

IFT/100/PLENO/OC-MEEF/003/2017

CIUDAD DE MÉXICO A 31 DE ENERO DE 2017

LIC. JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO DEL
INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

Con fecha 13 de enero de 2017 el pleno del Instituto aprobó el "Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve no otorgar constancia de participación al interesado identificado con número de Folio P0-115031, dentro de la Licitación Pública para concesionar el uso, aprovechamiento y explotación comercial de 191 frecuencias en el segmento de 88 a 106 MHz de la banda de Frecuencia Modulada y de 66 frecuencias en el segmento de 535 a 1605 kHz de la banda de Amplitud Modulada, para la prestación del servicio público de radiodifusión sonora (Licitación No. IFT-4)" (Acuerdo P/IFT/EXT/130117/103) mismo que fue aprobado por mayoría de votos de los integrantes del máximo órgano de gobierno del Instituto.

En virtud de lo anterior, me permito enviarle voto particular sobre el acuerdo antes referido para los efectos legales conducentes y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 23 fracción I, 45, 49 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, 18 de la Ley Federal de Competencia Económica y 10 segundo párrafo del Estatuto Orgánico del Instituto.

Sin otro particular por el momento, le envío un cordial saludo.

ATENTAMENTE,



DRA. MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES.
COMISIONADA



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/EXT/130117/103, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE NO OTORGAR CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN AL INTERESADO IDENTIFICADO CON NÚMERO DE FOLIO P0-115031, DENTRO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONCESIONAR EL USO, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE 191 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 88 A 106 MHZ DE LA BANDA DE FRECUENCIA MODULADA Y DE 66 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 535 A 1605 KHZ DE LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA (LICITACIÓN NO. IFT-4).

MARIA ELENA ESTAVILLO FLORES, en mi carácter de comisionada del Instituto Federal de Telecomunicaciones, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 23 fracción I, 45, 49 segundo párrafo de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, 10 segundo párrafo del Estatuto Orgánico del Instituto, formulo el presente voto particular en los siguientes términos:

Con fecha 13 de enero de 2017 el pleno del Instituto aprobó el "Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve no otorgar constancia de participación al interesado identificado con número de Folio P0-115031, dentro de la Licitación Pública para concesionar el uso, aprovechamiento y explotación comercial de 191 frecuencias en el segmento de 88 a 106 MHz de la banda de Frecuencia Modulada y de 66 frecuencias en el segmento de 535 a 1605 kHz de la banda de Amplitud Modulada, para la prestación del servicio público de radiodifusión sonora (Licitación No. IFT-4)" (Acuerdo P/IFT/EXT/130117/103).

Como antecedentes, el 14 de junio de 2016 se emitió el "Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto aprueba y emite la Convocatoria y las Bases de Licitación Pública para concesionar el uso, aprovechamiento y explotación comercial de 191 frecuencias en el segmento de 88 a 106 MHz de la banda de frecuencia modulada y de 66 frecuencias en el segmento de 535 a 1605 kHz de la banda de amplitud modulada, para la prestación del servicio público de radiodifusión sonora (Licitación No. IFT-4, acuerdo P/IFT/140616/303)"; asimismo, el 20 de junio de 2016 se publicaron en el portal de internet del Instituto las "Bases de Licitación Pública para concesionar el uso, aprovechamiento y explotación comercial de 191 frecuencias en el segmento de 88 a 106 MHz de la banda de frecuencia modulada y de 66



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/EXT/130117/103, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE NO OTORGAR CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN AL INTERESADO IDENTIFICADO CON NÚMERO DE FOLIO P0-115031, DENTRO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONCESIONAR EL USO, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE 191 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 88 A 106 MHZ DE LA BANDA DE FRECUENCIA MODULADA Y DE 66 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 535 A 1605 KHZ DE LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA (LICITACIÓN NO. IFT-4).

frecuencias en el segmento de 535 a 1605 kHz de la banda de amplitud modulada, para la prestación del servicio público de radiodifusión sonora (Bases)".

Por su parte, el numeral 4 de las Bases, denominado "Calendario de Actividades de la Licitación", establece que, dentro de la segunda etapa relativa a la evaluación, dictaminación y emisión de constancias de participación, se deberá notificar a los Interesados en participar en la Licitación No. IFT-4 (Interesados) la constancia de participación o las causas por las que no se obtuvo. A tal efecto, para determinar si los interesados deben ser acreedores a una constancia de participación, el Instituto debe evaluar si cumplieron con los requisitos establecidos en las Bases. Al respecto, el numeral 3.1.2 de las Bases establece que el Instituto evaluará el cumplimiento de las capacidades administrativa, técnica, jurídica y financiera de los Interesados conforme a los elementos incorporados en los dictámenes técnico, jurídico y de competencia económica. En este sentido y en términos del numeral 1, fracción XXI de las Bases, los dictámenes técnico, jurídico y de competencia económica son documentos que elaboran las unidades del Instituto, con base en la normatividad aplicable, que incorporan los elementos que permiten al pleno del Instituto identificar si los interesados acreditan su capacidad administrativa, jurídica, financiera y técnica, así como si el agente económico interesado, bajo su dimensión de grupo de interés económico, y considerando a los agentes económicos con vínculos de tipo comercial, organizativo, económico o jurídico, cumple con los criterios para prevenir fenómenos de concentración o propiedad cruzada contrarios al interés público, o acaparamiento, de conformidad con la Ley y la LFCE, u otras prácticas anticompetitivas previstas en dichos ordenamientos.



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/EXT/130117/103, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE NO OTORGAR CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN AL INTERESADO IDENTIFICADO CON NÚMERO DE FOLIO P0-115031, DENTRO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONCESIONAR EL USO, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE 191 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 88 A 106 MHZ DE LA BANDA DE FRECUENCIA MODULADA Y DE 66 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 535 A 1605 KHZ DE LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA (LICITACIÓN NO. IFT-4).

En este orden de ideas, dentro de la información que fue presentada al pleno como parte de los elementos a considerar al momento de votar el acuerdo respecto del cual se realiza el presente voto particular, se encuentra el dictamen técnico-jurídico emitido conjuntamente por la Dirección General de Instrumentación y la Dirección General de Economía del Espectro y Recursos Orbitales, adscritas a la Unidad de Asuntos Jurídicos y la Unidad de Espectro Radioeléctrico, respectivamente. En dicho dictamen se argumenta que de la información presentada por el Interesado se desprende que su naturaleza jurídica corresponde a la de una sociedad civil, y por lo tanto existe una incompatibilidad entre su naturaleza jurídica respecto del objeto comercial de los títulos de concesión que se le otorgarían en caso de resultar ganador. En virtud de lo anterior, concluye el dictamen que el interesado con número de folio único P0-115031 no acredita la capacidad jurídica para ser considerado como participante en la Licitación No. IFT-4, lo cual tiene como consecuencia que no cumpla con los requisitos establecidos en las Bases, sus apéndices y anexos, por lo que el proyecto de acuerdo estima improcedente otorgar la constancia de participación correspondiente.

Considero que este planteamiento implica un abierto cambio de criterio en relación con la acreditación de la capacidad jurídica para los solicitantes de concesiones de uso comercial respecto del que hemos aplicado en el otorgamiento de concesiones en el pasado; de lo establecido en los "Lineamientos generales para el otorgamiento de las concesiones a que se refiere el título cuarto de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (Lineamientos)", publicados el 24 de julio de 2015 en el Diario Oficial de la Federación; y de las Bases.

En efecto, con fecha 17 de febrero de 2016, mediante acuerdo P/IFT/170216/47, este pleno resolvió otorgar a la persona moral asociada al



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/EXT/130117/103, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE NO OTORGAR CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN AL INTERESADO IDENTIFICADO CON NÚMERO DE FOLIO P0-115031, DENTRO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONCESIONAR EL USO, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE 191 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 88 A 106 MHZ DE LA BANDA DE FRECUENCIA MODULADA Y DE 66 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 535 A 1605 KHZ DE LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA (LICITACIÓN NO. IFT-4).

interesado con número de folio P0-115031, un título de concesión única para uso comercial. Al respecto, en su oportunidad se realizó el análisis de la solicitud de concesión única referida de la misma forma en que se realiza para cualquier solicitud de concesión única, que entre otros elementos contempla la acreditación de la capacidad jurídica, que en el supuesto de personas morales, comprende acreditar la nacionalidad mexicana, determinar su situación respecto a la inversión extranjera, que dentro del objeto de la sociedad se encuentre el prestar todo tipo de servicios públicos de telecomunicaciones y/o radiodifusión, y la duración de la sociedad.

En ese caso no resultaban aplicables los Lineamientos, atendiendo a que la solicitud respectiva fue presentada antes de que los mismos entraran en vigor. Sin embargo, es importante considerar que en el citado instrumento se establece cómo debe acreditarse la capacidad jurídica del solicitante de una concesión única. Específicamente su artículo 3, fracciones I inciso a) y IV inciso c), numeral 2, dispone lo siguiente:

Artículo 3. Los Interesados en obtener cualquiera de las Concesiones Únicas a que se refieren los Lineamientos deberán proporcionar y acreditar los siguientes requisitos, presentando la información correspondiente mediante el uso del Formato IFT-Concesión Única, que forma parte integral de los presentes Lineamientos:

(...)

IV. Capacidad Técnica, Económica, Jurídica y Administrativa.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/EXT/130117/103, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE NO OTORGAR CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN AL INTERESADO IDENTIFICADO CON NÚMERO DE FOLIO P0-115031, DENTRO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONCESIONAR EL USO, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE 191 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 88 A 106 MHZ DE LA BANDA DE FRECUENCIA MODULADA Y DE 66 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 535 A 1605 KHZ DE LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA (LICITACIÓN NO. IFT-4).

c) **Capacidad Jurídica.**

La capacidad jurídica del Interesado se acreditará, en su caso, de conformidad con lo dispuesto por la fracción I, inciso a) del presente artículo, además de lo siguiente:

(...)

2. Para personas morales:

2.1. Nacionalidad. El Interesado deberá acreditar ser de nacionalidad mexicana mediante testimonio o copia certificada de la escritura pública en la que conste tal circunstancia en el acta constitutiva y/o compulsa de estatutos sociales vigentes. El instrumento de referencia deberá estar inscrito en el Registro Público de Comercio.

La nacionalidad de las dependencias, entidades o instituciones públicas quedará acreditada con su legal existencia de conformidad con la normatividad que les sea aplicable derivado de su naturaleza jurídica, lo cual acreditará anexando copia de la misma y, en su caso, de la publicación respectiva en medios oficiales.

2.2. Inversión Extranjera. En caso de que hubiera participación de inversión extranjera en la sociedad, su escritura constitutiva o estatutos deberán señalar que la misma se permitirá en los siguientes términos:

i. Para telecomunicaciones y comunicación vía satélite se permitirá la inversión extranjera hasta en un 100% (cien por ciento), y



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/EXT/130117/103, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE NO OTORGAR CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN AL INTERESADO IDENTIFICADO CON NÚMERO DE FOLIO P0-115031, DENTRO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONCESIONAR EL USO, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE 191 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 88 A 106 MHZ DE LA BANDA DE FRECUENCIA MODULADA Y DE 66 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 535 A 1605 KHZ DE LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA (LICITACIÓN NO. IFT-4).

ii. Para radiodifusión hasta un máximo de 49% (cuarenta y nueve por ciento).

En este caso se requerirá la opinión previa y favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras. Dentro de este máximo de inversión extranjera 49%, se estará a la reciprocidad que exista en el país en el que se encuentre constituido el inversionista o el agente económico que controle en última instancia a éste, directa o indirectamente.

2.3. Objeto. Que dentro del objeto de la sociedad se encuentre el prestar todo tipo de servicios públicos de telecomunicaciones y/o radiodifusión.

Además de lo anterior, las organizaciones de la sociedad civil sin fines de lucro interesadas en obtener una Concesión Única para Uso Social Comunitaria deberán considerar en sus estatutos que su funcionamiento y actividades se regirán bajo los principios de participación ciudadana directa, convivencia social, equidad, igualdad de género y pluralidad.

2.4. Duración. Que la duración de la sociedad sea de cuando menos el plazo máximo previsto en la Ley para el otorgamiento de la concesión que corresponda.

Es claro entonces que en estos Lineamientos no se incluye la naturaleza de la sociedad como un elemento a considerar al momento de determinar la capacidad jurídica, además de que los elementos a considerar para la concesión única de uso comercial son exactamente los mismos que se exigen para los usos privado, público y social.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/EXT/130117/103, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE NO OTORGAR CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN AL INTERESADO IDENTIFICADO CON NÚMERO DE FOLIO P0-115031, DENTRO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONCESIONAR EL USO, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE 191 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 88 A 106 MHZ DE LA BANDA DE FRECUENCIA MODULADA Y DE 66 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 535 A 1605 KHZ DE LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA (LICITACIÓN NO. IFT-4).

Adicionalmente, en el Anexo A de las Bases, numeral 1.1 inciso b, se detalla la forma en que se acreditará la capacidad legal.

1.1 **Capacidad legal.**

La capacidad legal del Interesado se acreditará con lo siguiente:

(...)

b) Para personas morales.

- i. Nacionalidad.** El Interesado deberá acreditar ser de nacionalidad mexicana mediante testimonio o copia certificada del instrumento otorgado ante fedatario público en el que conste tal circunstancia en el acta constitutiva y/o compulsa de estatutos sociales vigentes. En el caso de realizar la acreditación mediante acta constitutiva y/o sus modificaciones, éstos deberán estar inscritos en el Registro Público de Comercio. Si no se cuenta con dicha inscripción por la reciente creación de la sociedad, ésta deberá acompañarse de la carta de fedatario público en que se haga constar que la inscripción está en trámite, debiendo informar al Instituto los datos del registro.
- ii. Inversión Extranjera.** En caso de que hubiera participación de inversión extranjera en la sociedad, su escritura constitutiva o estatutos deberán señalar la participación en inversión extranjera con cuenta.
- iii. Objeto.** Que dentro del objeto de la sociedad se encuentre el prestar, al menos, el servicio público de radiodifusión.
- iv. Duración.** Que la duración de la sociedad comprenda cuando menos el plazo máximo previsto en la Ley para el otorgamiento de la concesión que corresponda.



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/EXT/130117/103, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE NO OTORGAR CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN AL INTERESADO IDENTIFICADO CON NÚMERO DE FOLIO P0-115031, DENTRO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONCESIONAR EL USO, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE 191 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 88 A 106 MHZ DE LA BANDA DE FRECUENCIA MODULADA Y DE 66 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 535 A 1605 KHZ DE LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA (LICITACIÓN NO. IFT-4).

Lo anterior, de acuerdo con el **Anexo 2. "Información general del Interesado (persona moral)"**.

Así, queda en evidencia que ni en el caso señalado donde se otorgó concesión única de uso comercial a la misma sociedad que en este caso es interesado para ser participante en la licitación, ni en los Lineamientos, se contempla que la naturaleza de la sociedad mercantil sea un elemento para acreditar la capacidad jurídica para el otorgamiento de una concesión única. Al contrario, los Lineamientos son claros en cuanto a la enumeración de los elementos que se deberá analizar para la acreditación de la capacidad jurídica, dentro de los cuales no se encuentra la naturaleza de la sociedad, es decir, que para una concesión de uso comercial fuera necesario que el solicitante esté constituido como una sociedad mercantil. De la misma forma, en las Bases no se contempla que la naturaleza de la persona moral sea un elemento que se deba considerar para acreditar la capacidad legal a efecto de tener la calidad de participante en la licitación.

De estas consideraciones llego a la conclusión de que en el caso que nos ocupa no debe adoptarse el razonamiento planteado en el dictamen, pues implica la adopción de un criterio distinto al que hemos aplicado en casos comparables, al que determinamos incluir en los Lineamientos y al que establecimos en las Bases, acto que sería en perjuicio del interesado, toda vez que, en mi consideración, éste no pudo haber podido prever que el pleno cambiaría de criterio para valorar la capacidad jurídica a efecto de acordar la calidad de participante en la Licitación No. IFT-4.

Por las anteriores consideraciones, expreso mi voto en contra de que no se otorgue la constancia de participación al interesado identificado con



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA COMISIONADA MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES, RESPECTO DEL ACUERDO P/IFT/EXT/130117/103, MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE NO OTORGAR CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN AL INTERESADO IDENTIFICADO CON NÚMERO DE FOLIO P0-115031, DENTRO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONCESSIONAR EL USO, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE 191 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 88 A 106 MHZ DE LA BANDA DE FRECUENCIA MODULADA Y DE 66 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 535 A 1605 KHZ DE LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA (LICITACIÓN NO. IFT-4).

número de Folio P0-115031, dentro de la licitación pública para concesionar el uso, aprovechamiento y explotación comercial de 191 frecuencias en el segmento de 88 a 106 MHz de la banda de Frecuencia Modulada y de 66 frecuencias en el segmento de 535 a 1605 kHz de la banda de Amplitud Modulada, para la prestación del servicio público de radiodifusión sonora.

ATENTAMENTE,



MARÍA ELENA ESTAVILLO FLORES
COMISIONADA