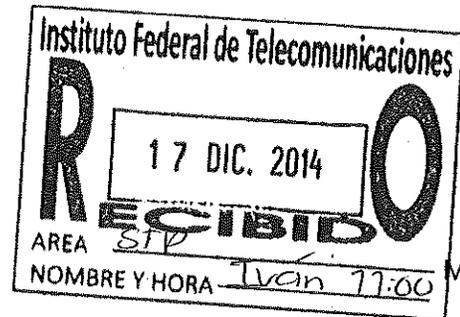




INSTITUTO FEDERAL DE
TELECOMUNICACIONES



OFICINA COMISIONADA
IFT/100/PLENO/OC-ASLI/015/2014

México, D.F., a 16 de diciembre de 2014

LIC. JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO
Presente

Por este conducto, envío a usted, para los efectos conducentes, el engrose del voto particular disidente que formulé oralmente durante la XXVI Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones (celebrada el 7 de noviembre de 2014) respecto a la *“Resolución por la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones declara improcedente la modificación solicitada por MVS Multivisión, S.A. de C.V., a su título de modificación y prórroga de la concesión para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para usos determinados en la banda de frecuencias 692-698 MHz y niega la autorización para la prestación del servicio adicional de televisión radiodifundida digital”*. Esta Resolución fue aprobada por el Pleno, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/071114/214.

Atentamente

ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

VOTO PARTICULAR DISIDENTE QUE FORMULA LA COMISIONADA ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO DE MODIFICACIÓN Y PRÓRROGA DE LA CONCESIÓN PARA USAR, APROVECHAR Y EXPLOTAR BANDAS DE FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA USOS DETERMINADOS EN LA BANDA DE FRECUENCIAS 692-698 MHZ Y NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIDA DIGITAL (MEDIANTE ACUERDO P/IFT/EXT/071114/214)

El 7 de noviembre de 2014, en la XXVI Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, "el Pleno"), formulé oralmente un voto particular respecto a la *"Resolución por la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones declara improcedente la modificación solicitada por MVS Multivisión, S.A. de C.V., (en lo sucesivo "MVS") a su título de modificación y prórroga de la concesión para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para usos determinados en la banda de frecuencias 692-698 MHz y niega la autorización para la prestación del servicio adicional de televisión radiodifundida digital"* aprobada por el Instituto mediante Acuerdo P/IFT/EXT/071114/214 (en adelante, "la Resolución").

En esa sesión voté en contra de la Resolución por 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 cuatro partes: i) resolución, ii) marco constitucional, iii) hipótesis normativa del artículo Séptimo Transitorio, y iv) actualización de la hipótesis normativa del artículo Séptimo Transitorio.

Resolución

La Resolución establece que es improcedente la modificación a las condiciones establecidas en el Título de Concesión y niega la autorización del servicio adicional de televisión radiodifundida digital solicitado por MVS. Lo anterior toda vez que se actualiza lo previsto en el segundo párrafo del Artículo Séptimo Transitorio del *Decreto por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión* (en adelante, "el artículo Séptimo Transitorio"). Este artículo contempla, entre otras cosas, *que no podrán modificarse las condiciones de no hacer previstas en el título de origen y que hubieren sido determinantes para el otorgamiento de la concesión.*

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIDA DIGITAL



En este sentido, la Resolución señaló que:

PRIMERO.- Se declara improcedente la modificación de la condición 2 establecida en el Título de modificación y prórroga de la concesión para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para usos determinados en la banda de frecuencias 692-698 M Hz otorgada por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes a favor de MVS Multivisión, S.A. de C.V., el 9 de septiembre de 2013.

SEGUNDO.- Se niega a MVS Multivisión, S.A. de CV., la autorización para prestar como servicio adicional, el servicio de televisión radiodifundida digital a través del título de concesión señalado en el Resolutivo Primero.

En consecuencia, el presente voto se centra en analizar la hipótesis normativa del segundo párrafo del Artículo Séptimo Transitorio y, posteriormente, verificar si dicha hipótesis se actualiza en el presente caso. Para esto, primeramente es necesario remitirse al actual marco constitucional en materia de radiodifusión y telecomunicaciones, pues el artículo Séptimo Transitorio debe interpretarse a la luz de este marco.

Marco constitucional

La reforma constitucional de 2013 en materia de telecomunicaciones (en adelante, “el Decreto de reforma constitucional”) estableció un conjunto de principios a observar por parte del Instituto Federal de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, el “Instituto”). A continuación, a partir de la lectura de algunas disposiciones constitucionales, identificaré cuatro de estos principios.

En primer lugar, respecto a la convergencia de servicios, el artículo 6º. constitucional y el Cuarto Transitorio del Decreto de reforma constitucional señalan lo siguiente:

Artículo 6. [...] B. En materia de radiodifusión y telecomunicaciones: [...] II. Las telecomunicaciones son servicios públicos de interés general, por lo que el Estado garantizará que sean prestados en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre y sin injerencias arbitrarias. III. La radiodifusión es un servicio público de interés general, por lo que el Estado garantizará que sea prestado en condiciones de competencia y calidad y brinde los beneficios de la cultura a toda la población, preservando la pluralidad y la veracidad de la información, así como el fomento de los valores de la identidad nacional, contribuyendo a los fines establecidos en el artículo 3o. de esta Constitución [...]

Cuarto Transitorio. En el mismo plazo referido en el artículo anterior, el Congreso de la Unión deberá expedir un solo ordenamiento legal que regule de manera convergente, el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de radiodifusión y telecomunicaciones. La ley establecerá que las concesiones serán únicas, de forma que los concesionarios puedan prestar todo tipo de servicios a través de sus redes, siempre que cumplan con las obligaciones y

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIDA DIGITAL



INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

contraprestaciones que les imponga el Instituto Federal de Telecomunicaciones y en su caso, las contraprestaciones correspondientes.

El Instituto Federal de Telecomunicaciones, una vez que haya determinado los concesionarios que tienen el carácter de agente económico preponderante en términos de la fracción III del artículo Octavo Transitorio de este Decreto, establecerá, dentro de los sesenta días naturales siguientes, mediante lineamientos de carácter general, los requisitos, términos y condiciones que los actuales concesionarios de radiodifusión, telecomunicaciones y telefonía deberán cumplir para que se les autorice la prestación de servicios adicionales a los que son objeto de su concesión o para transitar al modelo de concesión única, siempre que se encuentren en cumplimiento de las obligaciones previstas en las leyes y en sus títulos de concesión. La autorización a que se refiere este párrafo podrá otorgarse a los agentes económicos preponderantes sólo cuando se encuentren en cumplimiento de las medidas que se les hayan impuesto conforme a lo previsto en las fracciones III y IV del artículo Octavo Transitorio de este Decreto. El Instituto deberá resolver sobre la procedencia o improcedencia de las autorizaciones a que se refiere este párrafo dentro de los sesenta días naturales siguientes a la presentación de las solicitudes respectivas y, en el primer caso, determinará las contraprestaciones correspondientes.

De la lectura de ambos artículos se deduce que la Constitución reconoce la convergencia de los servicios, pues con las concesiones únicas y la autorización de servicios adicionales, se pretende que los concesionarios puedan prestar todos los tipos de servicios que sean técnicamente factibles.

En segundo lugar, respecto al derecho de acceso a la información, los artículos 6 y 28 constitucionales indican que:

Artículo 6. [...] El derecho a la información será garantizado por el Estado. Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión. El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios. [...]

B. En materia de radiodifusión y telecomunicaciones: [...] II. Las telecomunicaciones son servicios públicos de interés general, por lo que el Estado garantizará que sean prestados en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre y sin injerencias arbitrarias.

III. La radiodifusión es un servicio público de interés general, por lo que el Estado garantizará que sea prestado en condiciones de competencia y calidad y brinde los beneficios de la cultura a toda la población, preservando la pluralidad y la veracidad de la información, así como el fomento de los valores de la identidad nacional, contribuyendo a los fines establecidos en el artículo 3o. de esta Constitución. [...]

VI. La ley establecerá los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, de las audiencias, así como los mecanismos para su protección.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIDA DIGITAL



INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

Artículo 28. El Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes. Para tal efecto, tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7 de esta Constitución.

En este sentido, la Constitución reconoce como un derecho de las audiencias y, como parte del mismo derecho a la libertad de expresión, el de acceso a la información plural y veraz. Asimismo, se indica que es una obligación del Instituto garantizar este derecho en el ámbito de sus atribuciones. Una manera de garantizarlo consiste en facilitar la entrada a más oferentes de servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, máxime cuando son oferentes que ya cuentan con una concesión para prestar un servicio de televisión restringida, a través de la explotación, por extrañeo que parezca, de un canal de transmisión, el 51, en la banda alta de 600 MHz.

En tercer lugar, respecto a la competencia económica, los artículos 6 y 28 constitucionales indican:

Artículo 6. [...] El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.

Artículo 28. [...] El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia; impondrá límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenará la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites, garantizando lo dispuesto en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución.

De este modo, el Instituto en su función de autoridad en materia de competencia económica en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones debe establecer condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios. Una manera de cumplir con este mandado, como en el caso anterior, consiste en facilitar la entrada a más oferentes de servicios de radiodifusión o telecomunicaciones.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR
LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN
SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y
SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO
ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIDA DIGITAL



INSTITUTO FEDERAL DE
TELECOMUNICACIONES

En cuarto lugar, respecto a la eficiencia espectral, el artículo 28 constitucional establece:

Artículo 28. [...] El Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes. Para tal efecto, tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución.

De la lectura de este artículo, se desprende que el Instituto debe garantizar el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones y, para tal efecto, tiene a su cargo la regulación y promoción del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico. Esto implica que los concesionarios deben hacer un uso lo más eficiente posible del espectro, es decir, que brinde la mayor utilidad posible a las audiencias, al Estado y a los mismos concesionarios, siempre y cuando sea técnicamente factible y no se causen daños (v.gr. interferencias perjudiciales) a otros concesionarios.

Como corolario de lo anterior, existe un marco constitucional que contempla, entre otros, los siguientes cuatro principios:

- i) Convergencia de servicios. Esto implica que los concesionarios puedan prestar todos los servicios que sean técnicamente factibles máxime cuando están haciendo uso del espectro radioeléctrico, un bien del dominio público, escaso, que en este preciso caso sí está reconocido el uso para radiodifusión de la banda de 600 MHz.
- ii) Derechos de las audiencias. Lo cual implica que las audiencias tienen un derecho de acceso a la información plural. Una manera de lograr esto es favoreciendo la entrada de nuevos oferentes en los servicios de televisión radiodifundida.
- iii) Competencia económica. Esto implica propiciar la entrada de competidores en el mercado especialmente en el mercado de radiodifusión cuyo grado de concentración es el quinto más alto en el mundo.¹
- iv) Eficiencia espectral. Lo cual se traduce en que debe hacerse un uso lo más eficiente posible del espectro, es decir, que maximice el bienestar del consumidor o de las audiencias, en tratándose de contenidos audiovisuales.

Hipótesis normativa del Artículo Séptimo Transitorio

El artículo Séptimo Transitorio del Decreto de Reforma Legal señala que:

¹ Noam, Eli, *Media Concentration and Ownership Around the World*. Oxford University Press, Oxford.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIDA DIGITAL



INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

“Séptimo. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión que se expide por virtud del Decreto, en la ley y en la normatividad que al efecto emita el Instituto Federal de Telecomunicaciones, las concesiones y permisos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, se mantendrán en los términos y condiciones consignados en los respectivos títulos o permisos hasta su terminación, a menos que se obtenga la autorización para prestar servicios adicionales a los que son objeto de su concesión o hubiere transitado a la concesión única prevista en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, en cuyo caso, se estará a los términos y condiciones que el Instituto Federal de Telecomunicaciones establezca.

Tratándose de concesiones de espectro radioeléctrico, no podrán modificarse en cuanto al plazo de la concesión, la cobertura autorizada y la cantidad de Megahertz concesionados, ni modificar las condiciones de hacer o no hacer previstas en el título de concesión de origen y que hubieren sido determinantes para el otorgamiento de la concesión.”

Ahora bien, al centrar el análisis en el segundo párrafo de este artículo, se puede identificar una hipótesis normativa que contiene los siguientes elementos:

Elemento 1. Supuesto jurídico. Éste se compone de 4 elementos:

- I. Que exista un título de concesión de origen;
- II. Que se trate de concesiones de espectro radioeléctrico;
- III. Que el título de concesión contemple condiciones de hacer o no hacer;² y
- IV. Que dichas condiciones hubieren sido determinantes para el otorgamiento de la concesión.

Elemento 2. Consecuencia jurídica. En caso de actualizarse todas y cada una estas condiciones (*sine qua non*), la consecuencia jurídica es que no se puedan modificar dichas condiciones del título de concesión ni autorizar los servicios adicionales relacionados con dicha modificación.

Actualización de la hipótesis normativa del Artículo Séptimo Transitorio

A continuación, se analizará cada uno de los cuatro elementos de los que se compone el supuesto jurídico contemplado por el artículo Séptimo Transitorio y también se verificará si todos estos supuestos se actualizan en el presente caso. Esto a efecto de determinar si procede la consecuencia jurídica anteriormente mencionada.

1. Que exista un título de concesión de origen

Una de las hipótesis necesarias para que se actualice dicho supuesto normativo es que exista un título de concesión de origen. Sin embargo, esta hipótesis normativa no se encuentra definida dentro del decreto, por lo tanto, se vuelve necesario fundar y motivar

² Si bien este supuesto abarca también lo relativo al plazo de la concesión, la cobertura autorizada, la cantidad de Megahertz concesionados, y las condiciones de hacer, sin embargo lo relevante para el presente caso es la condición de no hacer, pues en lo demás, la Resolución no identificó problemática alguna.

su aplicación. Desde mi perspectiva, el Proyecto de Resolución hace una incorrecta interpretación del término “título de concesión de origen” al que se hace referencia en el segundo párrafo del artículo Séptimo Transitorio. Al efecto, dicho transitorio establece lo siguiente:

SÉPTIMO. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión que se expide por virtud del Decreto, en la ley y en la normatividad que al efecto emita el Instituto Federal de Telecomunicaciones, las concesiones y permisos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, se mantendrán en los términos y condiciones consignados en los respectivos títulos o permisos hasta su terminación, a menos que se obtenga la autorización para prestar servicios adicionales a los que son objeto de su concesión o hubiere transitado a la concesión única prevista en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, en cuyo caso, se estará a los términos y condiciones que el Instituto Federal de Telecomunicaciones establezca.

Tratándose de concesiones de espectro radioeléctrico, no podrán modificarse en cuanto al plazo de la concesión, la cobertura autorizada y la cantidad de Megahertz concesionados, ni modificar las condiciones de hacer o no hacer previstas en el título de concesión de origen y que hubieren sido determinantes para el otorgamiento de la concesión.

Según la Resolución, para saber si se actualizan las condiciones que no permitirían prestar el servicio de televisión digital es necesario analizar el título que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes le otorgó a Cablevisión, S.A. de C.V, el 17 de noviembre del año 2000 (el cual, posteriormente, fue cedido a MVS).³ Al respecto, en los antecedentes de la Resolución, el “título de concesión de origen” se definió en los siguientes términos:

1. *Título de Concesión de Origen. El título de concesión para usar, aprovechar y explotar una banda de frecuencias del espectro radioeléctrico para uso determinado de los Estados Unidos Mexicanos que otorgó el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a favor de Cablevisión, S.A. de C.V., el 17 de noviembre de 2000.*

Sin embargo, esta definición parte de un interpretación incorrecta del artículo, ya que, además de no encontrar una fundamentación y motivación suficiente para sustentarla, adolece de los siguientes problemas: por un lado, es una interpretación aislada que no toma en cuenta principios constitucionales, ni otros elementos necesarios dentro de la propia ley y, por otro, es una interpretación que permite la aplicación ultraactiva de un instrumento extinto, es decir del título de concesión que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes le otorgó a Cablevisión, S.A. de C.V, el 17 de noviembre del año 2000 y que venció el día 17 de noviembre del 2010.

³ El 17 de noviembre de 2000, el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, otorgó el título de concesión para usar, aprovechar y explotar una banda de frecuencias del espectro radioeléctrico para uso determinado en los Estados Unidos Mexicanos en favor de Cablevisión, S.A. de C. Posteriormente, el 15 de noviembre de 2004, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes autorizó la cesión de los derechos de este título que realizó la empresa Cablevisión, S.A. de C.V., a favor de Multivisión. S.A. de C.V.

Al respecto, la condición de que exista un título de concesión de origen prevista en el artículo Séptimo Transitorio puede tener dos interpretaciones: 1) que el segundo párrafo haga referencia a un título de concesión de “origen” y extinto o 2) que haga referencia a las condiciones que se establecen en el título de “origen” y vigente, es decir, al título de concesión que fue prorrogado y modificado el 9 de septiembre de 2013, con efectos retroactivos a partir del 18 de noviembre del 2010, y cuyo titular ya era MVS pues ésta fue cesionaria del título de concesión que en el año 2000 la SCT otorgara a la empresa Cablevisión.

Antes de analizar estas dos alternativas, es importante aclarar que, como autoridad, tenemos un mandato constitucional de hacer una interpretación que se ajuste a los parámetros establecidos por el artículo 1º constitucional. Para esto, es necesario tener presente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicó que, conforme al artículo 1º constitucional, párrafo tercero, es obligación de todas las autoridades respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos, para ello el primer paso es interpretar las leyes con un sentido que se ajuste a lo dispuesto por tales derechos y otras prescripciones de superior jerarquía⁴. El segundo párrafo del artículo 1o. constitucional prevé que todos los órganos de la administración pública deberán ajustar su actuación conforme a la nueva pauta interpretativa de derechos humanos, por lo que este órgano constitucional autónomo no tendría que ser la excepción.

Si optamos por la primera opción interpretativa, estaríamos haciendo una interpretación restrictiva, en base a un título de concesión que venció en el año 2010 que tendría como efecto no hacer efectivos los principios que consagra la reforma constitucional de 2013. Así las cosas, la convergencia de servicios (que como se explicó anteriormente se consagra en el artículo 6 constitucional y Cuarto Transitorio del Decreto de reforma constitucional), el derecho de las audiencias al acceso a la información (artículos 6 y 28 constitucionales); a servicios convergentes y a la libre competencia que mencioné con anterioridad, se verían mermados.

En adición a lo anterior, podemos observar que esta interpretación no sólo se hace soslayando principios constitucionales mencionados anteriormente, sino que también deja de lado el artículo Octavo y Décimo Primero transitorios del Decreto por el cual se expiden entre otros, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Los artículos en cuestión, son los siguientes:

⁴ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIRA DIGITAL



INSTITUTO FEDERAL DE
TELECOMUNICACIONES

OCTAVO. Salvo lo dispuesto en los artículos Décimo y Décimo Primero Transitorios del presente Decreto, los actuales concesionarios podrán obtener autorización del Instituto Federal de Telecomunicaciones para prestar servicios adicionales a los que son objeto de su concesión o para transitar a la concesión única, siempre que se encuentren en cumplimiento de las obligaciones previstas en las leyes y en sus títulos de concesión. Los concesionarios que cuentan con concesiones de espectro radioeléctrico deberán pagar las contraprestaciones correspondientes en términos de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Los concesionarios que cuenten con varios títulos de concesión, además de poder transitar a la concesión única podrán consolidar sus títulos en una sola concesión.

DÉCIMO PRIMERO. *El trámite de la solicitud a que se refiere el artículo anterior se sujetará a lo siguiente:*

I. Los agentes económicos preponderantes y los concesionarios cuyos títulos de concesión contengan alguna prohibición o restricción expresa para prestar servicios determinados, deberán cumplir con lo previsto en los lineamientos del Instituto Federal de Telecomunicaciones en términos del artículo Cuarto 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 en materia de telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013;

II. Al presentar la solicitud, dichos agentes y concesionarios deberán acompañar el dictamen de cumplimiento a que se refiere la fracción III del artículo anterior, presentar la información que determine el Instituto Federal de Telecomunicaciones respecto de los servicios que pretende prestar;

III. El Instituto Federal de Telecomunicaciones resolverá sobre la procedencia de la solicitud dentro de los sesenta días naturales siguientes a su presentación, con base en los lineamientos de carácter general que al efecto emita y determinará las contraprestaciones que procedan.

Transcurrido el plazo señalado en el párrafo que antecede sin que el Instituto haya resuelto la solicitud correspondiente, la misma se entenderá en sentido negativo, y

IV. En el trámite de la solicitud, el Instituto Federal de Telecomunicaciones deberá asegurarse que el otorgamiento de la autorización no genera efectos adversos a la competencia y libre concurrencia.

Se entenderá que se generan efectos adversos a la competencia y libre concurrencia, entre otros factores que considere el Instituto Federal de Telecomunicaciones, cuando:

a. Dicha autorización pueda tener como efecto incrementar la participación en el sector que corresponda del agente económico preponderante o del grupo de interés económico al cual pertenecen los concesionarios cuyos títulos de concesión contengan alguna prohibición o restricción para prestar servicios determinados, respecto de la participación determinada por el Instituto Federal de Telecomunicaciones en la resolución mediante la cual se le declaró agente económico preponderante en el sector que corresponda.

b. La autorización de servicios adicionales tenga como efecto conferir poder sustancial en el mercado relevante a alguno de los concesionarios o integrantes del agente económico preponderante o de los concesionarios cuyos títulos de concesión contengan alguna prohibición o restricción para prestar servicios determinados en el sector que corresponda.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable en caso de que los agentes y concesionarios respectivos opten por transitar a la concesión única, y será independiente de las sanciones económicas que procedan conforme a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Si observamos el marco constitucional descrito, así como las disposiciones transitorias que se señalan con anterioridad, podemos percatarnos de que el Legislador Federal previó distintos supuestos para hacer aplicables los principios en materia de convergencia e, incluso, permite que concesionarios que hayan sido declarados preponderantes o que

tienen un título de concesión con restricción expresa para prestar ciertos servicios, puedan bajo ciertos requisitos a ser establecidos en los lineamientos que el Instituto emitiera, (y que emitió efectivamente), prestar servicios adicionales si el solicitante no cae en los supuestos anticompetitivos previstos por el citado artículo decimo primero.

Por lo mismo, optar por una interpretación restrictiva del Séptimo Transitorio, haría nugatoria, incluso, la voluntad del legislador de permitir que los concesionarios prestaran estos servicios (siempre que cumplan con los requisitos establecidos en ley y en su título de concesión) y, por lo tanto, vulneraría los principios establecidos en la Constitución.

En adición a lo anterior, esta interpretación sería claramente contraria con el principio *pro persona*, ya que, no sólo violaría los principios constitucionales, sino que atentaría con la seguridad jurídica de los concesionarios al intentar otorgarle vida y efectos jurídicos a un acto administrativo extinto como lo es el título de concesión de 2000. En este sentido es importante recordar que la validez temporal de las normas se vincula directamente con los principios de certeza jurídica y de legalidad⁵.

Ahora bien, el aplicar la ley de manera ultraactiva significa aplicar una norma una vez que haya concluido su vigencia. No pasa desapercibido que no estamos hablando de una norma en el sentido estricto, sino de un título de concesión, sin embargo, la concesión es un acto administrativo por el cual se confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas para la explotación de un servicio público y que, por lo tanto, implica determinadas obligaciones y derechos. Por lo mismo, al existir nuevas condiciones dentro de un título de concesión, se están creando nuevos derechos y obligaciones que sustituyen y derogan a los otorgados con anterioridad. En este tenor, el artículo 19 de la abrogada Ley Federal de Telecomunicaciones establecía claramente que para prorrogar la concesión era necesario aceptar las nuevas condiciones que estableciera la Secretaría. El artículo a la letra establece lo siguiente:

Artículo 19. Las concesiones sobre bandas de frecuencias se otorgarán por un plazo hasta de 20 años y podrán ser prorrogadas hasta por plazos iguales a los originalmente establecidos, a juicio de la Secretaría.

Para el otorgamiento de las prórrogas será necesario que el concesionario hubiere cumplido con las condiciones previstas en la concesión que se pretenda prorrogar; lo solicite antes de que inicie la última quinta parte del plazo de la concesión, y acepte las nuevas condiciones que establezca la propia Secretaría de acuerdo a la presente Ley y demás disposiciones aplicables. La Secretaría resolverá lo conducente en un plazo no mayor a 180 días naturales.

⁵ Huerta Ochoa, Carla, *Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIDA DIGITAL



Por lo mismo, resulta contradictorio pedirle al concesionario que se sujete a las nuevas condiciones para prorrogar su título de concesión, pero por otro lado, respecto a la adquisición de derechos (para prestar nuevos servicios) y la aplicación de principios constitucionales, se utilice una interpretación más restrictiva y se le dé vida a prohibiciones que ya no son vigentes y que, incluso, el que otorgó la concesión consideró necesario modificar.

Por lo tanto, no podemos interpretar que el concepto normativo “título de concesión de origen” haga referencia a un “título de concesión no vigente” en virtud de que fue sustituido por un nuevo instrumento que impuso nuevas condiciones y en razón de que, al interpretarlo de manera restrictiva, no permitiría hacer aplicable la voluntad del legislador ni aplicables los principios constitucionales de promover la convergencia a través sea de la autorización para prestar servicios adicionales o de la concesión única. En consecuencia, el “título de concesión de origen” debe interpretarse como el “título de concesión de origen vigente”.

Así las cosas, podemos concluir que la categoría “título de concesión de origen vigente” hace referencia al título que fue prorrogado y modificado el 9 de septiembre de 2013, con efectos retroactivos a partir del 18 de noviembre del 2010 y no, como lo dice la Resolución, al título extinto, ya que estamos hablando de un nuevo título con nuevas condiciones, derechos y obligaciones. Entonces, ¿En qué casos convendría diferenciar entre un “título de concesión de origen vigente” y un “título de concesión vigente pero no de origen”?

En ese tenor, un supuesto en que es pertinente hacer la aclaración del título de origen es si el título vigente fue cedido, ya que aquí no se modifican directamente las condiciones y, por lo tanto, existe el “título de origen vigente” (en el que se aclaran las condiciones por las cuales se permitió la concesión) y el título que ya ha sido cedido (es decir, el “título vigente”, pero no de origen). En este caso, tendría sentido que las condiciones que se analizaran fueran las del título de origen, ya que éstas son las que se establecieron para otorgar la concesión al titular original y, asimismo, sobre este título procedería analizar si una condición fue determinante para el otorgamiento de la concesión. De este modo, incluso en este último caso, el título siempre es el “vigente”.

Por lo mismo, al ser el título prorrogado el que debe ser analizado, resulta imposible interpretar que las condiciones que deben modificarse (como indica la Resolución) son las del título de concesión extinto, señaladas con los numerales 2.9, 3, 6 y 7, sino que, resulta claro, que las condiciones que se buscan modificar son las aplicables en el título de concesión prorrogado y modificado, que dicho sea de paso, es un instrumento distinto del original, es decir, se trata de dos “títulos” o instrumentos documentales distintos, como se

puede ver en el expediente que fue puesto a nuestra disposición al ser presentado al Pleno para su discusión y votación el presente caso.

2. Que se trate de concesiones de espectro radioeléctrico

Como se indicó anteriormente, el título de origen hace referencia al título prorrogado. Ahora bien, respecto a la concesión de bandas del canal 51 (banda 692-698), existen actualmente dos títulos prorrogados a MVS: el título de bandas de frecuencias y el de red pública de telecomunicaciones.

De este modo es necesario determinar sobre cuál de estos dos títulos se analizarán las condiciones de hacer o no hacer. Al respecto, el artículo Séptimo Transitorio refiere textualmente que *“Tratándose de concesiones de espectro radioeléctrico, no podrán modificarse [...] las condiciones de hacer o no hacer previstas en el título de concesión de origen”*. Por lo que, en un principio, sólo es necesario analizar las condiciones del título de bandas de frecuencias.

En consecuencia, al contar MVS con un título de bandas de frecuencias (banda 692-698), se tiene por acreditado este segundo elemento. Asimismo, la Resolución es consistente con este punto, pues en ésta sólo se analizan las condiciones referentes al título de bandas y no al de red pública de telecomunicaciones (con la salvedad de que, la Resolución no se refiere a los títulos prorrogados).

No obstante lo anterior, al analizar el título de bandas de frecuencias podemos percatarnos que en su onceava condición, último párrafo, establece: *“Asimismo, a la presente Concesión se aplicarán las disposiciones de la Concesión de Red”*. Por lo mismo, subsidiariamente, se entrará al estudio de la concesión de red prorrogada en lo que respecta al análisis de los dos siguientes elementos del supuesto jurídico.

3. Que el título de concesión contemple condiciones de hacer o no hacer

El artículo Séptimo Transitorio refiere textualmente que *“no podrán modificarse las condiciones de hacer o no hacer previstas en el título de concesión”*. De una interpretación literal de este artículo puede deducirse que una obligación de no hacer consiste en toda aquella que impide ejercitar una acción determinada, mas no se refiere al objeto mismo de la concesión.

Si se toma en cuenta el marco constitucional referido anteriormente, es posible pasar de una simple interpretación literal de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (en adelante, la “Ley”) a interpretar esta parte del artículo Séptimo Transitorio conforme con la Constitución. Al respecto, la Constitución establece un principio de convergencia de

servicios y, en este entendido, contempla la concesión única y la posibilidad de solicitar servicios adicionales. Bajo este marco constitucional procederé a interpretar la condición de “no hacer” referida en el artículo Séptimo Transitorio.

En este sentido, antes de la reforma constitucional, la Constitución no contemplaba la convergencia de los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, por lo que las concesiones sólo se otorgaban para un servicio determinado. De este modo, la solicitud de servicios adicionales constituye un medio para que los concesionarios que cuentan con un título que les fue otorgado antes de la reforma constitucional puedan transitar y beneficiarse de la convergencia y beneficiar al público usuario también con una mayor oferta de servicios en la misma red o banda del espectro concesionada.

Dada esta situación, todos los títulos otorgados con anterioridad a la reforma pueden tener explícita o implícitamente prohibiciones para prestar determinados servicios, o bien su objeto abarca solamente determinados servicios pues eso es inherente a toda concesión bajo el régimen legal anterior. En este entendido, ¿Qué sucede si se consideran estas prohibiciones como condiciones de no hacer en términos del artículo Séptimo Transitorio? Prácticamente, ningún concesionario de espectro podría solicitar servicios adicionales, pues ellos no cuentan con títulos convergentes.

Incluso, si se interpretara que una condición de “no hacer” en términos del artículo Séptimo Transitorio es equivalente a que el título de concesión contenga alguna “prohibición o restricción expresa para prestar determinados servicios”, se llegaría al absurdo de que el artículo Séptimo Transitorio derogaría implícitamente al artículo Décimo Primero Transitorio del Decreto de Reforma Legal, el cual señala:

“DÉCIMO PRIMERO. El trámite de la solicitud a que se refiere el artículo anterior se sujetará a lo siguiente: I. Los agentes económicos preponderantes y los concesionarios cuyos títulos de concesión contengan alguna prohibición o restricción expresa para prestar servicios determinados, deberán cumplir con lo previsto en los lineamientos del Instituto Federal de Telecomunicaciones en términos del artículo Cuarto 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 en materia de telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013 [...]”

Lo anterior en el entendido que el Décimo Primero Transitorio permite a los concesionarios preponderantes y aquéllos cuyos títulos de concesión contengan alguna prohibición o restricción expresa para prestar servicios determinados solicitar la autorización para prestar servicios adicionales. Sin embargo, si se toma en cuenta una interpretación literal del artículo Séptimo Transitorio, esto no sería posible, pues las prohibiciones/restricciones o limitaciones en el objeto de la concesión referidas en el Décimo Primero Transitorio se

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIDA DIGITAL



INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

entenderían como condiciones de “no hacer” y, en consecuencia, las solicitudes serían improcedentes.

En consecuencia, el sostener una interpretación literal atentaría contra el principio de convergencia de servicios plasmado en la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones. Pero, entonces, ¿Qué debe entenderse como una condición de no hacer? De una interpretación conforme constitucional de los artículos Séptimo y Décimo Primero Transitorios del Decreto de reforma de Ley, se desprende que, por lo menos, una condición de “no hacer” no puede interpretarse como una restricción para prestar un determinado servicio.

En este sentido, una obligación de “hacer” o “no hacer” podría interpretarse como aquellas acciones tendientes a plazos para instalar la infraestructura o bien a la obligación de dar cobertura en un área geográfica determinada, o de no discriminar a los usuarios, o comenzar con la prestación de los servicios en una fecha determinada, o bien relacionadas con la prestación de los servicios que ya presta el concesionario. Es decir, la finalidad de esta restricción es que el concesionario no aproveche una solicitud de servicios adicionales para modificar sus obligaciones de hacer o no hacer ya existentes para aligerar la carga regulatoria original.

Ahora bien, en el presente caso, MVS solicitó la modificación de las condiciones número 2, primer párrafo, 3.1 y 3.2 incisos 1), 8) y 10), del título de concesión de bandas de 2010, que al respecto señalan:

2. Objeto de la concesión y Servicios. Otorgar el uso, aprovechamiento y explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico que se indican en la condición 3 de esta Concesión, para continuar presentando únicamente el servicio de televisión restringida, el cual corresponde a la transmisión de un solo canal de programación (audio y video asociado) y no incluye el servicio de televisión radiodifundida, en los términos que indican en el Anexo de la Concesión de Red.

Los servicios de telecomunicaciones que se presten mediante el uso, aprovechamiento explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico objeto de la presente Concesión, se sujetarán a las disposiciones legales, reglamentarias, y administrativas aplicables.

3.1. Banda de frecuencias:

Canal de transmisión: 51 (692-698 MHz)

3.2. Parámetros de operación:

1) Uso: televisión restringida, descrito como el servicio fijo de distribución unidireccional y terrenal punto a multipunto, de señales codificadas de audio y video que se presta mediante contrato y el pago periódico de una cantidad preestablecida y revisable.

(...)

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIDA DIGITAL



INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

8) *Estándar base para la transmisión digital terrestre del servicio fijo de televisión restringida: A753 de ATSC (son las siglas en inglés del Advanced Television Systems Committee).*
(...)

10) *Protecciones: La operación de este canal 51 deberá proteger de interferencias perjudiciales a la estación XHGEM-TDT que opera el canal 51 de Jocotitlán, Estado de México, y no deberá causar interferencia perjudicial a ninguna estación de radiodifusión. Asimismo, deberá disponer de los mecanismos necesarios para evitar interferencias perjudiciales a cualquier servicio de telecomunicaciones que opere en la banda de 700 MHz y 698-806 MHz.*

No se omite señalar la torre en la que se instale el sistema radiador descrito deberá contar con la opinión favorable de la Dirección General de Aeronáutica Civil e instalarse con las señales preventivas para la navegación aérea que dicha Dirección General determine.

Como puede apreciarse, bajo la interpretación conforme constitucional del artículo Séptimo Transitorio referida anteriormente, estas condiciones no constituyen condiciones de “no hacer”, toda vez que se refieren a prohibiciones sobre la operación técnica de la transmisión, tal como la no interferencia perjudicial, mas no se alude a prohibición alguna sobre el servicio que tienen autorizado prestar.

Cabe indicar que, la Resolución no comparte esta interpretación pues se basa en una interpretación literal del texto legal.

Por otro lado, como se mencionó en el apartado anterior, ya que el título de bandas de frecuencias remite al título de concesión de red, es necesario analizar si en este último existen condiciones de “no hacer” que deban modificarse. Al respecto, en el Anexo A del título de concesión de red, se establece lo siguiente:

A.2. (...)

El Concesionario únicamente podrá enviar una señal de audio y video asociado de programación por el canal concesionado, de conformidad con lo dispuesto en la Concesión de Banda, por tanto, no será posible ofrecer una operación multiplexada con varias señales de programación en el mismo canal.

El apartado transcrito establece una clara condición de “no hacer” consistente en la prohibición de multiplexar. Sin embargo, como lo mencionamos anteriormente, no es posible analizar estas condiciones del título de concesión de red de manera aislada al marco constitucional y legal vigente. De este modo, en primer lugar, es necesario remitirse a la condición 1.9 del título de concesión de red establece que:

1.9 (...)

El Concesionario acepta que si los ordenamientos, preceptos legales y las disposiciones administrativas a que se refiere el párrafo anterior, fueron abrogados, y/o derogados,

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIDA DIGITAL



INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

modificados o adicionados, la presente Concesión y el Concesionario quedarán sujetos a la nueva legislación y disposiciones administrativas a partir de su entrada en vigor.

En segundo lugar, es necesario remitirse al primer párrafo del artículo Séptimo Transitorio, el cual indica que las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto de Reforma de Ley, se mantendrán en los términos y condiciones consignados en los respectivos títulos hasta su terminación “sin perjuicio de lo establecido en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión que se expide por virtud del Decreto, en la ley y en la normatividad que al efecto emita el Instituto Federal de Telecomunicaciones”.

Por lo mismo, para saber si la condición de “no hacer” establecida en el título de concesión de red actualmente se encuentra vigente, se vuelve indispensable analizar si es o no una condición contraria a lo establecido por la Ley y demás normatividad aplicable, ya que en caso de serlo, dicha condición no se encontraría vigente, y, por lo tanto, no podría constituir una condición de “no hacer” que actualice el impedimento dispuesto por el segundo párrafo del artículo Séptimo Transitorio.

Al proceder a este análisis, primeramente, se tiene que el artículo Tercero Transitorio del Decreto de Reforma constitucional, en su fracción VIII, establece:

Tercero. El Congreso de la Unión realizará las adecuaciones necesarias al marco jurídico conforme al presente Decreto dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a su entrada en vigor, y deberá:

(...)

VIII. Determinar los criterios conforme a los cuales el Instituto Federal de Telecomunicaciones otorgará las autorizaciones para el acceso a la multiprogramación, bajo los principios de competencia y calidad, garantizando el derecho a la información y atendiendo de manera particular la concentración nacional y regional de frecuencias, incluyendo en su caso, el pago de las contraprestaciones debidas; (...).

Ahora bien, derivado de lo anterior, el artículo 158 de la Ley Federal de Telecomunicaciones establece que todos los concesionarios tendrán acceso a la multiprogramación conforme a los principios de competencia y calidad, garantizando el derecho a la información, bajo criterios establecidos en la propia Ley. El artículo en cuestión establece lo siguiente:

Artículo 158. El Instituto otorgará autorizaciones para el acceso a la multiprogramación a los concesionarios que lo soliciten, conforme a los principios de competencia y calidad, garantizando el derecho a la información y atendiendo de manera particular la concentración nacional y regional de frecuencias, incluyendo en su caso el pago de las contraprestaciones debidas bajo los siguientes criterios:

I. Los concesionarios solicitarán el número de canales de multiprogramación que quieran transmitir y la calidad técnica que proponen para dicha transmisión;

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIRA DIGITAL



INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

II. Tratándose de concesionarios que pertenezcan a un agente económico declarado como preponderante o con poder sustancial, el Instituto no les autorizará la transmisión de un número de canales superior al cincuenta por ciento del total de los canales de televisión abierta, incluidos los de multiprogramación, autorizados a otros concesionarios que se radiodifunden en la región de cobertura;

III. El Instituto expedirá lineamientos para la aplicación del presente artículo, así como para el pago de la contraprestación que en su caso corresponda;

IV. Cuando el Instituto lleve a cabo el otorgamiento de nuevas concesiones, en todo caso contemplará en el objeto de las mismas la autorización para transmitir multiprogramación en términos del presente artículo, y

V. En ningún caso se autorizará que los concesionarios utilicen el espectro radioeléctrico para prestar servicios de televisión o audio restringidos.

Así las cosas, se puede observar que la Ley refiere que el acceso a la multiprogramación se otorgará por el Instituto a “los concesionarios que lo soliciten”. En este sentido, la Ley se refiere a la totalidad de los concesionarios, sin hacer distinciones (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), limitándolos a cumplir con los requisitos señalados en ese mismo artículo. De este modo, la prohibición de multiplexar contenida en el Anexo A del título de concesión de red es contraria a la Ley vigente, ya que ésta establece que, en principio, todos los concesionarios, siempre que cumplan con los criterios establecidos, pueden acceder a la multiprogramación.

Así las cosas, al observar las normas descritas con anterioridad, es posible afirmar que el legislador contempló, de manera expresa, la posibilidad de acceder a la multiprogramación y, para poder hacer efectivo este derecho previsto en el artículo 158 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, resulta necesario tener la posibilidad de multiplexar. En consecuencia, si bien la condición establecida en el apartado A.2 del Anexo del título de concesión de red pareciera actualizar una condición de “no hacer”, sin embargo ésta no se encuentra vigente, al ser contraria la normatividad antes señalada. Por lo tanto, para estos efectos, no resulta pertinente considerarla como una condición de “no hacer”.

4. Que dichas condiciones hubieren sido determinantes para el otorgamiento de la concesión

Si bien, como consecuencia de la no acreditación del elemento anterior, el análisis de este último elemento resulta innecesario. No obstante, se procede al análisis de este elemento de manera subsidiaria.

Al efecto, el artículo Séptimo Transitorio indica que “no podrán modificarse [...] las condiciones de hacer o no hacer previstas en el título de concesión de origen y que hubieren sido determinantes para el otorgamiento de la concesión”. En este entendido, conviene preguntarse: ¿Qué constituye una condición determinante para el otorgamiento de la concesión?

Si intentamos contestar esa pregunta, nos daremos cuenta que la palabra “determinantes” constituye un concepto jurídico indeterminado. Esto, toda vez que no existen criterios claros o establecidos que nos permitan verificar cuando una condición es o no determinante. Esta situación, en un principio, implica que la autoridad tiene un margen de discrecionalidad para decidir, según el contexto y las circunstancias, cuándo se actualiza el supuesto. Sin embargo, es importante entender exactamente a que nos referimos con ese margen de discrecionalidad. Para Renato Alessi la discrecionalidad es:

“[...] el margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad, margen que tiene la Administración en caso de que los límites establecidos por la ley o la potestad de actuar conferida a aquella sean imprecisos, es decir, señalados por determinaciones imprecisas del interés público. Se trata, pues, de un margen de libertad más o menos limitada, de apreciar cual es el interés público concreto suficiente para justificar la acción conforme a criterios de oportunidad práctica, dentro de los límites del mínimo señalado por la ley. La discrecionalidad, por lo tanto, se exterioriza, necesaria y únicamente en la apreciación comparativa de un interés público y de una forma de actividad como medio adecuado para su satisfacción [...]”⁶

Esto quiere decir que, aunque exista un margen de apreciación, este debe estar constreñido por el interés público y por los límites señalados por la ley. Por lo mismo, su aplicación no puede ser instantánea, sino que requiere de un análisis y una argumentación mucho más profunda del por qué interpretar el concepto de esa manera. Al respecto, es aplicable la siguiente tesis:

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD⁷. Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, sobre todo cuando el lenguaje empleado en su redacción implique conceptos científicos, tecnológicos, axiológicos, económicos, políticos, sociológicos o de otras disciplinas, pues de suyo requiere acudir a ellas. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectual y cognoscitiva no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones subjetivas.

Efectivamente, al tenor de la intelección de los fines de la norma, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto, todo ello situado en su contexto e interactuando, se

⁶ Alessi Renato (1970): Instituciones de Derecho Administrativo traducción española, Barcelona, Bosch Casa editorial, Tomo I, Pág. 195

⁷ No. Registro: 177,342, Tesis aislada, Materia(s):Común, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

VOTO PARTICULAR DISIDENTE RESPECTO A LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA POR MVS MULTIVISIÓN, S.A. DE C.V., A SU TÍTULO Y SE NIEGA LA AUTORIZACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO ADICIONAL DE TELEVISIÓN RADIODIFUNDIRA DIGITAL



INSTITUTO FEDERAL DE
TELECOMUNICACIONES

obtiene que la autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto. Para completar la idea conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública. Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho, ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema normativo-. Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento.

Así las cosas, no basta con que se mencione que las condiciones establecidas en el título de concesión fueron determinantes, sino que se requiere un proceso de fundamentación y motivación que analice todas las opciones y que tome en cuenta el interés público y el contexto de la aplicación. En la Resolución, sin embargo, se obvió este análisis y se dejó de fundar y motivar las condiciones y su situación de “determinantes” para el otorgamiento de la concesión.

Por lo anterior, debido a que sí se actualizan los primeros dos elementos (que exista un título de concesión de origen y que se trate de concesiones de espectro radioeléctrico), pero no se actualizan los dos últimos (que el título de concesión contemple condiciones de no hacer y que dichas condiciones hubieren sido determinantes para el otorgamiento de la concesión) no se actualiza el impedimento dispuesto por el segundo párrafo del artículo Séptimo Transitorio.

En consecuencia, procedía entrar al análisis y estudio de fondo de la solicitud en los términos referidos por la Ley y por los “*Lineamientos generales que establecen los requisitos, términos y condiciones que los actuales concesionarios de radiodifusión, telecomunicaciones y telefonía deberán cumplir para que se les autorice la prestación de servicios adicionales a los que son objeto de su concesión*”, toda vez que no se actualiza ningún supuesto de impedimento previsto en la Ley.

MÉXICO, DISTRITO FEDERAL

ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA