

**OFICINA COMISIONADA
IFT/100/PLENO/OC-ASLI/003/2017**

Ciudad de México, a 16 de enero de 2017.

**LIC. JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO****Presente**

Por este medio envío a usted, para los efectos conducentes, el engrose del voto concurrente que formulé oralmente durante la XIV Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 13 de octubre de 2016, respecto a la "Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite opinión en materia de Competencia Económica, a la solicitud de interesado en participar en el concurso internacional número APP-009000896-E1/2016, cuyo convocante es la Dirección General de Política de Telecomunicaciones y de Radiodifusión de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, radicada bajo el expediente No. UCE/OLC-002-2016". Esta Resolución fue aprobada por el Pleno, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/131016/26. Asimismo, le envío la versión pública de este voto para los efectos conducentes.

Atentamente,**ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA****COMISIONADA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES**

VERSIÓN PÚBLICA

**LOS TEXTOS QUE APARECEN MARCADOS EN NEGRO
(TESTADOS) EN ESTE VOTO CORRESPONDEN A
INFORMACIÓN CONFIDENCIAL (VER REFERENCIAS AL FINAL).**

**VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA LA COMISIONADA ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/EXT/131016/26.**

El 13 de octubre de 2016, en la XIV Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones (en adelante, el “Instituto”), se sometió a discusión y votación como asunto con el numeral III.3 del Orden del Día, el proyecto de “Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite opinión en materia de Competencia Económica, a la solicitud de interesado en participar en el concurso internacional número APP-009000896-E1/2016, cuyo convocante es la Dirección General de Política de Telecomunicaciones y de Radiodifusión de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, radicada bajo el expediente No. UCE/OLC-002-2016”, aprobado mediante Acuerdo P/IFT/EXT/131016/26 por unanimidad (en adelante, el “Acuerdo”).

En particular, el objeto del Acuerdo es evaluar los efectos en materia de competencia económica que se derivarían en caso de que un determinado consorcio participe en el “Concurso Internacional número APP-009000896-E1/2016 para la adjudicación de un proyecto de Asociación Público-Privada conforme a la Ley de Asociaciones Público Privadas, para la instalación y operación de la Red Compartida, contemplando el aprovechamiento de la banda de frecuencias del espectro que incluye los segmentos de 703 a 748 MHz y de 758 a 803 MHz, con un total de 90 MHz a nivel nacional bajo la figura de arrendamiento y de un par de hilos de fibra óptica de la Red Troncal” (en adelante, el “Concurso”).

Como se indicó anteriormente, el Acuerdo fue aprobado por unanimidad. La suscrita, Adriana Sofía Labardini Inzunza, votó a favor de este Acuerdo, pero manifestó la presentación de un voto concurrente por escrito, a fin de sistematizar y engrosar argumentos sobre su oposición a la fundamentación de una parte en específico del Acuerdo.

La exposición del presente voto se divide en cuatro partes: i) consideraciones sobre el Acuerdo y sus conclusiones, ii) concepto de neutralidad a la competencia, iii) problemas identificados en el

Acuerdo relativos a la neutralidad a la competencia, y iv) pertinencia del Acuerdo respecto a la neutralidad a la competencia.

1. CONSIDERACIONES SOBRE EL ACUERDO Y SUS CONCLUSIONES

Como consta en el Acuerdo, el 12 de septiembre de 2016 los representantes de las diversas entidades presentaron al Instituto una solicitud opinión favorable en materia de competencia económica para participar en el Concurso, mismas que en este voto se identifican de manera conjunta como el "Consortio CVG". En el siguiente cuadro se indican a los integrantes fijos y potenciales del Consortio CVG.

Cuadro 1. Integrantes del Consortio CVG, por tipo

Integrante	Tipo ^(b)
North Haven Infrastructure Partners II, L.P. (en adelante, "NHIP I") y North Haven Infrastructure Partners II-AIV II, L.P. (en adelante, "NHIP II")	Integrante Fijo
Isla Guadalupe Investment, Sociedad Limitada Unipersonal (en adelante, "IGI")	Integrante Fijo
Hansam, S.A. de C.V. (en adelante, "Hansam")	Integrante Potencial
Mega Cable S.A. de C. V. (en adelante, "Mega Cable")	Integrante Potencial
Corporación Financiera Internacional (en adelante, "CFI")	Integrante Potencial
China-Mexico Fund, L.P. (en adelante, "CMF")	Integrante Potencial
Axtel, S.A.B. de C.V. (en adelante, "Axtel")	Integrante Potencial
Caisse de Dépôt et Placement du Québec (en adelante, "CDPQ") y Deutsche Bank, S.A., Institución de Banca Múltiple, como fiduciario del Fideicomiso irrevocable número F/1875 de fecha 27 de julio de 2015 (en adelante, "CKD Infraestructura México"). ^(a) La participación de estos dos integrantes se realizará a través de un vehículo de coinversión en el que CDPQ y CKD Infraestructura México fungen como fideicomitentes.	Integrante Potencial
Banco Invex, S.A., institución de banca múltiple, Invex Grupo Financiero como fiduciario del Fideicomiso irrevocable de emisión de certificados bursátiles fiduciarios F/2292 de fecha 24 de julio de 2015 (en adelante, "FFLATAM-15-2").	Integrante Potencial

Fuente: Acuerdo.

Nota: (a) Como se indica en el Acuerdo, el Consortio CVG informó que la asamblea de tenedores de CKD Infraestructura México aprobó sustituir como fiduciario del fideicomiso a Deutsche Bank, S.A., Institución de Banca Múltiple por Banco Invex, S.A., Institución de Banca Múltiple, Invex Grupo Financiero como fiduciario. Como consecuencia de la sustitución fiduciaria el número de fideicomiso pasó de 1875 a 2893.

(b) Los Integrantes Fijos son las personas que integran el Consortio y los Integrantes Potenciales son las que lo podrían integrar.

Ahora bien, el objetivo del Acuerdo es prevenir efectos contrarios a la competencia tanto en el desarrollo del Concurso como en la prestación de los Servicios Mayoristas de Telecomunicaciones¹ en caso de que alguno de los interesados (en este caso, el Consorcio CVG) resultara ganador.

Aunado a lo anterior, en el Acuerdo también se razona que el artículo Décimo Sexto Transitorio del 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 establece que el Estado, a través del Ejecutivo Federal, en coordinación con el Instituto garantizará, entre otras cuestiones, que en la red pública compartida de telecomunicaciones (en adelante, "Red Compartida") "*ningún Prestador de Servicios de Telecomunicaciones tenga influencia en la operación de la red*", de conformidad con los principios contenidos en el artículo 6º, apartado B, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para asegurar lo anterior, el Instituto emitió el "Instructivo para solicitar Opinión en Materia de Competencia Económica ante el Instituto para participar en el Concurso"² (en adelante, el "Instructivo") y los "Elementos de referencia para identificar *ex ante* a los Agentes Económicos impedidos para tener influencia en la Operación de la Red Compartida"³ (en adelante, los "Elementos de Influencia").

Por una parte, el Instructivo tiene por objeto establecer el procedimiento para que los interesados en participar en el Concurso soliciten y remitan los requisitos necesarios para que el Instituto emita la opinión en materia de competencia económica, además de proporcionar los elementos para definir y evaluar al Consorcio CVG y a cada uno de sus integrantes como agentes económicos hasta su definición de Grupo de Interés Económico (en adelante, "GIE"). Por otra parte, los Elementos de Influencia contienen, entre otras cosas, las definiciones de proveedor de servicios

¹ Se definen como: "*Servicio de telecomunicaciones que consiste en el suministro de acceso a elementos individuales, a capacidades de una red o servicios, incluyendo los de interconexión, que son utilizados por concesionarios o comercializadores para proveer servicios de telecomunicaciones a los Usuarios Finales*".

² Publicado por el Instituto el 28 de enero de 2016, y modificado el 30 de marzo de 2016 y el 14 de julio de 2016. Disponible en:

http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/temas-relevantes/pift140716393_0.pdf.

³ Publicados por el Instituto el 28 de enero de 2016, y modificado el 30 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/temas-relevantes/elementos.pdf>.

de Telecomunicaciones (en adelante, "PST"),⁴ Influencia⁵ y Operación de la Red Compartida,⁶ así como los elementos que permiten determinar si una personas -en este caso, un integrante del Consorcio CVG- es un PST y tienen Influencia sobre la Operación de la Red Compartida.

Derivado de lo anterior, en el Acuerdo también se evalúa si la participación en el Consorcio CVG de cada uno de sus integrantes, en su dimensión de GIE, cumple con la condición de que ningún PST tenga Influencia en la Operación de la Red Compartida, en términos de los Elementos de Influencia.

En términos generales, en el Acuerdo se resuelve que es procedente emitir opinión favorable en materia de competencia económica a la participación en el Concurso de NHIP I y NHIP II e IGI como Integrantes Fijos de Consorcio CVG; y de Hansam, CFI, CMF, Mega Cable, Axtel, CDPO, CKD Infraestructura México; y FFLATAM-15-2 como Integrantes Potenciales de Consorcio CVG. Además, en los casos de Mega Cable y Axtel, que fueron identificados como PSTs, se consideró que sus participaciones en el Consorcio CVG, y en su caso en el Desarrollador,⁷ no les permitirá ejercer Influencia en la Operación de la Red Compartida en los términos de los Elementos de Influencia.

Como se argumentará a continuación, se comparte la conclusión anterior, pero se considera que en el Acuerdo se debió analizar, hacer un pronunciamiento y, en su caso, establecer condiciones relacionadas con garantizar la neutralidad a la competencia dada la presencia de fondos y entidades gubernamentales mexicanas.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE NEUTRALIDAD A LA COMPETENCIA

En el artículo 3, fracción XXXVIII de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR) se define neutralidad a la competencia como la "[o]bligación del Estado de no generar

⁴ Se define como: "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".

⁵ Se define como: "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)".

⁶ Se define como: "Incluye la toma de decisiones para asignar los usos de la capacidad, infraestructura y/o servicios de telecomunicaciones y su comercialización".

⁷ Se define como: "La sociedad con propósito específico de nacionalidad mexicana que deberá constituir el concursante ganador del Concurso [...]".

distorsiones al mercado como consecuencia de la propiedad pública". De tal modo que es necesario garantizar que cualquier agente económico concesionarios con participación pública no obtenga ventajas que distorsionen los mercados en los que opera.

Relativo a las obligaciones de los concesionarios con participación pública, en el artículo 141 de la LFTR se estipula:

Artículo 141. Los concesionarios con participación pública deberán sujetarse a principios de neutralidad a la competencia cuando sus fines sean comerciales. En todo caso, deberán llevar cuentas separadas de sus actividades de prestación de servicios de telecomunicaciones o radiodifusión. Las concesiones con carácter de red compartida mayorista estarán sujetas a esta Ley y a la Ley Federal de Competencia Económica.

[Énfasis propio]

En el mismo sentido, en el numeral 18 del modelo de Título de Concesión para Uso Comercial que el Instituto otorgará con carácter de Red Compartida Mayorista de Servicios de Telecomunicaciones al ganador del Concurso (en adelante, el "Título de Concesión Mayorista"), se indica que: *"En tanto cuente con participación pública, el Concesionario estará sujeto a los principios de neutralidad competitiva que emita el Pleno del Instituto con el carácter de disposiciones administrativas de carácter general"*.

Por lo anterior, es claro que la LFTR y el Título de Concesión Mayorista establecen que los concesionarios que cuenten con participación pública están obligados a cumplir con los principios de neutralidad a la competencia.

Para tener un entendimiento de las obligaciones de las autoridades en materia de neutralidad a la competencia, que es el caso que nos ocupa, es importante considerar los desarrollos hechos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en relación al término *competitive neutrality* (neutralidad a la competencia o neutralidad competitiva). La OCDE considera que la neutralidad a la competencia ocurre cuando ninguna entidad que opera en un mercado es sujeta a ventajas o desventajas competitivas indebidas.⁸ Así, si una autoridad nacional desea mantener el terreno de juego parejo y neutralizar cualquier ventaja o desventaja asociadas a la propiedad pública de un agente económico, debe considerar determinantes clave de la neutralidad a la competencia, como lo son la operación de los negocios gubernamentales, la identificación de los costos directos de las funciones efectuadas, la obtención de una tasa de

⁸ OCDE (2012), *Competitive Neutrality. National Practices*. Disponible en:

<http://www.oecd.org/daf/ca/50250966.pdf>.

retorno comercial, la rendición de cuentas sobre obligaciones del servicio público, la neutralidad impositiva, la neutralidad regulatoria, la neutralidad a la deuda y subsidios directos, y la provisión de servicios públicos.⁹

En específico, la neutralidad a la deuda, que como se verá más adelante es el caso que nos ocupa, implica que las iniciativas de negocios en los que el gobierno está involucrado deberían pagar la misma tasa de interés sobre las obligaciones de deuda que la que pagaría una empresa privada en las mismas circunstancias.¹⁰

Como se indicó anteriormente, aunque la suscrita coincide en lo general con las conclusiones del Acuerdo, también consideró que era necesario abordar en éste diversos aspectos que permitieran cumplir la obligación del Instituto, como autoridad competente, de asegurar la neutralidad a la competencia. En términos concretos, como se argumentará a continuación, existe un riesgo de que el agente económico que opere la Red Compartida, en razón de su participación pública, se beneficie de financiamiento subsidiado. En la siguiente sección se argumentará la razón por la que el Acuerdo tiene características muy específicas que llevan a considerar este riesgo.

3. PROBLEMAS IDENTIFICADOS EN EL ACUERDO RELATIVOS A LA NEUTRALIDAD A LA COMPETENCIA

En la XIV Sesión Extraordinaria se emitieron dos opiniones en materia de competencia económica, respecto de solicitudes de dos consorcios interesados en participar en el Concurso.

Como se indica en el Acuerdo, diversos integrantes de uno de estos consorcios, el Consorcio CVG se dedican a financiar empresas del sector privado, para lo cual canalizan fondos provenientes de, entre otros, fondos soberanos e instituciones de desarrollo bilaterales o multilaterales. En particular, CFI, CMF, el vehículo de coinversión de CDPQ y CKD Infraestructura México y FFLATAM-15-2 canalizan fondos de instituciones financieras con participación pública.

En el caso de CFI,¹¹ en el Acuerdo se advierten diversos elementos que permiten concluir que su participación en el Consorcio CVG no compromete el cumplimiento de la neutralidad a la

⁹ *Ídem.* OCDE (2012), *Competitive Neutrality. A Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices*. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/ca/50250955.pdf>.

¹⁰ *Ídem.*

¹¹ CFI es un fondo de inversión internacional que forma parte del Banco Mundial y financia exclusivamente a empresas en el sector privado de países en desarrollo. En el Acuerdo consta que CFI tiene medios para canalizar

competencia. En primer lugar, en un escrito el 5 de septiembre de 2015, remitido al Instituto para una confirmación de criterio, CFI señaló que:

[REDACTED]

Derivado de la información anterior, contenida en el Acuerdo, se puede concluir que la participación de CFI en el Consorcio CVG no implicará una afectación a la neutralidad a la competencia, puesto que indica explícitamente que [REDACTED] que razonablemente hacen pensar que la aplicación de recursos públicos no distorsionen los mercados. Cabe notar que si bien en el Acuerdo no se avocó a analizar este tema concreto, sí tenía elementos que permitían llegar a una conclusión al respecto. Por supuesto, ello no implica que el análisis de Influencia sea análogo al de neutralidad a la competencia, sino que en esta ocasión fue posible usar elementos de uno para llegar a conclusiones sobre el otro.

Por su parte, en los casos de los GIEs de CMF, CDPO, CKD Infraestructura México y FFLATAM-15-2 hay elementos para considerar que el principio de la neutralidad a la competencia no está garantizado. Como se indicó anteriormente, estas entidades canalizan fondos de instituciones financieras de propiedad pública, sin embargo, tanto en el Acuerdo como en el expediente no constan manifestaciones explícitas de que [REDACTED] u otras reglas de gobierno corporativo que descarten problemas relacionados con el incumplimiento de la neutralidad a la competencia, tal y como sí ocurre en el caso de CFI. Así, en ausencia de una gobernanza apropiada, existirían los incentivos y los medios para que las referidas instituciones financieras favorezcan a la Red Compartida con [REDACTED], salvo que no cuenten con participación pública.

Lo anterior se puede ver magnificado considerando los rangos de participación esperada que estos integrantes tendrían en caso de que el Consorcio CVG ganara el Concurso. En el cuadro siguiente se observa que CMF podría llegar a tener una participación en el capital social del

fondos de otros inversionistas y prestamistas de créditos, tales como fondos soberanos, fondos de pensiones e instituciones de desarrollo bilaterales o multilaterales.

Desarrollador [redacted] 5, el vehículo de coinversión de CDPQ y CKD [redacted] 6 y
FFLATAM-15-2 [redacted] 7

Cuadro 2. Selección de integrantes del Consorcio CVG, por rango de participación esperada en el Desarrollador

Integrante	Rango de participación esperada en el Desarrollador
CMF	[redacted] 8
Vehículo de coinversión de CDPQ y CKD Infraestructura México	
FFLATAM-15-2	

Fuente: Acuerdo.

En este sentido, al no analizar, pronunciarse y, en su caso, establecer algún tipo de condición idónea, no se estaría asegurando el cumplimiento del mandato de la LFTR de no distorsionar el mercado en virtud de la propiedad pública.

De este modo, se coincide con las conclusiones del Acuerdo en que los GIEs de CMF, CDPQ, CKD Infraestructura México y FFLATAM-15-2 no constituyen PSTs, por lo que sus participaciones como integrantes del Consorcio CVG no atentan contra la restricción de que ningún PST podrá tener Influencia en la Operación de la Red Compartida. También se coincide en que no se prevé que las participaciones de estos GIEs como Integrantes Potenciales del Consorcio CVG puedan generar efectos adversos a la competencia y la libre concurrencia en el desarrollo del Concurso.

Sin embargo, en resumen, en lo que no hay coincidencia es que, en los términos descritos en el Acuerdo, en caso que el Consorcio CVG resultada ganador del Concurso, no se hagan manifestaciones relativas al principio de la neutralidad a la competencia en las actividades que se relacionarían con la oferta de servicios de telecomunicaciones por parte de la Red Compartida. Lo anterior derivado de la participación de dichos GIEs.¹²

En la siguiente sección se finaliza con una argumentación en el sentido de que el Acuerdo es un instrumento adecuado para que el Instituto analice, se pronuncie y, en su caso, establezca condiciones respecto a la neutralidad a la competencia.

¹² Debe señalarse que en el Acuerdo se menciona a existencia de un vínculo entre los GIEs de CMF y de CFI mediante la sociedad denominada IFC Asset Management Company, LLC, lo anterior no afecta la conclusión de que CFI no representa riesgos a la neutralidad a la competencia, puesto que cuenta con reglas de gobierno corporativo adecuadas.

4. PERTINENCIA DEL ACUERDO RESPECTO A LA NEUTRALIDAD A LA COMPETENCIA

En la XIV Sesión Extraordinaria se afirmó que no es posible que en el Acuerdo se entre al análisis en materia de neutralidad a la competencia, puesto que éste está sustanciado en la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante, la "LFCE") y no en la LFTR. En términos concretos, se indicó que uno de los fundamentos utilizados para el Acuerdo es el artículo 64 de la LFCE, el cual establece que:

Artículo 64. La Comisión considerará como indicios de una concentración ilícita, que la concentración o tentativa de la misma:

- I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o Agente Económico resultante de la concentración, poder sustancial en los términos de esta Ley, o incremente o pueda incrementar dicho poder sustancial, con lo cual se pueda obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y la competencia económica;*
- II. Tenga o pueda tener por objeto o efecto establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado relevante, a mercados relacionados o a insumos esenciales, o desplazar a otros Agentes Económicos, o*
- III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicha concentración el ejercicio de conductas prohibidas por esta Ley, y particularmente, de las prácticas monopólicas.*

En este sentido, se argumentó, si bien el procedimiento materia del Acuerdo no es el de una concentración ilícita, los riesgos que se identifiquen en el mismo deben ser análogos a los que indicios a los que se refiere el artículo 64. Otros riesgos no indicados en este artículo o en otra parte de la LFCE no serían objeto del Acuerdo. Así, dado que la LFCE no hace referencia a la neutralidad a la competencia, el Acuerdo no es un instrumento idóneo para abordar el tema.

La suscrita no coincide con esta apreciación. Esta posición no reconoce que el Instituto puede, en defensa del interés público, utilizar integralmente todas sus facultades como regulador y autoridad de competencia en los sectores de las telecomunicaciones y radiodifusión.

En consecuencia, era no solo posible, sino oportuno incluir en el Acuerdo una provisión en materia de neutralidad a la competencia, principio que los participantes tenían conocimiento, desde la adquisición de las bases, que están obligados a cumplir.

Por todo lo anteriormente expuesto es que anuncié un voto concurrente respecto del Acuerdo.

CIUDAD DE MÉXICO



ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA

REFERENCIAS DE PALABRAS, PÁRRAFOS Y RENGLONES TESTADOS EN LA VERSIÓN PÚBLICA DE ESTE VOTO

Las palabras, números, tablas y referencias que se citan a continuación se testa como información confidencial con fundamento en los artículos 116 y Primero Transitorio de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; 3, fracción IX, 124 y 125 de la Ley Federal de Competencia Económica; así como el lineamiento Trigésimo Sexto, fracción II, de los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal. Esto por contener información que fue entregada con carácter confidencial por los particulares, e información que de divulgarse puede causarse un daño o perjuicio en la posición competitiva de quien la proporcionó.

Referencia 1. Se eliminan 86 palabras.

Referencia 2. Se eliminan 15 palabras.

Referencia 3. Se eliminan 6 palabras.

Referencia 4. Se eliminan 18 palabras.

Referencia 5. Se eliminan 3 palabras y un número.

Referencia 6. Se eliminan 3 palabras y un número.

Referencia 7. Se eliminan 3 palabras y un número.

Referencia 8. Se elimina el contenido parcial de un cuadro.