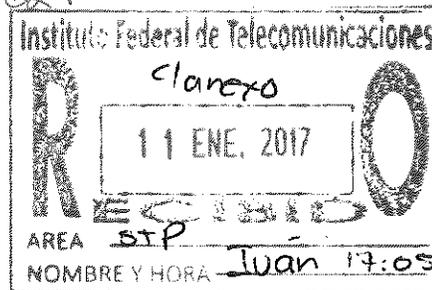


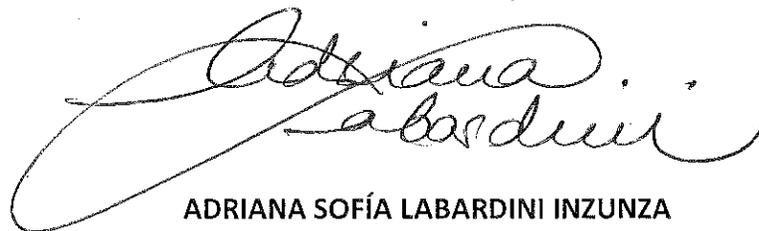
OFICINA COMISIONADA
IFT/100/PLENO/OC-ASLI/001/2017

024 Ciudad de México, a 10 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 XXI Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 1 de diciembre de 2016, respecto a la "RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES PRORROGA A TELÉFONOS DE MÉXICO, S.A.B. DE C.V. LA VIGENCIA DE LA CONCESIÓN PARA CONSTRUIR, INSTALAR, MANTENER, OPERAR Y EXPLOTAR UNA RED PÚBLICA TELEFÓNICA, OTORGADA EN SU FAVOR EL 10 DE AGOSTO DE 1990". Esta Resolución fue aprobada por el Pleno, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/011216/50.

Atentamente,

ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA LA COMISIONADA ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA RESPECTO DE LA RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES PRORROGA A TELÉFONOS DE MÉXICO, S.A.B. DE C.V. LA VIGENCIA DE LA CONCESIÓN PARA CONSTRUIR, INSTALAR, MANTENER, OPERAR Y EXPLOTAR UNA RED PÚBLICA TELEFÓNICA, OTORGADA EN SU FAVOR EL 10 DE AGOSTO DE 1990

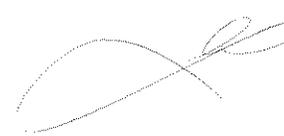
El 1 de diciembre de 2016, en la XXI Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, el Pleno) se aprobó por mayoría de votos *“LA RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES PRORROGA A TELÉFONOS DE MÉXICO, S.A.B. DE C.V. LA VIGENCIA DE LA CONCESIÓN PARA CONSTRUIR, INSTALAR, MANTENER, OPERAR Y EXPLOTAR UNA RED PÚBLICA TELEFÓNICA, OTORGADA EN SU FAVOR EL 10 DE AGOSTO DE 1990”*, la cual fue aprobada mediante Acuerdo P/IFT/EXT/011216/50 (en adelante, la Resolución).

Respecto de dicha Resolución, durante la sesión, formulé oralmente un voto concurrente a favor. Asimismo, en lo particular, manifesté voto en contra del Resolutivo Primero en lo que respecta al período de 30 años de la prórroga; así como del Resolutivo Segundo en lo relativo a la fecha para notificar el título de concesión correspondiente. Lo anterior se basó en las consideraciones y razonamientos vertidos en la propia sesión, mismos que se sustentan, sistematizan y engrosan a través del presente voto particular.

Para efectos prácticos, la exposición del presente voto se divide en tres partes, i) voto concurrente: análisis sobre las consideraciones por las cuales se concluye que las obligaciones de preponderancia no son parte de las obligaciones a verificar de acuerdo al artículo 113 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (en adelante, LFTR), ii) voto en contra del Resolutivo Primero en lo que respecta al periodo de 30 años de la prórroga y iii) voto en contra del Resolutivo Segundo en lo relativo a la fecha para notificar el título de concesión correspondiente.

1. Voto concurrente: análisis sobre las consideraciones por las cuales se concluye que las obligaciones de preponderancia no son parte de las obligaciones a verificar de acuerdo al artículo 113 de la LFTR

En la Resolución se establece que la Unidad de Asuntos Jurídicos, en su opinión en materia jurídica que emitió mediante oficio IFT/227/UAJ/163/2016 respecto de la solicitud de la prórroga, interpreta el art. 113 de la LFTR de la siguiente manera:



“[...] Al respecto, esta Unidad de Asuntos Jurídicos considera que para efectos del trámite de prórroga, de conformidad con el artículo 113 de la LFTR, no se requiere verificar el cumplimiento de las medidas de preponderancia expedidas por el Instituto, atendiendo a lo siguiente:

- *Las medidas impuestas por el Instituto a los AEP fueron dictadas como un acto administrativo de carácter individual, aplicable únicamente a aquellos sujetos que expresamente fueron considerados como parte de dichos agentes, y*

- *El artículo 113 de la LFTR, como norma de carácter general, tiene por objeto establecer los requisitos que debe cumplir cualquier concesionario que solicite prórroga de su concesión, por lo que no es posible concluir que el requisito relativo al cumplimiento de obligaciones establecidas en las ‘demás disposiciones aplicables’ que prevé dicho precepto, incluya la verificación de las medidas impuestas por el Instituto de manera exclusiva a los AEP que, como ya se dijo, constituyen un acto de carácter individual.*

En este contexto, es importante señalar que el cumplimiento de obligaciones a que se refiere el artículo 113 de la LFTR para el caso de prórrogas, es distinto al ‘cumplimiento efectivo’ previsto en el artículo Décimo transitorio del Decreto de Ley, en virtud de lo siguiente:

- *La hipótesis contenida en el artículo Décimo transitorio del Decreto de Ley se actualiza únicamente a solicitud expresa de los interesados, con el único fin de obtener dictamen de ‘cumplimiento efectivo’ indispensable para la autorización de servicios adicionales o para transitar a la concesión única;*

- *El dictamen de ‘cumplimiento efectivo’ comprende únicamente un periodo determinado de 18 meses, y*

- *El ‘cumplimiento efectivo’ previsto en el artículo Décimo transitorio del Decreto de Ley está referido al efecto que tengan las medidas asimétricas en los mercados, tal y como se corrobora con lo expuesto en el Dictamen de la Cámara de*



Origen emitido durante el proceso legislativo de la LFTR, mismo que señala:

'Si el Congreso tiene la atribución constitucional para fijar en las leyes las obligaciones de los concesionarios en materia de competencia económica, adicionales a las que la propia Constitución estableció, es dable que el mismo fije plazos para que la autoridad verifique que un agente económico preponderante haya cumplido los requisitos, términos y condiciones establecidos por la propia Constitución.

Estas Comisiones Unidas consideran que se trata de una determinación razonable que pretende dar efectividad a las medidas establecidas en la Constitución y la Ley a los agentes económicos preponderantes, para que dichas medidas puedan surtir los efectos buscados y generar una mayor competencia ya que, de lo contrario, si los servicios adicionales se autorizaran antes de que las medidas hubieran generado competencia efectiva, ello tendría un efecto de una mayor concentración de servicios en el agente preponderante que le permitiría no solo continuar realizando la prácticas anticompetitivas que hasta ahora han desplazado a sus competidores e impedido su crecimiento, sino entrar en un nicho de servicios que, sin controles efectivos, podrá dar lugar al deterioro intempestivo de la competencia, afectando la viabilidad de las redes alternativas de telecomunicaciones para la distribución de diversos servicios, entre ellos el de banda ancha...' (Énfasis añadido)

En virtud de lo anterior, resulta evidente que los artículos 113 de la LFTR y Décimo transitorio del Decreto de Ley establecen trámites con requisitos y finalidades distintas, por lo que el cumplimiento de obligaciones a que hace referencia cada uno de ellos es también distinto. Dicho en otras palabras, el trámite de prórroga no puede ser usado como un mecanismo para determinar el cumplimiento de las medidas impuestas al AEP, ya que existe disposición expresa para tal fin (Décimo transitorio del Decreto de Ley). [...]''¹

No comparto las consideraciones y argumentos esgrimidos para excluir las obligaciones derivadas de la resolución de preponderancia, del examen de cumplimiento necesario para

¹ Resolución, p.10-12.



que el IFT pueda otorgar la prórroga solicitada. La Resolución considera que las obligaciones de preponderancia no deben incluirse en la revisión de solicitud de prórroga debido a que son disposiciones de carácter individual.

Al efecto, la Resolución realiza un análisis de cuáles deben ser las obligaciones del solicitante a revisar en el caso de una prórroga y en ese sentido concluye que deben ser únicamente aquellas disposiciones de carácter general. De este modo, la Resolución señala que las medidas de preponderancia son obligaciones que no deben verificarse para efectos de esta prórroga, pues surgieron a partir de un acto administrativo únicamente aplicable al Agente Económico Preponderante en el sector telecomunicaciones (AEP), es decir, de carácter individual.

Asimismo, la Resolución interpreta el artículo 113 de la LFTR como una norma que establece criterios generales en materia de prórroga para todos los concesionarios, por lo que no es posible determinar que en su porción normativa "*demás disposiciones aplicables*" se haga alusión a obligaciones que corresponden solamente al AEP.

Considero que este argumento respecto al carácter general o individual de las obligaciones es incorrecto para justificar el que éstas últimas no deben ser revisadas para efectos de la prórroga. Sin duda que las medidas de preponderancia son obligaciones que dependen exclusivamente del cumplimiento del AEP y ello las convierte en disposiciones de carácter individual. No obstante, el artículo 113 de la LFTR abarca la revisión de cumplimiento tanto de disposiciones de carácter general como individual. Al efecto, este artículo establece lo siguiente:

"Artículo 113. La concesión única podrá prorrogarse por el Instituto, siempre y cuando el concesionario lo hubiere solicitado dentro del año previo al inicio de la última quinta parte del plazo de vigencia de la concesión, se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley y demás disposiciones aplicables, así como en su título de concesión y acepte, previamente, las nuevas condiciones que, en su caso, se establezcan. El Instituto resolverá lo conducente dentro de los ciento ochenta días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud."

Como puede observarse, por una parte, el artículo 113 se refiere a "disposiciones aplicables" sin especificar si son de carácter general o particular, por lo que en este caso debe imperar el principio "*lege non distinguente nec nostrum distinguere*". Por otra parte, el mismo artículo 113 contempla el cumplimiento de obligaciones contenidas en el título de concesión, los cuales son disposiciones administrativas de carácter individual impuestas al titular de una concesión.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and flourishes, is located in the bottom right corner of the page.

Al respecto, este principio o aforismo jurídico resulta aplicable en nuestro marco jurídico, sirva de ejemplo la siguiente jurisprudencia:

“PRUEBAS EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. SON ADMISIBLES, DE ACUERDO A LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 75 DE LA LEY DE AMPARO, AUN CUANDO EL ACTO RECLAMADO CONSISTA EN LA RESOLUCIÓN QUE DECRETE UNA MEDIDA CAUTELAR. Conforme al artículo 75 de la Ley de Amparo, en las sentencias dictadas en los juicios de amparo, el acto reclamado debe apreciarse, tal como aparezca probado ante la autoridad responsable y, en consecuencia, no pueden tomarse en consideración pruebas que no se hubiesen rendido ante dicha autoridad, hecha excepción del amparo indirecto cuando se trate de pruebas que el quejoso no hubiere tenido oportunidad de rendir ante la autoridad responsable. Ahora, la circunstancia de que no se otorgue previa audiencia al solicitante del amparo, como sería en los casos en que se reclame la resolución que decrete una medida provisional (la custodia de menores, la fijación de alimentos, o la separación de personas), no resulta razón suficiente para inaplicar la excepción contenida en el numeral en comento, ya que la ley de la materia no hace distinción alguno al respecto, por lo que debe aplicarse en cualquier caso en que se surta el supuesto jurídico ahí comprendido, en exacta aplicación del aforismo jurídico que señala: "donde la ley no distinga no es lícito al intérprete distinguir"; además, considerar lo contrario, implicaría interpretar de manera restrictiva el numeral relativo en perjuicio del quejoso, lo cual no resulta acorde con el principio de progresividad que rige a partir de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

Época: Décima Época, Registro: 2011405, Instancia: Plenos de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, Materia(s): Común, Tesis: PC.III.C. J/14 K (10a.), Página: 1795.”

Independientemente del carácter individual o general de las obligaciones asimétricas de preponderancia, considero que su cumplimiento atiende a cuestiones y finalidades distintas que las obligaciones que se imponen a un concesionario de un servicio público de telecomunicaciones (y que no versan sobre la prórroga de una concesión): las primeras parten de una regulación económica y asimétrica con el objetivo de eliminar barreras en el

mercado y mejorar las condiciones de competencia para todos los agentes económicos respecto del AEP.

Por ello, no es procedente una análisis de cumplimiento para la presente prórroga, máxime si consideramos diversos precedentes en los que el Pleno ha prorrogado concesiones de concesionarios pertenecientes al AEP, como lo son las prórrogas de Telcel en bandas PCS o el mismo Telmex en el caso de las prórrogas de Foncos, en las cuales no se ha revisado el cumplimiento de las medidas de preponderancia. En contraste, en dichos precedentes en ningún momento se estableció que no era procedente la revisión de estas medidas por las razones que esta Resolución menciona (es decir, por ser de carácter individual).

Por lo anterior, me aparto de la interpretación que hace la Resolución en el sentido que la razón para no incluir la revisión de las medidas de preponderancia dentro de esta prórroga sea el que el artículo 113 sólo contempla revisión de medidas de carácter general –y no particular–.

2. Voto en contra del Resolutivo Primero en lo que respecta al periodo de 30 años de la prórroga

En la sesión en comento, además de lo anterior, manifesté mi voto en contra del Resolutivo Primero de la Resolución exclusivamente en lo que respecta al periodo de 30 años de la prórroga. El mismo establece lo siguiente:

***PRIMERO.** Se prorroga la vigencia de la Concesión referida en el Antecedente II de la presente Resolución, por un periodo de 30 (treinta) años contados a partir del 11 de marzo de 2026, sujeta a la aceptación de las condiciones que se establecen en el Resolutivo siguiente.*

De acuerdo con los artículos 72 y 113 de la LFTR las concesiones únicas duran un máximo 30 años y pueden ser prorrogadas hasta por plazos iguales.

En este punto, me parece importante mencionar que, si bien es cierto que esta prórroga la estamos analizando bajo el artículo 113, que nos permite prorrogar concesiones (sean únicas o de red pública de telefonía y de telecomunicaciones) hasta por un plazo máximo de 30 años, es importante percatarnos que este es un plazo máximo, mismo que si se funda y motiva de manera clara y suficiente de acuerdo con el artículo 16 constitucional, se puede optar en otorgar, más no es el único plazo posible a considerar.

En particular, en el presente caso, se aprecia que la Resolución no funda y motiva las razones de por las cuales se otorga la prórroga por el plazo máximo. Desde mi punto de

vista y como lo propuse en la sesión de pleno, se podría otorgar la prórroga por un plazo de 15 años mismo que es el establecido en la condición 8-2 del título de concesión de marras.

En primer lugar, hay que destacar que el solicitante no pidió de manera expresa que se le otorgara la prórroga de concesión por 30 años sino por quince. En segundo lugar, la condición 8-2 del título de concesión de Telmex establece que la primera prórroga a su concesión se dará por 15 años y, posteriormente, hasta por el máximo que permita la ley.

Además si como se expresa en el proyecto hay una serie de cuestiones inciertas en el presente caso, pues por ello habría, con la misma prudencia con que se pospuso la expedición del respectivo título de concesión, otorgar la prórroga solamente por el plazo conservador que prevé el propio título, es decir, 15 años.

3. Voto en contra del Resolutivo Segundo en lo relativo a la fecha para notificar el título de concesión correspondiente.

Por último, en la sesión de pleno manifesté voto en contra del Resolutivo Segundo exclusivamente en lo relativo a la fecha para notificar el título de concesión correspondiente. Al efecto, el Resolutivo Segundo de la Resolución señala lo siguiente:

SEGUNDO.- Para efectos de lo señalado en el Resolutivo anterior, Teléfonos de México, S.A.B. de C.V. deberá manifestar por escrito ante el Instituto Federal de Telecomunicaciones, dentro de los 15 (quince) días hábiles posteriores a que surta efectos la notificación de la presente Resolución, la aceptación de las siguientes condiciones:

- 1) Que el Instituto le notificará el proyecto de título de concesión habilitante para la prestación de los servicios respectivos dentro del primer trimestre calendario del año 2023, de conformidad con la normatividad vigente en ese momento, y
- 2) Que en un plazo de 30 (treinta) días hábiles contados a partir de la notificación del proyecto de título de concesión señalado en el inciso 1) anterior, Teléfonos de México, S.A.B. de C.V. deberá manifestar por escrito al Instituto Federal de Telecomunicaciones, su conformidad con las condiciones que al efecto se establezcan en el citado proyecto de título de concesión.

En caso de que no se reciba por parte de Teléfonos de México, S.A.B. de C.V. la aceptación expresa e indubitable de las condiciones referidas en los incisos 1) y 2) anteriores, dentro del plazo previsto en el primer párrafo del presente Resolutivo, así como la manifestación a que se refiere el inciso 2) del presente Resolutivo dentro del plazo señalado en el mismo, quedará sin efectos la prórroga materia de la presente Resolución.

Al respecto, no concuerdo en que la fecha para notificar el título de concesión sea el 2023, sino que debería ser dentro del primer trimestre de 2019. Esto por las siguientes razones.

Primeramente, los artículos 72 y 113 de la LFTR establecen lo siguiente:

“Artículo 72. La concesión única se otorgará por el Instituto por un plazo de hasta treinta años y podrá ser prorrogada hasta por plazos iguales, conforme lo dispuesto en el Capítulo VI de este Título.

“Artículo 113. La concesión única podrá prorrogarse por el Instituto, siempre y cuando el concesionario lo hubiere solicitado dentro del año previo al inicio de la última quinta parte del plazo de vigencia de la concesión, se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley y demás disposiciones aplicables, así como en su título de concesión y acepte, previamente, las nuevas condiciones que, en su caso, se establezcan. El Instituto resolverá lo conducente dentro de los ciento ochenta días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

En caso de que el Instituto no resuelva en el plazo señalado en el párrafo anterior, se entenderá prorrogada la concesión única.”

Conforme a estos artículos: i) el plazo máximo de vigencia de una concesión única es de 30 años, ii) la prórroga debe solicitarse dentro del año previo al inicio de la última quinta parte del plazo de vigencia de la concesión y iii) el Instituto resolverá lo conducente dentro de los 180 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de prórroga.

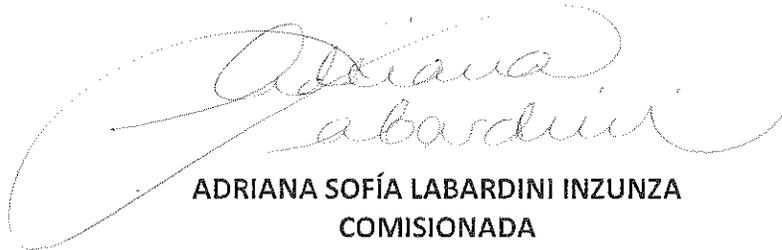
De este modo, si tomamos en cuenta la prórroga de una concesión única otorgada con un plazo máximo de 30 años, el concesionario tendría que solicitar la prórroga de su vigencia dentro del plazo de 7 a 6 años antes de que venza la concesión, específicamente hasta un día hábil antes de que inicie el año 6. Si a esto le sumamos el plazo que tiene el IFT para resolver la prórroga (de 180 días hábiles), la concesión se estaría otorgando de 6 a 5 años antes de que venza el título de concesión. Máxime si contemplamos que el artículo 113 establece una positiva ficta en caso de ausencia de respuesta en este plazo todo ello para no dejar en incertidumbre al concesionario respecto del futuro de sus inversiones y su negocio en operación.

Si bien hasta el momento este Instituto no ha prorrogado concesiones únicas sino solamente concesiones de red, es procedente aplicar este mismo razonamiento para el presente caso. Al respecto, considero que en concordancia con los artículos 72 y 113 de la LFTR debería otorgarse el título de concesión única al solicitante a más tardar 5 años antes de que venza el título hoy vigente. Es decir, en el año 2019, tomando en cuenta que la

concesión vence en el año 2026. Sin embargo, la Resolución establece que debe otorgarse 3 años antes de que venza, es decir, en el 2023.

Por último es necesario señalar que en el 2019 se habrán cumplido otros 2 años de medidas de preponderancia revisadas, además se estaría dentro del plazo de 5 años que señala el artículo Décimo Transitorio de la LFTR, relativo a la posibilidad para Telmex de prestar servicios adicionales o transitar a la concesión única.

De este modo, considero que la fecha para emitir el título no debiese exceder del primer trimestre de 2019.

A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'Adriana Labardini Inzunza', is written over a large, faint circular watermark or stamp.

ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA