

ACUERDO MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESPONDE A LA CONSULTA PRESENTADA POR RIVADA NETWORKS, S. DE R.L. DE C.V. SOBRE LOS ELEMENTOS DE REFERENCIA PARA IDENTIFICAR EX ANTE A LOS AGENTES ECONÓMICOS IMPEDIDOS PARA TENER INFLUENCIA EN LA OPERACIÓN DE LA RED COMPARTIDA.

Ciudad de México, a ocho de septiembre de dos mil dieciséis.- Visto el escrito y anexos presentados el cinco de septiembre de dos mil dieciséis (Escrito de Petición) en la oficialía de partes del Instituto Federal de Telecomunicaciones (Instituto) por el C. [REDACTED] en su carácter de representante legal de Rivada Networks, S. de R.L. de C.V. (Rivada o Promovente),¹ mediante el cual:

- Autoriza para oír y recibir todo tipo de notificaciones y documentos relacionados con el Escrito de Petición a las siguientes personas: [REDACTED]

- Señala como domicilio para oír y recibir notificaciones el ubicado en: [REDACTED]

- Con fundamento en el artículo 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y el último párrafo de los "Elementos de Referencia para identificar ex ante a los Agentes Económicos impedidos para tener influencia en la Operación de la Red Compartida" (Elementos de Influencia) solicita:

- a. Se emita criterio sobre si un potencial inversionista, impedido de tener Influencia en la Operación de la Red Compartida -como pudiese ser un Prestador de Servicios de Telecomunicaciones (PST)- puede participar directamente en los órganos de toma de decisiones de la Sociedad de Propósito Específico (SPE) que le permitan proteger su inversión, sin que ello se traduzca en una Influencia en la Operación de la Red Compartida, y

¹ Personalidad que se encuentra acreditada mediante copia certificada del instrumento notarial número cincuenta y cuatro mil ciento treinta y seis (54,136) de fecha dieciséis de mayo de dos mil dieciséis, otorgado ante la fe del licenciado Héctor Manuel Cárdenas Villarreal, Notario Público número 201 de la Ciudad de México, documento que fue presentado como anexo a la solicitud que dio origen al Oficio IFT/226/UCE/090/2016.

- b. Como consecuencia de lo anterior, se confirme sobre diversos mecanismos y controles que se proponen a efecto de dar cumplimiento a los Elementos de Influencia.

En virtud de lo anterior, y

CONSIDERANDO

PRIMERO.- FUNDAMENTO DE PETICIÓN. El Promovente presentó el Escrito de Petición con fundamento en el artículo 8 de la CPEUM, el cual establece lo siguiente:

*"Artículo 8o. Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del **derecho de petición**, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.*

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario."

(Énfasis añadido)

Asimismo, la petición tiene lugar conforme a los Elementos de Influencia emitidos mediante Acuerdo P/IFT/EXT/280116/3 de fecha veintiocho de enero de dos mil dieciséis y modificado mediante Acuerdo P/IFT/EXT/300316/10 de fecha treinta de marzo de dos mil dieciséis, los cuales establecen en el numeral 6, párrafo penúltimo, que:

"(...) los Agentes Económicos podrán presentar al Instituto Federal de Telecomunicaciones orientaciones y consultas sobre la aplicación de estos Elementos en casos específicos, antes de que estos se realicen y surtan efectos, desde la emisión de este documento, durante el Concurso o durante la Operación de la Red Compartida."

Las peticiones del Promovente son relativas a interpretaciones y conceptos contenidos en documentos que forman parte del Concurso Internacional número APP-009000896-E1/2016 que tiene por objeto adjudicar un proyecto de asociación público-privada para la instalación y operación de la Red Compartida (Concurso de Red Compartida).

SEGUNDO.- FACULTADES DEL PLENO PARA DAR RESPUESTA A LA CONSULTA. El Pleno del Instituto puede acordar el conocimiento y resolución de aquellos asuntos de la competencia de las unidades administrativas del Instituto que por su interés y trascendencia así lo ameriten, con fundamento en el artículo 6, *in fine*, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

El asunto que nos ocupa es trascendente porque requiere de la interpretación de los Elementos de Influencia; y la respuesta incide en la posibilidad del Promovente para decidir sobre su participación en el Concurso de Red Compartida.

TERCERO.- PROHIBICIÓN DE INFLUENCIA EN LA OPERACIÓN DE LA RED COMPARTIDA. El artículo décimo sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional² establece que el Ejecutivo Federal, en coordinación con el Instituto, garantizará la instalación de la Red Compartida de conformidad con, entre otras, la siguiente característica:

"IV. Asegurará que ningún prestador de servicios de telecomunicaciones tenga influencia en la operación de la red;" (Énfasis añadido)

CUARTO.- MARCO GENERAL DE LOS ELEMENTOS DE INFLUENCIA. En el ámbito de sus facultades, el Instituto publicó los Elementos de Influencia³ que, en su versión vigente, establecen:

" (...)

- 1.5. ***Decreto de Reforma Constitucional.** Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.*
- 1.6. ***Desarrollador.** La sociedad con propósito específico de nacionalidad mexicana que deberá constituir el Concursante ganador del Concurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP) y 104 del Reglamento de la LAPP.*
- 1.7. ***Prestador de servicios de telecomunicaciones:** Agente Económico que cuente con cualquier tipo de concesión, permiso o autorización que le permita comercializar servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, sujetos a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.*
- 1.8. ***Red Compartida.** Red pública compartida de telecomunicaciones a que se refiere el artículo décimo sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional.*
- 1.9. *(...)*
- 1.10. ***Influencia.** La capacidad, de hecho o de derecho, de una persona de participar o intervenir en forma significativa, directa o indirectamente, por cualquier medio en las*

² Disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013.

³ Disponibles en <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/temas-relevantes/elementos.pdf>.

decisiones que incluyen pero no se limitan a la administración, la definición de las políticas y los objetivos o la gestión, conducción y ejecución de las actividades de otra(s) persona(s).

(...)

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

2. **Elementos de Referencia para identificar Influencia**

(...)

Elementos de Influencia

- a) La capacidad o el derecho para designar, nombrar, vetar o destituir a por lo menos uno de los miembros que integren el o los órganos encargados de tomar las decisiones que incluyen pero no se limitan a la administración, la definición de las políticas y los objetivos o la gestión, conducción y ejecución de las actividades de otra persona, o a los consultores, directivos, gerentes, administradores o sus equivalentes; (...)"

QUINTO.- CONSULTA DE RIVADA. El Promovente pide confirmar el siguiente criterio:

"(...) si un potencial inversionista, impedido de tener Influencia en la Operación de la Red Compartida -como pudiese ser un PST, (sic)- puede participar directamente en los órganos de toma de decisiones de la SPE que le permitan proteger su inversión, sin que ello se traduzca en una Influencia en la Operación de la Red."

(Página 4 del Escrito de Petición)

El Promovente señala que:

- El numeral 3 de los Elementos de Influencia establece que ningún PST podrá tener influencia en la Operación de la Red Compartida, por lo cual dichos PST deben abstenerse de designar, nombrar, vetar o destituir (directa o indirectamente a través de cualquier medio), a cualquier miembro que forme parte de un órgano encargado de tomar decisiones sobre dicha Operación de la Red Compartida.
- Lo anterior sucede con independencia del tipo de órgano corporativo respecto del cual se llevará a cabo el análisis de influencia, pues los Elementos de Influencia no predisponen una denominación formal o específica de órganos corporativos o de gobierno que deban establecerse al interior del Desarrollador, sino que

estrictamente la intención de los Elementos de Influencia consiste en proteger que ningún PST tenga influencia en la Operación.

En este sentido, Rivada considera que:

- No resulta relevante para efectos del análisis de Influencia sobre la Operación de la Red Compartida, si la misma se ejerce directamente en el consejo de administración o bien, a través de cualquier otro tipo de órgano, como pudiese ser un comité.
- De una interpretación armónica de los Elementos de Influencia, se desprende que los PST sí podrán influir respecto a cualquier miembro que integre los órganos encargados de tomar decisiones, siempre que limiten su influencia a cuestiones ajenas a la Operación de la Red Compartida.
- La Operación de la Red Compartida incluye pero no se limita a "asignar los usos de la capacidad, infraestructura y/o servicios de telecomunicaciones y su comercialización".
- Lo anterior no contravendría el mandamiento constitucional tendiente a garantizar que la Operación de la Red Compartida se encuentra libre de influencia por parte de agentes y grupos de interés económicos que pudiesen representar un conflicto de interés al permitirles aprovechar indebidamente esa influencia en la Red Compartida para beneficiar a sus actividades económicas. En efecto, la influencia no podrá ejercerse respecto de la Operación de la Red Compartida, no así en lo que respecta a otras decisiones y actividades distintas de "la Operación."
- En ese orden de ideas, un potencial inversionista PST impedido de tener Influencia en la Operación de la Red Compartida sí pudiera participar directamente en los órganos de toma de decisiones que le permitan proteger su inversión, siempre y cuando no tenga Influencia en lo que se ha definido como "la Operación" de la Red Compartida.

SEXTO.- PROPUESTA ESPECÍFICA DE RIVADA. El Promovente propone los siguientes temas y mecanismos en los que un potencial inversionista PST podría participar en decisiones del Desarrollador para proteger su inversión, sin influir en la Operación de la Red Compartida:

- 1.- "Cualquier miembro del consejo de administración designado por un accionista que sea, directa o indirectamente, un PST en México (un "PST en México"):

- 1.1 No deberá estar presente, ni participar en forma alguna en ninguna discusión, deliberación o votación que trate sobre la Operación de la Red Compartida o que esté relacionada con las actividades (directas o indirectas) en México del accionista que lo designó, asentándose en la minuta dicho momento de la sesión de consejo en cuestión.
- 1.2 No contará para efectos del quorum ni tendrá derecho a voto respecto a ningún asunto que trate sobre la Operación de la Red Compartida o que esté relacionado con las actividades (directas o indirectas) en México del accionista que lo designó.
2. El secretario del consejo será designado por mayoría de los accionistas o miembros del consejo de administración, excluyendo de tal decisión a (i) los accionistas que sean PST en México; o (ii) miembros del consejo que sean designados por accionistas que sean PST en México.
3. El secretario del consejo contará con facultades suficientes para, y será responsable de, exigir a los miembros del consejo designados por un PST en México el abandonar el lugar en el que se vayan a llevar a cabo discusiones o decisiones relacionadas con la Operación de la Red Compartida con las actividades (directas o indirectas) en México del accionista que lo designó.
 - 3.1 En este caso, el secretario de (sic) consejo deberá asentar en el acta correspondiente, el momento en el que el miembro del consejo respectivo abandonó la reunión.
4. El secretario del consejo deberá certificar en cada acta, que las decisiones tomadas en la misma se llevaron a cabo en cumplimiento al mandato consistente en que ningún PST en México tenga influencia en la Operación de la Red Compartida.
5. Todas las convocatorias correspondientes a las reuniones del consejo de administración deberán contener el orden del día, señalando aquellos asuntos en los que estarán impedidos para participar los miembros del consejo designados por un PST en México.
 - 5.1 No podrá incluirse, discutirse o resolverse ningún asunto relacionado con la Operación de la Red Compartida como parte de los "Asuntos Generales".
6. Ningún PST en México tendrá injerencia en el nombramiento del presidente del consejo de administración.

7. Cualquier accionista que sea, directa o indirectamente, un PST en México:

7.1 No deberá estar presente ni participar en forma alguna en ninguna discusión, deliberación o votación que trate sobre la Operación de la Red Compartida o que esté relacionado con las actividades (directas o indirectas) en México del accionista que lo designó asentándose en dicho momento de la asamblea de accionistas en cuestión.

7.2 No contará para efectos del quorum ni tendrá derecho a voto respecto a ningún asunto que trate sobre la Operación de la Red Compartida o que esté relacionado con sus actividades (directas o indirectas) en México.

8. El secretario de la asamblea de accionistas será designado por mayoría de los accionistas, excluyendo de tal decisión a los accionistas que sean PST en México.

9. El secretario de la asamblea de accionistas contará con facultades suficientes para, y será responsable de, exigir a los accionistas que sean un PST en México el abandonar el lugar en el que se vayan a llevar a cabo discusiones o decisiones relacionadas con la Operación de la Red Compartida o con sus actividades (directas o indirectas) en México.

9.1 En este caso, el secretario de consejo deberá asentar en el acta correspondiente, el momento en el que el miembro del consejo respectivo abandonó la reunión.

10. El secretario de la asamblea de accionistas deberá certificar en cada acta, que las decisiones tomadas en la misma se llevaron a cabo en cumplimiento al mandato consistente en que ningún PST en México tenga influencia en la Operación de la Red Compartida.

11. Todas las convocatorias correspondientes a las asambleas de accionistas deberán contener el orden del día, señalando aquellos asuntos en los que estarán impedidos para participar los accionistas que sean un PST en México.

11.1 No podrá incluirse, discutirse o resolverse ningún asunto relacionado con la Operación de la Red Compartida como parte de los "Asuntos Generales".

12. La designación del Director General (CEO) y Director de Operaciones (COO) será realizada por los consejeros o accionistas distintos a los PST en México y/o a los miembros del consejo designados por los PST en México.

13. Ningún PST en México, miembros del consejo de administración designados por un PST en México o funcionario o ejecutivo de un PST en México o nombrado por un PST en México podrá fungir como apoderado respecto de asuntos que

involucren la Operación de la Red Compartida o actividades (directas o indirectas) de un PST en México que sea a su vez, accionista de la SPE."

La Promovente no presenta información respecto de los temas específicos de los cuales un PST podría conocer dentro del Desarrollador que le permitan proteger su inversión.

SÉPTIMO.- ELEMENTOS PARA ANALIZAR LA PROPUESTA DE RIVADA.

1. Para atender la solicitud de Rivada no se requiere una modificación de los Elementos de Influencia

La fracción IV del artículo Décimo Sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional establece que, respecto de la instalación de la Red Compartida, el Estado:

"IV. Asegurará que ningún prestador de servicios de telecomunicaciones tenga influencia en la operación de la red." (Énfasis añadido)

En el mismo sentido, los Elementos de Influencia definen los tres términos necesarios para actualizar la hipótesis normativa "Prestador de Servicios de Telecomunicaciones", "Influencia" y "Operación", de la siguiente manera:

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

*1.10. **Influencia.** La capacidad, de hecho o de derecho, de una persona de participar o intervenir en forma significativa, directa o indirectamente, por cualquier medio en las decisiones que incluyen pero no se limitan a la administración, la definición de las políticas y los objetivos o la gestión, conducción y ejecución de las actividades de otra(s) persona(s).*

(...)

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

De la norma constitucional y los Elementos de Influencia se desprende que se trata de dos elementos distintos cuya actualización es necesaria para impedir la participación de los PST en el Desarrollador.

El criterio solicitado por Rivada no requiere de una modificación de los Elementos de Influencia. En ese sentido, la prohibición constitucional lleva consigo la finalidad de constituir una red independiente de terceros PST que preste únicamente servicios mayoristas. Esto es, que para asegurar la independencia en la Operación de la Red Compartida, es necesario mantenerlas libre de la influencia de terceros PST, tal y como quedó de manifiesto en el considerando Segundo, inciso c) del Acuerdo por el que se emiten los Elementos de Influencia:⁴

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

Bajo esa óptica, a continuación se procede a evaluar si lo consultado por el Promovente y sus propuestas son consistentes con los Elementos de Influencia emitidos por el Pleno del Instituto.

2. Naturaleza de las instancias de decisión

Los Elementos de Influencia establecen las definiciones y criterios de referencia sobre el cumplimiento a la disposición constitucional que establece que ningún PST pueda tener Influencia en la Operación de la Red Compartida. Se emitieron de esta forma para privilegiar la libertad contractual de los interesados para establecer sus propias estructuras corporativas y, en consecuencia, sus instancias para tomar decisiones, sujeto a un análisis caso por caso.⁵

Las instancias encargadas de la toma de decisiones consisten en: órganos de decisión y personas físicas con la capacidad de tomar decisiones que trasciendan en las actividades de esa persona moral.

Tratándose de personas morales, todo órgano de decisión consiste en una esfera administrativa en la que pueden convivir los distintos intereses de los participantes que la integran. En ellos, los integrantes pueden establecer las condiciones que encausen los intereses particulares para la consecución del objeto social.

⁴ Disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/temas-relevantes/instructivo.pdf>.

⁵ Numeral 1.10 de los Elementos de Influencia.

Los órganos de decisión incluyen, pero no se limitan, a Asambleas Generales de Accionistas, Consejos de Administración, Comités Directivos, entre otras figuras. En efecto, los Elementos de Influencia, hacen referencia a un concepto abierto: "órganos encargados de tomar las decisiones", los cuales pueden ser entendidos como órganos de decisión.

Asimismo, las personas físicas que ocupan un puesto, cargo o comisión en una persona moral pueden tener la capacidad de tomar decisiones que trascienden de forma significativa en las actividades de esa persona moral. A este respecto, los Elementos de Influencia se refieren a "los consultores, directivos, gerentes, administradores o sus equivalentes".

Con base en lo anterior, el Desarrollador tiene la oportunidad de organizar la toma de decisiones de la manera que considere más conveniente, siempre que respete los límites aplicables a los PST para evitar que tengan Influencia en la Operación de la Red Compartida.

Así, los órganos de decisión y los puestos de decisión unipersonales en el Desarrollador pueden adoptar diversas figuras y siempre deberán estar asociados a la(s) persona(s) que toman las decisiones. Estos elementos sirven de referencia para identificar Influencia.

Además, será necesario determinar caso por caso si tal Influencia es ejercida por uno o más PST y, de ser el caso, si ocurre sobre la Operación de la Red Compartida. Los Elementos de Influencia establecen que estos tres términos y conceptos son distintos y distinguibles.

3. Consideraciones de gobierno corporativo.

Referencia internacional

Los Principios de Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2004 (Principios) identifican un conjunto de premisas generales de organización que tienen el objetivo de garantizar la base de un marco eficaz para el gobierno corporativo de las sociedades que:

- Aunque reconocen que no existe un modelo único de gobierno corporativo entre los países, es posible identificar elementos comunes que permitan la construcción de un marco general de estudio.

- El gobierno corporativo garantiza la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo por parte del Consejo de Administración y su responsabilidad frente a la empresa y los accionistas.⁶
- El marco para el gobierno corporativo deberá amparar y facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas, entre otros, los siguientes: 1) asegurarse métodos para registrar su propiedad; 2) ceder o transferir acciones; 3) obtener información relevante y sustantiva sobre la sociedad de forma puntual y periódica; 4) participar y votar en las juntas generales de accionistas; 5) elegir y revocar a los miembros del Consejo de Administración, y 6) participar en los beneficios de la sociedad.⁷
- Identifican un sistema de dos niveles que se integra por dos órganos principales, que en la práctica común en México corresponderían a: un Consejo de Administración, compuesto por miembros no-directivos encargados de tomar las decisiones en la sociedad, y el de Directivos Principales, que tienen como función el de gestión de la sociedad. Otros países disponen de Consejos "unitarios", que reúnen a los miembros directivos y no-directivos en un mismo órgano. En algunos países también existe un órgano estatutario adicional encargado de la auditoría.⁸
- Si bien el Consejo de Administración tiene un papel relevante en las actividades de la empresa, nada impide que los integrantes de una sociedad acuerden establecer mecanismos que controlen el acceso y uso de información, o la toma de decisiones, directa o indirectamente, sobre temas específicos.⁹

Referencia de la legislación mexicana

Bajo la legislación nacional, la Asamblea General de Accionistas es el Órgano Supremo de las sociedades y se trata de un Órgano de Representación. En efecto, es la encargada de designar a los miembros de dirección de la sociedad, que puede ser el Consejo de Administración o el Administrador Único.

A manera de ejemplo, cuando el Consejo de Administración se compone de tres o más miembros, el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación, pero en todo caso la minoría que represente un 25% (veinticinco por ciento) del capital social nombrará cuando menos a un consejero. Este porcentaje será

⁶ Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, 2004, p. 59.

⁷ Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, 2004, p. 18 y 19.

⁸ Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, 2004, p. 59 y 62.

⁹ Artículo 34 de la Ley del Mercado de Valores.

del 10% (diez por ciento) cuando se trate de sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores.¹⁰

Debido a que las decisiones de la Asamblea de Accionistas tienen impacto en el Órgano encargado de la Administración o el Consejo de Administración o sus equivalentes, los controles aplicados a los miembros de la sociedad también deberán ser aplicados a los órganos de decisión. Por órganos de decisión equivalentes, debe entenderse, nuevamente, que los Elementos de Influencia hacen referencia a un concepto abierto: "órganos encargados de tomar las decisiones".

Aún y cuando la Asamblea General de Accionistas y el Consejo de Administración son órganos de decisión comúnmente adoptados en las sociedades, nada exige que los integrantes de éste u otros órganos idénticos puedan sujetarse a reglas específicas que establezcan en el contrato de sociedad un régimen diferenciado para ciertos miembros de las instancias de decisión.

Lo anterior es relevante puesto que los miembros de una sociedad no están imposibilitados para regular su estructura y funcionamiento interno, privilegiando con ello el cumplimiento eficaz del objeto social para el cual fue diseñada.

4. Consideraciones específicas sobre la presencia de accionistas y miembros de instancias de decisión designados por un PST

La presencia de miembros en las instancias de decisión – como el Consejo de Administración, la Asamblea General de Accionistas, puestos directivos o de representación, entre otros -- en el Desarrollador, genera el riesgo principal de que los PST lo utilicen para beneficiarse de oportunidades de negocio en favor del grupo de interés económico (GIE) al que pertenecen.

En dicho caso, la participación de un PST, lejos de ser independiente, puede generar los suficientes incentivos para favorecer sus intereses o los de otros PST y, a su vez, restringir la capacidad de la Red Compartida para competir en forma independiente, lo que obraría en perjuicio del objetivo constitucional ya referido.

De forma ilustrativa, los riesgos adicionales en materia de competencia económica se pueden generar cuando:

¹⁰ Artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

- i) Los PST tengan a su alcance información relacionada con la Operación de la Red Compartida, y
- ii) La participación de dos o más PST en las instancias de decisión facilite acciones coordinadas respecto a las actividades que esos PST desarrollen y/o las que realice la Red Compartida.

Dichos factores pueden resultar en una Influencia de facto en la toma de decisiones sobre la Operación de la Red Compartida por parte de los miembros designados por los PST en las instancias de decisión del Desarrollador.

En atención a este propósito, los Elementos de Influencia establecen premisas de referencia para identificar cuándo se está ante una situación que otorga a un miembro Influencia de *iure* o de *facto*; y cuándo dicha Influencia es sobre la Operación de la Red Compartida.

Además de verificar el cumplimiento de los Elementos de Influencia, el Instituto tiene a su cargo evaluar si las propuestas para constituir al Desarrollador pueden generar riesgos al proceso de competencia económica,¹¹ lo que se hará en el proceso correspondiente. El análisis en materia de competencia económica, evaluará entre otros riesgos, si la participación de un PST puede restringir la capacidad efectiva de la Red Compartida para operar y competir en forma independiente.

En este sentido, se estima que el caso hipotético consultado por Rivada sobre los Elementos de Influencia podría ser viable siempre y cuando el PST no tenga una participación o vínculos que puedan generar la presencia de Influencia en la Operación de la Red Compartida ni otros riesgos contrarios a la competencia.

En el caso concreto, si bien es cierto que al tener la capacidad de designar a un miembro de los órganos de decisión del Desarrollador, actualiza la definición de Influencia, de ello no se colige necesariamente que esa Influencia ocurra sobre la Operación de la Red Compartida, es decir, la toma de decisiones para asignar los usos de la capacidad, infraestructura y/o servicios de telecomunicaciones y su comercialización, tal y como se definen en los Elementos de Influencia. Lo anterior se desprende de los razonamientos contenidos en el considerando Segundo del Acuerdo por el que se aprobaron los Elementos de Influencia, que señalan que para actualizarse la restricción constitucional debe actualizarse la presencia de tres conceptos: i)

¹¹ La evaluación en materia de competencia se sujetará a lo dispuesto en la Ley Federal de Competencia Económica y los Elementos de Influencia.

Prestador de Servicios de Telecomunicaciones; ii) Influencia; y iii) Operación de la Red Compartida; lo que se resolverá caso por caso.

Por lo anterior, se considera posible que, en su momento, los interesados propongan mecanismos y controles eficaces que permitan garantizar que no se actualizará la existencia Influencia sobre la Operación de la Red Compartida, por parte de un Prestador de Servicios de Telecomunicaciones, que es lo que materializa la restricción constitucional.

5. Oportunidad de la respuesta del Instituto a la consulta del Promovente

Como se señala en el Considerando Quinto de este Acuerdo, el escrito del Promovente no es explícito sobre los temas específicos de los cuales un PST podría conocer dentro del Desarrollador que le permitan proteger su inversión, sin que ello se traduzca en una influencia en la Operación de la Red Compartida.

Esta información es necesaria para que el Instituto emita una respuesta completa y exhaustiva sobre el asunto consultado.

En términos de las disposiciones aplicables a la solicitud de opinión en materia de competencia económica para el Concurso de Red Compartida, el Instituto tiene facultades para requerir de mayor información al Promovente. Sin embargo, de realizar esas actuaciones, no resultaría viable emitir una respuesta en el plazo que es oportuno para el Promovente, dado que el doce de septiembre de dos mil dieciséis vence el plazo para que decida sobre su solicitud de opinión en materia de competencia económica, requisito indispensable para participar en el Concurso de Red Compartida.

Así, en aras de responder con oportunidad la solicitud del Promovente, el Instituto emite una respuesta de carácter informativo y orientador sobre la situación hipotética planteada por Rivada.

6. Respuesta a la consulta de Rivada

6.1. Orientaciones sobre la participación de los PST en los órganos de decisión del Desarrollador

Con base en los Elementos de Influencia y tomando en consideración precedentes decisorios del Instituto, se considera que podrían participar integrantes designados por PST en las instancias de decisión del Desarrollador, siempre que al menos se cumpla:

- a) Que esa Influencia no sea sobre la Operación de la Red Compartida, en los términos referidos en los Elementos de Influencia emitidos por el Pleno del Instituto; y, además,
- b) Que no se trate de un agente económico que compita directa o indirectamente con el Desarrollador en las actividades económicas que éste desempeñe;¹²
- c) Su participación no genere riesgos de coordinación a causa de que dos o más PST competidores entre sí coincidan en forma recurrente en las instancias de decisión del Desarrollador y su Grupo de Interés Económico;¹³
- d) El (los) PST(s) y sus miembros o representantes no constituyan una mayoría para la toma de decisiones no relacionadas con la Operación de la Red Compartida en las que tendría derechos para participar;¹⁴
- e) Que no tengan acceso a la información relacionada con la Operación de la Red Compartida,¹⁵ y
- f) No tengan ningún tipo de Influencia sobre la designación, nombramiento, destitución o veto de personas encargadas de la Operación de la Red Compartida, por ejemplo, consultores, directivos, gerentes o administradores.¹⁶

El inciso a) corresponde a lo establecido por el Pleno del Instituto en los Elementos de Influencia. Los incisos b) a f) se presentan con el fin de orientar sobre los elementos que, entre otros, podrían ser considerados por el Instituto al evaluar el caso concreto que Rivada presente formalmente para recibir la opinión en materia de competencia económica.

La participación de un PST en las instancias de decisión no le deben permitir decidir ni conocer de los temas que correspondan a la Operación de la Red Compartida, esto es, los referentes a la asignación de los usos de la capacidad, infraestructura y/o servicios de telecomunicaciones y su comercialización, lo que materializaría la restricción constitucional.

¹² Este elemento se desprende de un precedente decisorio del Instituto en el que se analizan los riesgos de que dos agentes económicos participen en un mismo órgano de decisión, cuando además participan en actividades económicas coincidentes. Véase versión pública de la resolución, disponible en:

http://apps.ift.org.mx/publicdata/Version_Publica_P_IFT_EXT_190216_7.pdf, sección 6.4.3.

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Es una aplicación de los Elementos de Influencia, como se señala en el numeral 2 de este Considerando Séptimo.

Cabe precisar que las condiciones señaladas en los incisos anteriores, no son elementos adicionales a los ya previstos en los Elementos de Influencia, ni los que resultan aplicables al análisis en materia de competencia económica que se desarrollará en términos de la Ley Federal de Competencia Económica.

El cumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos anteriores debe ocurrir desde la constitución del Desarrollador y mientras éste tenga a su cargo la Operación de la Red Compartida. Para ello es indispensable que, en su caso, los accionistas del Desarrollador implementen controles, mecanismos de supervisión y verificación y sanciones efectivas para su cumplimiento permanente.

Estos elementos, entre otros, deberán ser presentados en términos del "Instructivo para solicitar opinión en materia de competencia económica ante el Instituto Federal de Telecomunicaciones para participar en el concurso internacional número APP-009000896-EI/2016" (Instructivo) al Instituto para que éste efectúe el análisis de competencia económica correspondiente.

6.2. Orientaciones sobre los mecanismos y controles propuestos por Rivada

Respecto a los mecanismos y controles propuestos por Rivada para permitir a un potencial inversionista PST de participar en las instancias de decisión del Desarrollador, es posible emitir las siguientes orientaciones, sin prejuzgar sobre el caso específico que pudiera presentarse como consecuencia de una solicitud de opinión en materia de competencia económica conforme a las Bases del Concurso de Red Compartida:

- a) No basta con enunciar la prohibición en forma genérica de no estar presente, ni participar en forma alguna en ninguna discusión, deliberación o votación que trate sobre la Operación de la Red Compartida o que esté relacionada con las actividades (directas o indirectas) en México del accionista que lo designó, ni que se asentarán dicho evento en la minuta de la sesión de consejo en cuestión.

Asimismo, no basta con restringir los derechos de voto. Incluso, los Elementos de Influencia consideran además los derechos de veto.

También sería necesario enunciar los temas que podrían conocer y decidir, así como la información a la que tendrían acceso derivado del ejercicio de sus funciones a efecto de que el Instituto pueda analizar tales elementos; así como los derechos que podrán ser ejercidos por los miembros de los órganos de decisión designados por PST y los criterios bajo los cuales ejercerían tales derechos. Lo anterior, para que el Instituto cuente con la información suficiente para hacer la evaluación correspondiente durante el proceso para emitir la opinión en materia de competencia económica,

de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica y los Elementos de Influencia.

- b) Los mecanismos y las reglas de gobierno corporativo que se adopten para el Desarrollador y las personas bajo su control que tengan a su cargo la Operación de la Red Compartida deben ser efectivas para garantizar el cumplimiento de las condiciones previstas en los Elementos de Influencia y, además, las consideraciones previstas en los incisos b) a f) del numeral 6.1 de este documento. Se reitera que para ello una condición necesaria, es que las instancias de decisión del Desarrollador implementen controles, mecanismos y sanciones efectivas para su cumplimiento permanente.
- c) La prohibición de que un PST tenga Influencia en la Operación de la Red Compartida debe ser adoptada en todas las instancias de decisión del Desarrollador. Las instancias de decisión, incluyendo los órganos y las unipersonales, se identifican y analizan caso por caso. Dependiendo del diseño específico que adopte el Desarrollador, incluyen pero no se limitan, a la Asamblea General de Accionistas, el Consejo de Administración, Comités, puestos directivos o de representación de sus intereses, u otros equivalentes.
- d) Existen derechos legítimos para proteger las inversiones de los PST en el Desarrollador. Estos derechos pueden ser ejercidos, siempre y cuando en ningún caso otorguen Influencia a los PST sobre la Operación de la Red Compartida.

Los Elementos de Influencia otorgan flexibilidad a los interesados para adoptar las estructuras y reglas de gobierno corporativo que sirvan para acreditar el cumplimiento efectivo de la restricción impuesta en la fracción IV del artículo Décimo Sexto transitorio del Decreto de Reforma Constitucional.

Esta respuesta se emite con fines informativos y no prejuzga sobre los planteamientos que el Promovente pueda presentar en la solicitud de opinión en materia de competencia económica requerida por las Bases del Concurso de Red Compartida.

Con base en lo anterior y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 8 y 28, párrafos décimo quinto y décimo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 1, párrafos primero y tercero, 2, fracción X, 4, fracción I, 6, fracción XXXVII y último párrafo, 7 y 8, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones acuerda lo siguiente:

I. ACUERDOS

PRIMERO.- Se emite contestación al escrito de petición presentado por Rivada Networks S. de R.L. de C.V, en los términos descritos en el CONSIDERANDO SÉPTIMO.

SEGUNDO.- El presente Acuerdo se emite como respuesta a una consulta hipotética planteada por Rivada Networks S. de R.L. de C.V, sin prejuzgar respecto de las características particulares que en cada caso se presenten al momento de analizar las solicitudes de opinión en materia de competencia económica previstas en las Bases del Concurso de Red Compartida.

TERCERO.- Notifíquese personalmente el presente Acuerdo a Rivada Networks S. de R.L. de C.V a través de su representante legal o de las personas autorizadas y en el domicilio señalado para dichos efectos.

CUARTO.- Se ordena publicar, en el portal de Internet del Instituto, el Escrito de Petición presentado por el Promoviente, así como la respuesta que ahora recae, a fin de que todos los agentes económicos interesados en el Concurso y las autoridades involucradas en éste, tengan conocimiento de ello. Lo anterior, debido a que la consulta formulada por Rivada Networks S. de R.L. de C.V. es con relación a un procedimiento de licitación en curso que debe atender los principios de transparencia y publicidad.

QUINTO. A efecto de dar cumplimiento al punto de acuerdo CUARTO, se instruye a la Unidad de Competencia Económica para que elabore las versiones públicas que corresponden al Escrito de Pétición y a la respuesta que ahora se emite, testando en ambos documentos la información confidencial y/o reservada que tenga ese carácter en términos de las disposiciones aplicables.



Gabriel Oswaldo Contreras Saldivar
Comisionado Presidente



Ernesto Estrada González
Comisionado



Adriana Sofia Labardini Inzunza
Comisionada



María Elena Estavillo Flores
Comisionada



Mario Germán Fromow Rangel
Comisionado



Adolfo Cuevas Teja
Comisionado

El presente Acuerdo fue aprobado por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones en su XII Sesión Extraordinaria celebrada el 8 de septiembre de 2016, por mayoría de votos de los Comisionados presentes Gabriel Oswaldo Contreras Saldivar, Ernesto Estrada González, Adriana Sofia Labardini Inzunza, María Elena Estavillo Flores y Mario Germán Fromow Rangel; y con el voto en contra del Comisionado Adolfo Cuevas Teja; con fundamento en los párrafos vigésimo, fracciones I y III; y vigésimo primero, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 7, 16 y 45 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; 5 y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica; así como en los artículos 1, 7, 8 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/080916/22.

2