

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES
OFICINA DEL COMISIONADO ADOLFO CUEVAS TEJA
IFT/100/PLENO/OC-ACT/0011/2017

26 de febrero de 2017

JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO
PRESENTE.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 45, tercer párrafo de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, me permito comunicarle por medio del presente escrito los votos razonados siguientes: Mi VOTO FAVORABLE respecto del asunto III.1, y mi VOTO A FAVOR EN LO GENERAL respecto de los asuntos III.2. y III.3., pero EN CONTRA de ciertos apartados de cada uno de estos dos asuntos, de conformidad con los razonamientos que más adelante expongo, asuntos correspondientes al Orden del Día de la IV Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, que se celebrará el día 27 de febrero del año en curso, al tenor y de conformidad con los rubros siguientes:

III.1.- Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprueba las Actas de las I, II, III y IV Sesiones Ordinarias, celebradas el 16, 23, 25 de enero y 8 de febrero de 2017; así como las II y III Sesiones Extraordinarias, celebradas el 31 de enero y 1 de febrero de 2017, respectivamente.

Voto a favor del Acuerdo precisado en el numeral III.1., en virtud de que coincido con el contenido de cada una de las Actas Ordinarias y Extraordinarias ahí precisadas.

III.2.- Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones suprime, modifica y adiciona las medidas impuestas al Agente Económico Preponderante en el Sector de Telecomunicaciones mediante Resolución de fecha 6 de marzo de 2014, aprobada mediante Acuerdo P/IFT/EXT/060314/76.

Voto a favor en lo general de la Resolución precisada en el numeral III.2., pero voto en contra respecto de las medidas que a continuación señalo, por las razones que aquí mismo expongo:

- ***Voto en contra de las Medidas Sexagésima Quinta del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima del Anexo 3, toda vez que estimo que en la Resolución no se ha podido determinar inequívocamente que la separación funcional sea la medida proporcional y conducente para conseguir el objetivo original que las medidas buscaban, esto es, evitar la discriminación en la prestación de los servicios mayoristas por parte del AEP con el objetivo de eliminar barreras a la entrada a los competidores del sector de telecomunicaciones.***

Lo anterior debido a que, aún y cuando la presente Resolución¹ establece que la necesidad de una separación funcional radica en lograr un nivel de efectividad en la prestación de servicios mayoristas como los de desagregación de la red local y compartición de infraestructura, eliminando barreras a la entrada, en mi opinión, en tratándose de preponderancia, no ha existido una verificación oportuna ni adecuada por parte del Instituto que permita comprobar con datos concretos que dicho agente realizó conductas discriminatorias en la prestación de servicios mayoristas y, por tanto, que tal situación conlleva un nuevo problema que no puede ser resuelto con las medidas impuestas en 2014, y por ende, que permita motivar la necesidad de establecer una medida de separación funcional para corregir esta problemática.

Por la misma razón, aún y cuando la Resolución² establece que el proceso de evaluación bienal no tiene como finalidad acreditar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al AEP, en mi opinión y atendiendo a la información que obra en el presente expediente, el Instituto no puede imponer medidas adicionales con base en una mera suposición o asumiendo que existe una conducta discriminatoria en la prestación de los servicios de desagregación de la red local y de compartición de infraestructura pasiva, sino que esto debe estar debidamente acreditado, en un expediente administrativo con datos reales y concretos que permitan ex post facto, identificar el origen del problema y, correlativamente, imponer ex post la medida regulatoria pertinente.

De ahí que, en mi opinión, y sin prejuzgar sobre el cumplimiento o no de las medidas de preponderancia impuestas al AEP en el sector telecomunicaciones, la falta de una adecuada verificación por parte del Instituto, corroborada con el simple hecho de que este Pleno no ha tenido ni tiene conocimiento de algún procedimiento de imposición de

¹ Páginas 1382-1387 del proyecto de Resolución que acompaña la convocatoria al Pleno.

² Página 1414 del proyecto de Resolución que acompaña la convocatoria al Pleno.

sanción por incumplimiento de medidas de preponderancia por parte del AEP, es que en este caso no se tienen elementos objetivos tendientes a demostrar un problema que amerite la imposición de una medida de separación funcional.

Por otro lado, la Resolución³ establece que dicha medida es necesaria alegando que no se ha dado el grado de penetración deseado en el sector debido a que el AEP todavía no ofrece los servicios de desagregación de la red local y de compartición de infraestructura pasiva.

Al respecto, considero que en la presente Resolución no existe información suficiente que permita conocer las causas, motivos o razones por las que las medidas originales no han logrado su objetivo y por tanto, que sea necesario imponer la separación funcional, a guisa de ejemplo, no se ha evaluado el impacto que la falta de implementación del Sistema Electrónico de Gestión (SEG) tuvo en la prestación de los servicios de desagregación de la red por parte del AEP o la razón por la que no se han celebrado más que dos convenios para la prestación de dichos servicios.⁴

En ese sentido, estimo que si lo que se pretende lograr con las medidas adicionales de separación funcional, es disminuir el margen de actuación del AEP para evitar conductas discriminatorias en la provisión de servicios mayoristas, en mi opinión, existen mecanismos alternativos como la equivalencia de insumos y la replicabilidad técnica y económica que ya se encuentran contemplados en la presente Resolución y que, en conjunto con otras medidas como el SEG, deben ser implementados, supervisados y verificados, de forma previa a la imposición de una medida como la separación funcional.

De igual forma, considero importante destacar que la separación funcional es de suyo un proceso complejo en términos legales, operacionales, económicos y laborales, por lo que es de la mayor relevancia contar con un análisis profundo e información suficiente a fin de determinar si las fallas de mercado que ahora se pretenden solucionar a través de la separación, realmente serán resueltas con esta medida, considerando particularmente el largo plazo requerido para su implementación.

³ Páginas 1373 a 1387 del proyecto de la Resolución que se acompaña la convocatoria del Pleno.

⁴ A lo que se hace mención en la página 1164 del proyecto de la Resolución que se acompaña la convocatoria del Pleno.

Más aún, cuando la misma Resolución⁵ establece que la equivalencia de insumos busca el mismo objetivo que la separación funcional, que como ya fue mencionado, consiste en evitar o prevenir, tanto la discriminación en precios, como la discriminación en otros aspectos por parte del AEP hacia sus competidores.

Ahora bien, la Resolución establece que la separación funcional resulta más adecuada porque la experiencia internacional ha demostrado que, aún y cuando esta puede desincentivar la inversión, los beneficios pueden ser mayores.⁶

Al respecto, considero que, en el caso concreto, e independientemente a lo señalado en párrafos precedentes, en este caso y por la falta de información, no ha existido una correcta evaluación en relación a los impactos que una separación funcional pueda llegar a tener en la inversión en nuestro país, por lo que no resulta suficiente tomar en cuenta la experiencia de otros países en este tipo de regulación.

Del mismo modo, estimo inadecuado invocar las declaraciones de poder sustancial del AEP en cuatro mercados relevantes emitidas por la extinta Comisión Federal de Competencia con el propósito de evaluar en la presente Resolución que las medidas previamente impuestas no han funcionado y que por lo tanto, se debe de recurrir a la separación funcional sin buscar otras alternativas.⁷

Por todo ello, mi voto es en contra de las Medidas Sexagésima Quinta del Anexo 2 y Cuadragésima Séptima del Anexo 3 de la Resolución que nos ocupa.

Así mismo, voto en contra de la fundamentación que se invoca para adicionar las medidas por las que se impone la separación funcional, porque en mi opinión, no existe congruencia entre la fundamentación que se utiliza para la imposición del resto de las medidas adicionales y la fundamentación que se utiliza para imponer la separación funcional.

En efecto, a lo largo de la Resolución se establece que las medidas adicionales se fundamentan exclusivamente en la revisión bienal y no en la LFTR, mientras que las

⁵ Página 699 del proyecto de la Resolución que acompaña a la convocatoria del Pleno

⁶ Página 706 del proyecto de la Resolución que acompaña a la convocatoria del Pleno.

⁷ Página 711 del proyecto de la Resolución que acompaña a la convocatoria del Pleno.

medidas por las que se impone la separación funcional se fundamentan también en la LFTR, particularmente en lo dispuesto en su artículo 262.⁸

En la especie, se estima que el mecanismo que permitiría a este Instituto dictar y aplicar medidas adicionales al AEP es el que se encuentra previsto en el artículo 276, primer párrafo de la LFTR, el cual establece que para la imposición de medidas adicionales es necesario que “se ocasionen afectaciones adicionales a la competencia y libre concurrencia aún después de que el Instituto le hubiere impuesto las medidas señaladas en las fracciones III y IV del artículo Octavo Transitorio del Decreto”, las cuales “deberán estar directamente relacionadas con la afectación de que se trate.”

Conforme a ello, se estima que para que este Instituto estuviera en condiciones jurídicas de imponer medidas adicionales al AEP, primeramente se deberían acreditar que se hubieren ocasionado afectaciones adicionales a la competencia y libre concurrencia aún después de que fueron impuestas las actuales medidas en marzo de 2014, y que tales medidas se encuentren directamente relacionadas con la afectación de que se trate.

- *Voto en contra de la medida Novena Transitoria del Anexo 3 de la Resolución relativa a dejar sin efectos el periodo de exención de la obligación del AEP de prestar servicios de desagregación de fibra óptica en el bucle local para el caso de nuevos proyectos de despliegue de fibra óptica en el bucle local que sean notificados al Instituto antes de su implementación, toda vez que estimo que no debe proceder una separación funcional, y que por ende, en mi opinión, la eliminación de la exención podría desincentivar la inversión para el despliegue de nueva infraestructura en la red del AEP.*

Al respecto, considero que antes de asumir la eliminación de la exención como algo ineludible, sería útil analizar escenarios intermedios entre la actual “vacación regulatoria” y el establecimiento de una fecha fatal.

Un ejemplo de lo anterior sería la eliminación del mecanismo de “vacación regulatoria” con una regulación tarifaria que permitiera una recuperación razonable de costos al AEP, al tiempo que diera oportunidad a que cualquier concesionario pudiera acceder a la nueva infraestructura pagando costos de recuperación.

- *Voto a favor en lo general de las medidas Sexagésima Cuarta del Anexo 1, Sexagésima Séptima del Anexo 2 y Cuadragésima Novena del Anexo 3 en relación con la*

⁸ Páginas 1369, 1490 y 715 del proyecto de la Resolución que acompaña a la convocatoria del Pleno.

metodología para validar la replicabilidad económica, pero en contra de no contemplar el otorgamiento de audiencia previa al AEP para que manifieste lo que a su derecho convenga, antes de su publicación.

- *Voto en contra de la medida Segunda Transitoria del Anexo 2 y del Anexo 3, únicamente por lo que hace a lo relacionado con una propuesta integral que deberá presentar el AEP a efecto de detallar los planteamientos contenidos en su escrito presentado al Instituto el 14 de febrero de 2017.*

Lo anterior, toda vez que todo lo relativo a la presentación de dicha propuesta integral por parte del AEP para detallar los planteamientos contenidos en su escrito presentado al Instituto el 14 de febrero de 2017, no forma parte del procedimiento que nos ocupa, el cual se circunscribe exclusivamente a la revisión bienal de medidas en materia de preponderancia misma que puede tener como resultado suprimirlas, modificarlas o en su caso, establecer nuevas medidas –debidamente motivadas y fundadas-, por lo que escapa de su alcance y objeto la revisión y evaluación de la propuesta integral en los términos que se pretende.

Por tanto y en mi opinión, en la Resolución que nos ocupa, el Instituto únicamente debe hacer mención respecto de aquello que sea materia de la revisión bienal de medidas, y tramitar por cuerda separada, en su caso, lo relativo a la presentación por parte del AEP de una propuesta integral, aún y cuando el particular así lo haya solicitado, por no ser materia de la presente revisión de medidas.

III.3.- Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones suprime, modifica y adiciona las medidas impuestas al Agente Económico Preponderante en el Sector de Radiodifusión mediante Resolución de fecha 6 de marzo de 2014, aprobada mediante Acuerdo P/IFT/EXT/060314/77.

Voto a favor en lo general de la Resolución precisada en el numeral III.3., en virtud de que coincido en lo general con los antecedentes, considerandos y resolutivos en ella contenidos. Sin embargo, voto en contra en lo particular del Anexo 1, medidas Segunda, numerales 8), 9.2) y 11); Tercera; Cuarta; Décima Cuarta; Décima Sexta y Trigésima Primera, así como la parte considerativa de la Resolución, únicamente en cuanto a las partes que hacen referencia al Servicio de Emisión de Señal.

Lo anterior, en virtud de que como está definido el objeto del Servicio de Emisión de Señal, al utilizar conceptos como el de “interconexión”, se desconoce en mi concepto la naturaleza

técnica y jurídica del servicio público de radiodifusión, al confundirla con aquella que es propia de industrias en red como lo es la de redes públicas de telecomunicaciones. Máxime que dicho concepto de “interconexión” se encuentra definido en la propia Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión en su artículo 3, fracción XXX en relación únicamente con concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, lo que se confirma también con lo que dispone el diverso 124 del mismo ordenamiento legal.

Adicionalmente, estimo que no se actualizan los extremos previstos en el último párrafo del artículo 266 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, toda vez que, en mi opinión, no se acreditan los supuestos legales necesarios para la imposición de una medida específica adicional, los cuales consisten en: a) la posible afectación a la competencia económica que se pretende corregir, y b) la razonabilidad de la medida de mérito.

Ello es así, en virtud de que no comparto lo que se señala en el Considerando Sexto de la Resolución, en cuanto a que el Servicio de Emisión de Señal es una alternativa para (i) reducir las barreras a la entrada asociadas con los altos costos de inversión que implica el despliegue de infraestructura, (ii) mitigar la falta de capacidad del AEP para compartir infraestructura pasiva, (iii) así como para incentivar al AEP a hacer más eficiente la utilización de su infraestructura pasiva.

Toda vez que estimo que, en caso de existir las afectaciones recién apuntadas, éstas no sería producto de la conducta desplegada por el AEP, sino el resultado del particular régimen jurídico, regulatorio y técnico aplicable al sector de la radiodifusión y, especialmente, a las estaciones de televisión, las cuales deben cumplir con los requisitos de instalación y operación específicamente previstos en el artículo 155 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y, hoy por hoy, también con lo que establece la Disposición Técnica IFT-013-2016 “Especificaciones y requerimientos mínimos para la instalación y operación de estaciones de televisión, equipos auxiliares y equipos complementarios”, publicada en el DOF el 30 de diciembre de 2016, misma que, dicho sea de paso, sólo es referida en una sola ocasión en el cuerpo de la Resolución que nos ocupa.

En efecto, en dicha Disposición Técnica, este Instituto plasmó los parámetros técnicos que deben observar los concesionarios de estaciones de televisión, y dentro de los cuales se encuentran aquéllos relacionados con la instalación y operación de la infraestructura (pasiva y activa), tales como, las bandas de radiodifusión, normas de emisión, ancho de banda necesaria, tipo de modulación, la clasificación de las estaciones de televisión y sus equipos complementarios (alta y baja potencia), tolerancia en potencia y las especificaciones técnicas

de los equipos transmisores de estaciones de televisión, equipos auxiliares y equipos complementarios, antenas, etcétera.

Cabe aclarar, que de conformidad con el señalado artículo 155 de la Ley, toda modificación de características técnicas de estaciones de radiodifusión o de sus equipos complementarios, debe ser sometida a la autorización del Instituto y que, conforme a la Disposición Técnica en comento, varias de esas características técnicas requieren previa aprobación de este Instituto quien, a su vez, cuenta con facultades para llevar a cabo su verificación.

Conforme a todo ello, no me cabe la menor duda de que el servicio público de radiodifusión que se presta a través de estaciones de televisión, se encuentra especialmente regulado en la instalación y operación de su infraestructura por las normas jurídicas invocadas; consecuentemente, de existir afectaciones a la competencia, éstas tendrían un origen normativo y no serían el resultado de la conducta de algún agente económico en lo particular, como lo es el AEP en el sector, de modo que imponer regulación específica adicional a éste para solucionar problemáticas derivadas de normas de carácter general, constituye a mi entender, un contrasentido.

Lo anterior se robustece, al tomar en cuenta que el artículo 276 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión prevé que si “...como resultado de su calidad de agentes económicos preponderantes se ocasionen afectaciones adicionales a la competencia y libre concurrencia aún después de que el Instituto le hubiere impuesto las medidas señaladas en las fracciones III y IV del artículo Octavo Transitorio del Decreto... el Instituto podrá imponer medidas adicionales, las cuales deberán estar directamente relacionadas con la afectación de que se trate” lo que, en mi opinión, no se logra acreditar en la especie.

Lo anterior, a efecto de que reciba mi votación para cada uno de los asuntos mencionados y, por conducto de la Secretaría Técnica del Pleno a su digno cargo, se sirva dar cuenta de mis votos en la Sesión correspondiente.

Cada uno de estos votos lo emito en la inteligencia de que el Pleno del Instituto apruebe este Orden del Día, y que cada uno de estos asuntos efectivamente sea discutido en sus términos durante la IV Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto del 27 de febrero de 2017.

**ATENTAMENTE
ADOLFO CUEVAS TEJA
COMISIONADO**

El presente voto razonado fue remitido a la Secretaría Técnica del Pleno vía correo electrónico el día 26 de febrero de 2017 a las 4:26 p.m., en cumplimiento a los artículos 45, tercer párrafo de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; y 8, segundo párrafo del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones.