y análisis del Instituto debió ser más alto que en cualquier otro caso.

En ese contexto, como he manifestado, la regulación impuesta, al resultar privativa en el mismo sentido que lo hace una sanción administrativa, debió sujetarse al más estricto estándar de aplicación, situación que en la especie no ocurrió.

Además, la regulación impuesta por el Instituto, debió someterse a un escrutinio más estricto que en la forma habitual, dado que el AEPT no cuenta con un medio de defensa idóneo para debatir la decisión, puesto que, como establece el artículo 28 Constitucional, fracción VII, en relación con el artículo 128 de la Ley de Amparo, los actos del Instituto Federal de Telecomunicaciones no son susceptibles de suspensión, por lo que el estándar de revisión y análisis para el caso concreto debió ser más alto, como el que se exige al Estado cuándo actúa bajo el uso de su facultad punitiva.

En tal sentido, la medida impuesta al ser privativa, afecta directamente los derechos del AEPT, sobre todo, cuando no existe medio de garantizar su evaluación, ya que el único medio de defensa no suspende el acto y, en tal sentido, no es jurídicamente factible detener la afectación que produce la regulación impuesta.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

Así las cosas, estimo que cuando la regulación alcanza límites tales, en que se incide en la esfera jurídica del regulado, de forma tal que se afecta gravemente su patrimonio e incluso se le obliga a desprenderse del mismo, o bien, se le impide acceder a ganancias de origen lícito, sin que tenga una oportunidad jurídico-procesal de impedir la ejecución del acto privativo –no suspensión en el Amparo– el actuar de la autoridad reguladora, si bien no representa el ejercicio de la facultad punitiva del Estado Mexicano, tiene idénticos efectos y, por tanto, debería sujetarse a un estándar más elevado que aquel que comúnmente está establecido en los principios del derecho común o del derecho administrativo; es decir, deberían aplicarse en lo conducente los principios del derecho administrativo sancionador, con el objeto de evitar en lo posible que se produzcan daños injustificados al patrimonio del regulado que sean de difícil o aún de imposible reparación.

En ese sentido, si bien reconozco y comparto que el Instituto cuenta con facultades discrecionales para imponer regulación en el ámbito de su competencia, y más aún, si esta regulación deriva de un mandato constitucional, también considero que dichas facultades, como todo acto de autoridad, tienen un límite, y deben ser emitidos en observancia a los principios que la misma Constitución establece, y para el caso concreto de la Separación Funcional me refiero al de legalidad, e incluso, el de presunción de inocencia, en cuanto sean compatibles, lo que en mi concepto habría requerido la aplicación de un estándar de motivación del acto administrativo más elevado que el que comúnmente sería requerido para tales actos.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

### CONCLUSIONES

- La **“Resolución Bienal”** basa centralmente la pertinencia de la Separación Funcional en aras de un objetivo de no discriminación. No obstante, dicho propósito se evidencia como infundado y excesivo a la luz de las constancias sobre la actuación del AEPT que obran en los expedientes del IFT.
- Esto, porque ya desde la **“Resolución de Preponderancia”** de 2014 el IFT dictó entre las medidas asimétricas, 28 para servicios fijos de telecomunicaciones y 15 para permitir la desagregación efectiva, que corresponden a las relacionadas con la no discriminación, lo que da un total de 43 de estas medidas contra la discriminación. No obstante, para 2017, cuando se dicta la Separación Funcional, así como el nuevo conjunto de medidas para lograr el mismo objetivo, el IFT no había llevado a cabo una debida y completa supervisión y verificación al cumplimiento de las medidas que constatará, en su caso, que el AEPT hubiera incumplido una cualquiera de dichas 43 medidas, incurriendo así en conductas discriminatorias en la prestación de los servicios.
- Para 2017 cuando se ordena la Separación Funcional en la **“Resolución Bienal”** e, incluso, en 2018, al emitirse en Plan Final de Implementación, no existía evidencia en el IFT de que el AEPT hubiera incumplido una sola de las 43 medidas contra la discriminación dictadas por el propio IFT desde 2014, mediante una sola sanción impuesta por tal motivo o siquiera el inicio de un procedimiento para tal fin; no obstante lo cual, se esgrime por el IFT la no discriminación como la razón central de la Separación Funcional.
- La Separación Funcional resulta una medida desproporcionada toda vez que, para lograr un cambio conductual en el AEPT (no acreditado en el expediente) se establece una medida con un grado mayor de intrusión, sin antes evaluar el cumplimiento y efectividad de las 43 medidas contra la discriminación dictadas en la **“Resolución Bienal”** de 2014; o de otras menos intrusivas que persiguen el mismo objetivo (como las de replicabilidad técnica y económica o la equivalencia de insumos, emitidas en 2017) lo que podría dar lugar a una posible sobre-regulación por parte del IFT en la solución de la problemática identificada,

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

además de que para la imposición de la medida referida no se aplicó un criterio de gradualidad que permitiera imponer aquella medida que acreditara representar menos costos de implementación para lograr determinado objetivo, como el propio IFT lo asumió en la **“Resolución Bienal”** de 2017.

- La debida y completa supervisión y verificación es un deber del IFT y requisito esencial para el éxito de la Separación Funcional y las otras 50 medidas contra la discriminación. El correcto seguimiento de este medio centenar de disposiciones haría cesar cualquier posibilidad de discriminación de inmediato, dos años antes de que sea finalmente implementada la Separación Funcional (según el plan previsto) produciendo un cumplimiento sustituto fáctico y, acaso, evitando probables perjuicios al sector y al AEPT. Esto no sería solamente posible, sino deseable, pues en análisis final, la Separación Funcional busca mayormente un modelo de incentivos para que el AEPT cumpla las acciones u omisiones prescritas justamente en esas otras 50 medidas ya existentes.
- En la **“Resolución Bienal”**, al emitirse medidas adicionales a las originalmente impuestas al AEPT en marzo de 2014, el Instituto debió haberlas dictado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 276 de la LFTyR, por ser esta la norma aplicable, vigente y eficaz.
- Al dictar la **“Resolución Bienal”** con fundamento exclusivamente en lo dispuesto por el artículo OCTAVO Transitorio del Decreto de Reforma Constitucional, el Instituto está extendiendo de manera indefinida el alcance de una disposición transitoria e inaplicando el marco legal vigente, afectando la seguridad jurídica del AEPT.
- El Plan de Separación Funcional representa una incorrecta, por excesiva, carga regulatoria para el AEPT pues de la información disponible, sea la proporcionada por el AEPT o la consultora KPMG contratada por IFT, en todos los escenarios se prevé que las EM podrían operar inicialmente con un déficit de utilidades y que dicho déficit se incrementaría en los próximos años. Esto significa que el IFT habría implementado, a sabiendas, una medida que obliga al AEPT a operar las EM con pérdidas crecientes.

### Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo, mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

- Lo anterior influiría directamente en su situación financiera inicial y, en consecuencia, en las decisiones que tomarían las EM para modificar su estrategia de negocios, previsiblemente buscando como objetivo contrarrestar dicho déficit para asegurar su operatividad. Este cambio de objetivos podría generar efectos adversos en términos de inversión y, en consecuencia, en el crecimiento de la red y/o calidad de los servicios, además de poner en riesgo la independencia financiera de las EM. Los mecanismos para afrontar este déficit podrían dar a las empresas controladoras el tipo de influencia que se buscaba evitar.
- No son claras las razones por las cuales las EM del AEPT presentarían un déficit creciente. Desde mi punto de vista, debió evaluarse por el IFT si el déficit pudiera ser resultado, y en qué medida, de al menos dos posibles causas: (i) la implementación de las medidas de preponderancia desde el año 2014, y/o (ii) el desempeño de la administración del AEPT. Lo anterior era importante fuera analizado previamente, para definir entonces si la Separación Funcional era la medida regulatoria idónea comparada con otras alternativas de regulación.
- En la “**Resolución Bienal**” se justifica, asimismo, la imposición de la Separación Funcional, entre otros aspectos, con base en la baja penetración del servicio de banda ancha fija y velocidades de descarga en México, lo que se muestra en indicadores que comparan dichos niveles entre los países miembros de la OCDE. Sin embargo, estos países tienen un nivel de desarrollo económico más alto que el nuestro, por lo que no pueden considerarse un referente adecuado y suficiente que permita evidenciar que existe una baja penetración que amerite la imposición de medidas adicionales, máxime si en 2014 no se fijaron metas específicas para este servicio.
- La imposición de la medida de Separación Funcional en la “**Resolución Bienal**” y posteriormente en la “**Resolución de Implementación**” comparte las características de un acto privativo, en la medida que obligaría al AEPT a crear y operar las EM con déficit probable, lo que implicaría no únicamente impedirle el acceso a ganancias que le serían lícitas de no imponérsele la medida de Separación Funcional, sino que al prolongarse la situación financiera deficitaria se sustraerían de su patrimonio recursos con lo que hoy cuenta, del mismo modo que ocurre con una multa administrativa.

**Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja**

*Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto del Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal; correspondiente al numeral III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 27 de febrero de 2018. El presente voto constituye una opinión técnica del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, que no prejuzga sobre su posición o sentido de voto en otros asuntos específicos que sean sometidos a consideración del Pleno.*

- El dictado de la medida de Separación Funcional, dado su nivel de afectación a la esfera jurídica del regulado, debió darse bajo un análisis más estricto, aplicando los principios del derecho administrativo sancionador que le fueran compatibles, para el caso concreto, el principio de legalidad y de presunción de inocencia debidamente modulados.

Por lo anteriormente expuesto, reitero mi voto en contra del asunto III.1 del Orden del Día de la VII Sesión Ordinaria del Pleno de este Instituto, celebrada el pasado 27 de febrero del año en curso, el cual se hizo consistir en el *“Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve sobre el Plan final de implementación de Separación Funcional y otros planteamientos presentados por América Móvil, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., en términos de las Medidas Sexagésima Quinta y Segunda Transitoria del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima y Segunda Transitoria del Anexo 3 de la Resolución Bienal”*.

**ATENTAMENTE,**



**ADOLFO CUEVAS TEJA  
COMISIONADO**