

INFORME DE CONSIDERACIONES SOBRE LAS MANIFESTACIONES, OPINIONES, COMENTARIOS Y PROPUESTAS, PRESENTADOS DURANTE LA CONSULTA PÚBLICA SOBRE LA "PROPUESTA DE OFERTA DE REFERENCIA DEL SERVICIO DE ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA PRESENTADA POR OPERADORA DE SITES MEXICANOS, S.A. DE C.V."

Fecha de elaboración:

20 de noviembre de 2021

Título o denominación de la consulta pública:

"Propuestas de Ofertas de Referencia de los Servicios Mayoristas de Usuario Visitante; de Reventa de Servicios; de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura presentadas por el AEP en el sector de las telecomunicaciones"

Descripción de la consulta pública:

Del 09 de agosto de 2021 al 07 de septiembre de 2021 el Instituto Federal de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, "Instituto") llevó a cabo el proceso de consulta pública de la "Oferta de Referencia para el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura Pasiva aplicable del 1 de enero de 2022 al 31 de diciembre de 2022" (en lo sucesivo "Propuesta de Oferta de Referencia"), presentada por el apoderado legal de Operadora de Sites Mexicanos, S.A. de C.V. (en lo sucesivo, "Telesites") y Banco Actinver, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Actinver, División Fiduciaria, este último exclusivamente en su carácter de Fiduciario del "FIDEICOMISO OPSIMEX 4594", (en lo sucesivo, "Fibra").

El Instituto puso a disposición de los interesados los siguientes medios para recibir las participaciones: a través de la dirección de correo electrónico ofertas.referencia@ift.org.mx, o mediante escrito presentado en la Oficialía de Partes Común del Instituto ubicada en Insurgentes Sur 1143, colonia Nochebuena, Delegación Benito Juárez, C.P. 03720, Ciudad de México, de lunes a jueves de las 9:00 a las 18:30 horas y los viernes de las 9:00 a las 15:00 horas, así como el "Formato para participar en la Consulta Pública".

La información y opiniones que los interesados hicieron llegar al Instituto, de acuerdo con los plazos y términos descritos en esta mecánica, no tienen carácter vinculante, sin perjuicio de que el Instituto pueda ponderarla en un documento que refleje los resultados de dicha consulta, el cual se hará público en el apartado de la página de la consulta pública¹.

¹ La consulta pública de la "Propuesta de Oferta de Referencia del Servicio de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura presentada por Operadora de Sites Mexicanos, S.A. DE C.V." se encuentra disponible a través de la siguiente dirección electrónica: http://www.ift.org.mx/industria/consultas-publicas/ficha-de-consulta-publica?project_cp=17423

Objetivo de la consulta pública:

Los objetivos principales de la consulta pública consistieron en: i) contar con mayores elementos para determinar los términos y condiciones bajo las cuales se deberá aprobar la Propuesta de Oferta de Referencia presentada por el AEP; ii) favorecer la transparencia y participación ciudadana con el fin de recibir los comentarios y opiniones de regulados, cámaras, usuarios, audiencias, gobierno y ámbito internacional sobre dicha propuesta; y iii) establecer las bases para aprobar o modificar la misma.

Unidades y/o Coordinaciones Generales responsables de la consulta pública:

Unidad Política Regulatoria (en lo sucesivo, la "UPR").

Descripción de los participantes en la consulta pública:

Durante el periodo de la consulta pública de mérito sólo se recibieron comentarios por parte de las siguientes participantes:

- Bestphone, S.A. DE C.V., Operbes, S.A. de C.V., Cablevisión, S.A. de C.V., Cable y Comunicación de Campeche, S.A. de C.V., Cabledmás Telecomunicaciones, S.A. de C.V., Cablevisión Red, S.A. de C.V., Tele Azteca, S.A. de C.V., Televisión Internacional, S.A. de C.V., México Red de Telecomunicaciones, S. de R.L. de C.V. y T.V. Cable de Oriente, S.A. de C.V. (en lo sucesivo de manera conjunta, "Grupo Televisa").

Dicha participación se encuentra disponible para su consulta en la página de internet del Instituto: <http://www.ift.org.mx/industria/consultas-publicas/ofertas-de-referencia-servicios-mayoristas-de-arrendamiento-de-enlaces-dedicados-usuarios-visitante>

Respuestas o posicionamientos por parte del Instituto: con relación a las manifestaciones, opiniones, comentarios y propuestas concretas sobre la Propuesta de Oferta de Referencia, el orden en que serán abordados cada uno de los temas obedece al orden en que cada uno de éstos aparecen en dicha propuesta, así como a los anexos de la misma.

Por lo anterior, la UPR emite las siguientes respuestas y consideraciones:

1. Deducción de pagos

Respecto del contenido de la "CLÁUSULA CUARTA. *CONDICIONES DE PAGO.*" del convenio marco de la Propuesta de Oferta de Referencia, el participante comenta que en caso de que el Concesionario Solicitante (en lo sucesivo, "CS") decidiera compensar pagos adeudados al AEP por disputas o penalizaciones, el AEP podría interpretar esto como incumplimiento de pago y proceder a la

rescisión del convenio, ante ello, considera que esta limitación no aplica al propio AEP, violando los principios de igualdad de acceso y trato equitativo y recíproco.

Por lo tanto, sugiere la modificación de la cláusula mencionada y que en el proceso de resolución de disputas en lo que respecta a las facturas se ajusten los correspondientes pagos de manera acorde.

Adicionalmente, solicita que el AEP esté obligado a compensar en sus facturas los montos que este le adeude al CS por cualquier penalidad aplicable.

Respuesta de la UPR

Por lo que hace a las observaciones realizadas el numeral "4.4 No compensación" de la cláusula en cuestión establece lo siguiente:

"CLÁUSULA CUARTA. CONDICIONES DE PAGO.

(...)

4.4 No compensación

Salvo estipulación en el presente Convenio, o acuerdo entre las Partes, bajo ninguna circunstancia ninguna Parte tendrá derecho a reducir, deducir o compensar cantidad alguna contra las cantidades que por concepto de contraprestaciones, Intereses Moratorios, penas convencionales (con la excepción de notas de crédito relacionadas con estas), gastos o cualquier otro deba pagar a la otra bajo el presente Convenio.

(Énfasis añadido)

Por lo anterior, en el convenio marco de la Propuesta de Oferta de Referencia se establece que la compensación si es posible, ya sea porque se ha llegado a un acuerdo entre partes o se cuente con notas de crédito, aunque no unilateralmente, por lo que se evaluaría si compensar adeudos de pago con penalizaciones no genera mayor incertidumbre y posibles conflictos entre las partes.

2. Responsabilidad por incumplimiento

El participante señala que la redacción de la "CLÁUSULA OCTAVA. CONTINUIDAD Y SUSPENSIÓN DE LOS SERVICIOS." es amplia y poco precisa, otorgando absoluta discreción al AEP de no responsabilizarse por lo que pudiera ocurrir en los sitios de infraestructura donde comparte con los CS, estableciendo que se debería limitar el alcance a los auténticos casos fortuitos o de fuerza mayor. Por lo tanto, sugiere modificar la redacción de dicha cláusula del convenio marco de la Propuesta de Referencia.

Respuesta de la UPR

Respecto a dichos comentarios, la UPR señala que existen ocasiones en que la suspensión de un servicio o el daño de elementos de infraestructura no puede ser

imputable al AEP, toda vez que podría verse impedido a cumplir con su obligación por causa de acontecimientos que se encuentran fuera de su control, que son imprevisibles o que aun previéndolos no ha podido evitar; tal es el caso de los supuestos contemplados dentro del numeral 2 de la "CLÁUSULA OCTAVA. CONTINUIDAD Y SUSPENSIÓN DE LOS SERVICIOS." del convenio marco de la Propuesta de Oferta de Referencia, mismo que hace alusión a acontecimientos que constituyen el caso fortuito y de fuerza mayor, según provengan de sucesos de la naturaleza, de hechos del hombre o de actos de autoridad pero que efectivamente escapen de la voluntad del AEP y en consecuencia los servicios sobre los que versa el convenio marco no pueden ser prestados como han sido pactados.

Por otro lado, es importante recalcar que el propio convenio prevé alternativas en caso de actualizarse alguno de estos supuestos, ya que establece a través del numeral "8.1 Continuidad de Servicios" la obligación por parte del AEP de notificar al CS tan pronto sea posible sobre la existencia del evento, además de establecer en el numeral "8.2 Suspensión" que en caso de que el servicio no pudiera ser restablecido con normalidad dentro de los 30 días siguientes al acontecimiento el CS podrá dar por terminado el acuerdo de sitio correspondiente.

3. Cesión por venta de los activos

El participante indica que en caso de que el AEP procediera a la venta parcial o total de sus activos móviles, tiene que notificar debidamente y con un plazo suficiente el cambio de propiedad a todos los CS que utilizan esta infraestructura para alojar sus equipos.

Recomienda incluir mayor detalle en la "CLÁUSULA NOVENA. CESIÓN." del convenio marco de la Propuesta de Oferta de Referencia, para dotar de mayor seguridad a los CS de que los servicios que venían contratando del AEP mantendrán los mismos o mejores niveles calidad. Con respecto a la transferencia de los activos, derechos y obligaciones del AEP con los CS, el participante indica que debe estar condicionada a previa aprobación del Instituto para garantizar los derechos de los CS.

Respuesta de la UPR

Respecto de las consideraciones vertidas en el sentido de que el AEP debería notificar al CS en caso de que procediera a la venta total o parcial de sus activos, la "CLÁUSULA NOVENA. CESIÓN." del convenio marco de la Propuesta de Oferta de Referencia es lo suficientemente explícita y es de destacarse que se establece al AEP la obligación de notificar a los CS en caso de decidir vender o enajenar la misma, además de mencionar que el AEP debe advertir al adquirente acerca de los acuerdos de sitio existentes con la finalidad de que este mantenga la continuidad de los servicios pactados con la misma calidad que lo hacía el AEP.

4. Suspensión de medidas de preponderancia

Respecto la "CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA. VIGENCIA" del convenio marco de la Propuesta de Oferta de Referencia, el participante menciona que, en caso de que el AEP cesara de ser tal, se debería imponer un plan de transición, con sus correspondientes características técnicas y comerciales, en el que se garantice que se tienen en cuenta las inversiones realizadas y su plazo de recuperación, la existencia de alternativas a la infraestructura del AEP, y la continua prestación de los servicios a los usuarios finales, etc.

Respuesta de la UPR

A este respecto, la "CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA. VIGENCIA" del convenio marco de la Propuesta de Oferta de Referencia se establece lo conducente en caso de ser modificada la regulación de preponderancia por una resolución judicial firme. Es así que en caso de que se declare por ejemplo la nulidad de las Medidas Móviles y/o la Resolución de Preponderancia², las partes deberán de atender lo señalado en la "Resolución Firme" establecida dentro de la cual se determinarán los términos y plazos bajo los cuales se celebrará un convenio comercial para la prestación de los servicios.

Asimismo, es de señalarse que la "CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. CAUSAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA" del convenio marco de la Propuesta de Oferta de Referencia establece que en caso de que la Resolución de Preponderancia y/o las Medidas queden insubsistentes parcialmente o sean revocadas o modificadas por cuanto a la materia de los Servicios del Convenio, como consecuencia de resolución administrativa o judicial, las partes de buena fe negociarán en el periodo de 120 días naturales siguientes, los términos y condiciones bajo los cuales se celebrará un convenio comercial para la prestación de los servicios iguales o similares descritos en la Oferta de Referencia.

Bajo estos términos se considera que existen condiciones para una negociación entre las partes que permitan coordinar la prestación de los servicios en los mejores términos para ambas partes. Lo anterior, sin menoscabo del análisis que realice el Instituto para identificar que las circunstancias del mercado permiten implementar un escenario en el que se suspendan las medidas de preponderancia y que de ellos pueda tener una repercusión en los términos de contratación de los servicios mayoristas.

5. Rescisión del convenio.

El participante considera que lo referente a la "CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA. RESCISIÓN" numerales 16.2 y 16.3 añaden incertidumbre jurídica a inversiones cuantiosas y a largo plazo ya que algunas de ellas son abusivas. Para ello

² Disponible en la siguiente liga electrónica: <http://www.ift.org.mx/industria/politica-regulatoria/preponderancia-telecom/resolucion-pleno-ift-determina-grupo-1>

consideran que "la falta de pago debería ser posible solamente por incumplimiento reiterado", en el caso de lo dispuesto en el numeral 16.2 y respecto a que la redacción respecto a lo que implica una conducta ilícita resulta demasiado vaga.

Respuesta de la UPR

De la lectura a la cláusula en comento se destaca que previo a la rescisión del contrato deberán ser notificadas las partes a efecto de que la parte en incumplimiento manifieste lo que considere pertinente. Para ello, dicha comunicación deberá ser copiada al Instituto, a efecto de que, en caso de alguna controversia pueda ser intervenida en términos de las atribuciones del Instituto.

Lo anterior permitirá dar seguimiento de las actuaciones entre las partes, considerando que en caso de que el CS tenga alguna manifestación pueda señalarlo y, si existiera algún desacuerdo, poder solicitar la intervención del Instituto.

Además, la Cláusula "DÉCIMA SÉPTIMA. EFECTOS DE LA TERMINACIÓN Y RESCISIÓN" menciona que en caso de que el convenio termine o se rescinda, tiene una vigencia que no se encuentra vinculada con los demás Acuerdos de Sitio contratados. Por lo que se asegura que aquellos sitios compartidos que no tengan dichos incumplimiento puedan seguir prestando servicios.

Considerando dicho alcance se considera que existen elementos suficientes para salvaguardar la infraestructura compartida, sin la limitación de que las partes o el CS pueda solicitar a las autoridades pertinentes su intervención respecto al cumplimiento efectivo de los pagos, o bien, lo correspondiente a una conducta ilícita.

6. Desacuerdo de carácter técnico

Señala el participante que tener peritos expertos para arbitrar en temas técnicos como lo indica la "CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA. DESACUERDO DE CARÁCTER TECNICO" del convenio marco de la Propuesta de Oferta de Referencia puede ser ineficiente y añade una contraparte a las tres ya involucradas en el proceso de resolución de discrepancias que son: el AEP, el Instituto y el CS, además de mencionar que el Instituto es quien debería resolver las disputas técnicas que se susciten entre el AEP y el CS.

En ese sentido, sugiere que se establezca un plazo concreto para dirimir las discrepancias técnicas entre las partes, y que se resuelvan los desacuerdos técnicos en caso de que no se alcanzara un acuerdo entre estas, de forma que no se retrase el acceso a la infraestructura pasiva del AEP. Estima que un plazo razonable podría ser 30 días naturales.

Respuesta de la UPR

Respecto a las observaciones realizadas, es de destacarse que la intervención de peritos en un desacuerdo técnico deviene de lo establecido dentro de la Medida SEPTUAGÉSIMA CUARTA de las Medidas Móviles contenidas dentro de la Resolución de Preponderancia, con independencia de que el Instituto tiene la facultad según esta medida de resolver sobre cualquier disputa técnica que se suscite entre el AEP y el CS referente al acceso y uso compartido de infraestructura pasiva.

Es así que la "*CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA. DESACUERDO DE CARÁCTER TECNICO*" se determina en seguimiento a lo establecido por las Medidas Móviles contenidas dentro de la Segunda Resolución Bienal³, que señalan que en caso de que exista un desacuerdo relacionado a cualquier aspecto técnico referente al Acceso y Uso Compartido de Infraestructura Pasiva el AEP y el CS designarán a uno o más peritos para que rindan su dictamen.

Por otra parte, un periodo de 30 días naturales para el proceso de desacuerdo técnico como se sugiere no resulta suficiente para recabar, analizar y sustanciar el procedimiento, lo que pudiera derivar en que el Instituto resuelva de manera poco óptima. Inclusive, el artículo 129 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión establece al Instituto un plazo de 30 días hábiles para resolver desacuerdos de interconexión, y en su caso de compartición de infraestructura de conformidad con lo que señala el artículo 139 de la ley, una vez que se agotó toda la etapa procesal de presentación y desahogo de pruebas, la cual incluso prevé la posibilidad de presentar periciales por las partes, que contribuyen a que el Instituto cuente con información más precisa por parte de expertos en la materia.

7. Reducción del plazo forzoso de vigencia de los Acuerdos de Sitio

Señala el participante que no se señala dentro de la Oferta de Referencia Vigente⁴ ni en la Propuesta de Oferta de Referencia se establece un plazo forzoso de vigencia de los acuerdos de sitio, sugiere que el plazo sea de 12 meses.

Respuesta de la UPR

Por lo que hace al planteamiento realizado respecto a la supuesta no especificación en el plazo forzoso de vigencia de los acuerdos de sitio, se precisa que en la Oferta de Referencia Vigente y en la Propuesta de Oferta de Referencia se especifica que a través del numeral "*2.11 SERVICIO DE ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA PASIVA*" dentro del "*Anexo Servicios*" el plazo forzoso de vigencia de los acuerdos de sitio será al menos la vigencia del

³ Disponible en la siguiente liga electrónica: <http://www.ift.org.mx/node/17142>

⁴ Disponible en la siguiente liga electrónica: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/politica-regulatoria/ofertadeinfraestructurapasivelesites-actinver.pdf>

Convenio, es decir un año, a menos que la vigencia remanente del Título de Ocupación sea menor . Por otra parte, es importante destacar que en la Propuesta de Oferta de Referencia se menciona que, de considerarlo necesario, las partes podrían acordar un plazo mayor a un año, confirmando de esta forma las garantías de legalidad con que cuentan las partes.

8. Acceso programado sin utilizar formato

Refiere el participante que dentro del “Anexo III Normativa Técnica” de la Propuesta de Oferta de Referencia se refiere que debe de utilizarse un formato para el acceso a programado a los sitios lo cual considera un retroceso por lo que solicita que la solicitud sea a través del SEG y no mediante un formato.

Respuesta de la UPR

Al respecto, la UPR revisará dicho alcance en consideración de lo dispuesto en las Medidas DECIMOSEXTA y SEXAGÉSIMA QUINTA de las Medidas Móviles. Lo anterior a efecto de que la de Oferta de Referencia que eventualmente autorice el Pleno del Instituto contenga mejores condiciones autorizadas en la Oferta de Referencia Vigente de considerarlo procedente.

9. Requerimientos para descuento de 25% sobre tarifas

Refiere el participante que dentro de la sección “1.2 Por el acceso y uso de Espacio Aprobado en Piso” del “Anexo A” de la Propuesta de Oferta de Referencia se añadieron requerimientos adicionales en los literales (a) y (d) a efecto de restringir y limitar las posibilidades de los CS de obtener el descuento de 25% ofrecido por el AEP. Es así que considera que dichos requerimientos adicionales no buscan adaptarse a las necesidades de los CS y por lo tanto, no promueven una mayor demanda de los servicios mayoristas materia de la oferta de referencia.

Respuesta de la UPR

Al respecto, este Instituto considera que los términos en los que se ofrece el descuento solicitado se encuentran autorizado en la Oferta de Referencia Vigente debido a que el participante se posiciona sobre una modificación que el Instituto atendió en el Informe de Consideraciones correspondiente disponible dentro del portal oficial del Instituto⁵, reflejada en la Oferta de Referencia Vigente.

Bajo dicho contexto, se considera que siempre que los descuentos aplicables sean ofrecidos en términos no discriminatorios a todos los concesionarios solicitantes, y que no se aprecien condiciones o criterios que restrinjan o limiten el acceso a los mismos, no se observan condiciones que impidan al AEP ofrecer descuentos respecto a la infraestructura que puede ser solicitada con dicho beneficio.

⁵ Se considera el proceso de Consulta Pública llevado en el año 2019 para aprobar la Oferta de Referencia correspondiente al año 2020 a través de la siguiente dirección electrónica: <http://www.ift.org.mx/industria/consultas-publicas/consulta-publica-sobre-la-propuesta-de-oferta-de-referencia-del-servicio-de-acceso-y-uso-compartido>

10. Cobro prorata respecto al área utilizada

Señala el participante que de la sección "1.2 Por el acceso y uso de Espacio Aprobado en Piso" del "Anexo A" de la Propuesta de Oferta de Referencia, considera que no está ajustado a la demanda que puede tener un CS entrante, toda vez que éste podría demandar menos de los límites inferiores enunciados por el AEP.

En ese sentido, señala que el AEP no propone tarifas proporcionales con el espacio usado, lo que se traduce como un costo impagable para un CS.

Respuesta de la UPR

Al respecto, este Instituto considera que los términos en los que se ofrece el espacio en piso se encuentran autorizados en la Oferta de Referencia Vigente debido a que el participante se posiciona sobre una modificación incorporada en años anteriores, además de que se dichos argumentos fueron atendidos por el Instituto en el Informe de Consideraciones correspondiente disponible dentro del portal oficial del Instituto⁶.

Sin embargo, se reitera que el sector de telecomunicaciones está caracterizado por un constante avance tecnológico y que es posible que el espacio ocupado por la infraestructura sea cada vez menor, por lo que se considera que el cobro debe ser flexible para que así el CS pague únicamente por el espacio efectivamente utilizado y fomente el uso óptimo de los recursos disponibles.

Es así, que el Instituto considera que el cobro por espacio en piso puede ser efectuado por los metros cuadrados efectivamente ocupados, por lo que la Oferta de Referencia Vigente establece que la unidad de medida sea una tarifa por metro cuadrado efectivamente usado, para generar mayor certidumbre a los CS y garantiza que el pago dependerá exclusivamente del espacio que ocupe la infraestructura, con lo cual se generan mayores incentivos a la eficiencia, sin que ello afecte negativamente los costos incurridos por el AEP.

11. Contratación mínima de sitios rurales

Señala el participante que dentro de la sección "1.2 Por el acceso y uso de Espacio Aprobado en Piso" del "Anexo A" de la Propuesta de Oferta de Referencia se señala que se deben de contratar al menos 100 sitios rurales. En este caso, considera que la propuesta debe de suprimirse ya que no es un incentivo para la contratación de sitios, por el contrario, el establecer un número mínimo impide que los CS contraten los sitios correspondientes y se convierte en una barrera a la entrada.

Respuesta de la UPR

⁶ Se considera el proceso de Consulta Pública llevado en el año 2019 para aprobar la Oferta de Referencia correspondiente al año 2020 a través de la siguiente dirección electrónica: <http://www.ift.org.mx/industria/consultas-publicas/consulta-publica-sobre-la-propuesta-de-oferta-de-referencia-del-servicio-de-acceso-y-uso-compartido>

Al respecto, la UPR considera pertinente revisar el alcance de los criterios de dicho esquema de contratación, con el objeto de asegurar que no exista alguna limitación o restricción para que todos los concesionarios tengan acceso a los servicios en igualdad de condiciones, favoreciendo con ello una mayor competencia.