



OFICINA COMISIONADA

IFT/D01/P/OCALI/17/2014

México, D.F., a 20 de junio de 2014

LIC. JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO
Presente

Por este conducto envié a usted, para los efectos conducentes, el voto particular que formulé respecto al Acuerdo P/IFT/EXT/120614/106, mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprobó, en la XV Sesión Extraordinaria celebrada el 12 de junio de 2014, el *"Acuerdo por el que el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones modifica la Convocatoria a la licitación pública para concesionar el uso, aprovechamiento y explotación comercial de canales de transmisión para la prestación del servicio público de televisión radiodifundida digital, a efecto de formar dos cadenas nacionales en los Estados Unidos Mexicanos (Licitación no. IFT-1)"*, mismo que fue listado en el Orden del Día bajo el numeral III.1.

Atentamente,



ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

**VOTO PARTICULAR DISIDENTE QUE FORMULA LA COMISIONADA ADRIANA SOFÍA
LABARDINI INZUNZA RESPECTO AL ACUERDO P/IFT/EXT/120614/106**

El 12 de junio de 2014, en la XV Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, se sometió a discusión y votación del Pleno, como primer punto del Orden del Día, el proyecto de *“Acuerdo por el que el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones modifica la Convocatoria a la licitación pública para concesionar el uso, aprovechamiento y explotación comercial de canales de transmisión para la prestación del servicio público de televisión radiodifundida digital, a efecto de formar dos cadenas nacionales en los Estados Unidos Mexicanos (Licitación no. IFT-1)”*. Este proyecto fue aprobado por cinco votos a favor, y quedó registrado como Acuerdo P/IFT/EXT/120614/106 (en adelante, el “Acuerdo”). La suscrita, Adriana Sofía Labardini Inzunza votó en contra, por las consideraciones y razonamientos vertidos en la propia sesión, mismos que se sustentan, sistematizan y engrosan a través del presente voto particular.

Como segundo y último punto del Orden del Día, también se presentó el proyecto de *“Acuerdo por el que el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones modifica el Calendario de actividades establecido en las Bases de licitación pública para concesionar el uso, aprovechamiento y explotación comercial de canales de transmisión para la prestación del servicio público de televisión radiodifundida digital, a efecto de formar dos cadenas nacionales en los Estados Unidos Mexicanos (Licitación no. IFT-1)”* para modificar las Bases de la Licitación citada, como consecuencia de la modificación de la Convocatoria. Este proyecto tenía el propósito de recalendarizar todas las actividades y etapas que conforman la licitación, a partir del aplazamiento de las fechas de presentación de las Solicitudes de Opinión en Materia de Competencia Económica ante la Unidad de Competencia Económica (en adelante, la “UCE”). Dicho acuerdo fue aprobado también por cinco votos a favor y quedó registrado como Acuerdo P/IFT/EXT/120614/107. La suscrita igualmente votó en contra por las mismas razones y consideraciones por las que votó en contra de la modificación de la Convocatoria, por lo cual este voto particular explica ambos votos disidentes.

La exposición del presente voto se divide en cuatro partes: i) Objeto del Acuerdo, ii) Modificaciones a la Convocatoria, y iii) Motivación de las Modificaciones, y iv) Mandato Constitucional y ausencia de una reserva de Ley.

OBJETO DEL ACUERDO

El Acuerdo tiene por objeto modificar la *“Convocatoria a la licitación pública para concesionar el uso, aprovechamiento y explotación comercial de canales de transmisión para la prestación del servicio público de televisión radiodifundida digital, a efecto de formar*

dos cadenas nacionales en los Estados Unidos Mexicanos (Licitación No. IFT-1)" (en lo sucesivo, la "Convocatoria"), a efecto de cambiar los plazos para que los interesados presenten su Solicitud de Opinión en Materia de Competencia Económica (en adelante, la "solicitud") en los siguientes términos:

*"Se modifican las fechas contenidas en los Numerales 2.2 y 2.3 de la Convocatoria [...], para quedar como sigue: 2.2. La solicitud de opinión deberá dirigirse a la Unidad de Competencia Económica del Instituto, de conformidad con el instructivo que estará a disposición de los interesados a más tardar el 9 de marzo de 2014, en el portal de Internet www.ift.org.mx y **entregarse los días 2 y 3 de septiembre de 2014** en la Oficialía de Partes del Instituto, con horario de atención de 9:00 a 18:00 horas, cuyo domicilio se señala en el numeral 4.3 de la presente Convocatoria. 2.3. La opinión en materia de competencia económica será notificada al interesado que la haya solicitado, por conducto de la Unidad de Competencia Económica en el domicilio del Instituto, **los días 13 y 14 de noviembre del 2014.**"*

Como se puede observar, el Acuerdo modifica las fechas de presentación de las solicitudes (inicialmente establecidas para el 16 y 17 de junio) al 2 y 3 de septiembre de 2014. La razón hecha valer en el proyecto de Acuerdo para modificar estas fechas consistió en la ausencia de la legislación secundaria. Al efecto, el Acuerdo indica:

"Al respecto, encontrándose pendiente la emisión de la legislación referida, no existe certidumbre sobre algunos aspectos que pueden incidir en el plan de negocios de los interesados, lo que podría constituir un desincentivo a la inversión, tanto para posibles participantes como para la obtención de financiamiento. Por ello, se estima procedente modificar las fechas previstas en la Convocatoria, a efecto de que previamente al inicio del proceso por parte de los posibles participantes, éstos cuenten con mayores elementos sobre la regulación aplicable a las concesiones objeto de la licitación. Lo anterior, es consistente con el mandato de asegurar la máxima concurrencia en las licitaciones públicas relativas a las concesiones del espectro radioeléctrico, previsto en el artículo 28 constitucional."

De conformidad con lo señalado en el Acuerdo, la ausencia de legislación secundaria provoca una incertidumbre para los posibles interesados, la cual automáticamente constituye un desincentivo a la inversión, tanto para posibles participantes como para la obtención de financiamiento. De este modo, a efecto de asegurar la máxima concurrencia en esta licitación, el Acuerdo establece que es procedente modificar las fechas previstas

inicialmente en la Convocatoria. No obstante, como se argumentará en el presente voto, el Acuerdo carece de una motivación adecuada.

MODIFICACIONES A LA CONVOCATORIA

En un principio, conforme a los artículos Séptimo y Octavo Transitorio fracción II del Decreto de reforma constitucional en materia de telecomunicaciones,¹ los artículos 17-B y 17-C de la Ley Federal de Radio y Televisión (en lo sucesivo, la “LFRT”),² y el artículo 9 fracción IX del Estatuto Orgánico del Instituto (en adelante, el “Estatuto”),³ el Pleno tiene la facultad para aprobar las convocatorias de licitación pública de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico en materia de radiodifusión y con ella, la facultad implícita para modificarlas, sí, siempre y cuando ello se haga en forma fundada y motivada.⁴

¹ Artículo Octavo Transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones.- Una vez constituido el Instituto Federal de Telecomunicaciones conforme a lo dispuesto en el artículo Sexto Transitorio, deberá observarse lo siguiente: [...] II. Para dar cabal cumplimiento al Programa de Licitación y Adjudicación de Frecuencias de Televisión Radiodifundida Digital, el Instituto Federal de Telecomunicaciones publicará, en un plazo no mayor a ciento ochenta días naturales a partir de su integración, las bases y convocatorias para licitar nuevas concesiones de frecuencias de televisión radiodifundida [...]

² Artículo 17-B de la LFRT.- La Comisión deberá publicar la convocatoria para la licitación de nuevas concesiones en el Diario Oficial de la Federación, poniendo a disposición de los interesados las bases de la licitación en un plazo máximo de 30 días naturales contados a partir de la citada publicación. Artículo 17-C.- La convocatoria deberá contener: I. Frecuencia a través de la cual se prestara el servicio objeto de la licitación, potencia y zona geográfica de cobertura; II. Los requisitos y plazos que deberán cumplir los interesados en participar en la licitación; y III. Formas de adquisición de las bases de licitación.

³ Artículo 9 fracción IX del Estatuto.- Corresponde al Pleno el ejercicio de las siguientes atribuciones: [...] IX. Aprobar las convocatorias y bases de licitación pública de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico [...]

⁴ Por lo que respecta a las Bases de Licitación, éstas contemplan tres supuestos para realizar modificaciones, el primero consiste en realizar “modificaciones en los canales de 6 MHz a concesionar u otras características técnicas para la prestación del Servicio Público de Televisión Radiodifundida Digital, con el objetivo de efficientar el uso del espectro radioeléctrico”. El segundo consiste en que dichas modificaciones se deriven de las respuestas emitidas en la “etapa de preguntas y respuestas”. Mientras que, el tercero indica genéricamente que: “hasta antes de la fecha fijada para la presentación del Apéndice A, el Instituto podrá modificar los términos y condiciones establecidos en las Bases, Apéndices y sus Anexos”. Al respecto véase: “Bases de la Licitación.- [...] 2. Objeto de la Licitación. [...] El Instituto podrá determinar modificaciones en los canales de 6 MHz a concesionar u otras características técnicas para la prestación del Servicio Público de Televisión Radiodifundida Digital, con el objetivo de efficientar el uso del espectro radioeléctrico. Dichas modificaciones se harán del conocimiento de los Interesados / Participantes a través de su publicación en el portal de Internet del Instituto. (página.18) [...] 4. Desarrollo de las Etapas de la Licitación. [...] 4.1. Primera Etapa: Preguntas y Respuestas y Entrega de documentación al Instituto. 4.1.1.4. Cualquier modificación a las Bases, Apéndices y sus Anexos, derivada del resultado de las respuestas emitidas, será considerada como parte integrante de dichos documentos. En caso de existir modificaciones a los mismos, éstas se publicarán en el

En el presente caso, si bien es comprensible el problema que ha representado en términos generales la ausencia de legislación secundaria para el sector, el Acuerdo no justifica: primero la falta de concurrencia de interesados; segundo, el que en todo caso ella fuera atribuible a la ausencia de la legislación; y tercero, que la recalendarización resuelva el aparente problema no acreditado. Aún más, el proyecto no explica cómo esta circunstancia de la ausencia de legislación es distinta hoy día, siendo que en la fecha de publicación de la Convocatoria (el 6 de marzo del 2014), ya se conocía esta falta de ley secundaria. En este sentido, me pregunto: ¿Basta con invocar la ausencia de ley para motivar la modificación de la Convocatoria? o ¿Es necesario que la autoridad motive con evidencias y una relación causa-efecto los tres aspectos arriba indicados, y que demuestre la existencia de una situación o circunstancia problemática a fin de sustentar la modificación propuesta?

Al respecto, de conformidad con los artículos 14 y 16 constitucionales, toda autoridad debe basar sus actos en los principios de legalidad y seguridad o certeza jurídica. El primero de estos principios indica que toda actuación de la autoridad debe estar debidamente fundada y motivada en las leyes vigentes al momento de su emisión.⁵ Mientras que, el segundo principio implica que las decisiones de las autoridades deben ser previsibles hasta cierto grado, de suerte que los sujetos de derecho puedan orientarse en su comportamiento.⁶

Como consecuencia, la modificación de cualquiera de los elementos de la Convocatoria debe estar debidamente motivada. Esta motivación implica justificar con evidencias las situaciones o cuestiones problemáticas que ameritan realizar las modificaciones.⁷ Dichas

portal de Internet del Instituto (página.22) [...] 12. Disposiciones Generales. [...] 12.1. Hasta antes de la fecha fijada para la presentación del Apéndice A, el Instituto podrá modificar los términos y condiciones establecidos en las Bases, Apéndices y sus Anexos [...]"

⁵ Al respecto, véase: **FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, CONCEPTO DE.** La garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, establece que todo acto de autoridad precisa encontrarse debidamente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero la obligación de la autoridad que lo emite, para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada; y por lo segundo, que exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el por qué consideró que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa. Tesis Aislada (Penal). Tesis: I. 4o. P. 56 P. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. 209986. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XIV, Noviembre de 1994, p. 450.

⁶ La certeza o seguridad jurídica es un principio que tiene doctrinariamente, al menos, dos significados. El primer significado señala que las normas jurídicas deben generar certidumbre en los sujetos de derecho u operadores jurídicos. El segundo indica que las decisiones de los tribunales deben ser hasta cierto punto previsibles, de suerte que los sujetos de derecho puedan orientarse en su comportamiento. Respecto a este segundo sentido, por ejemplo, Hans Kelsen define a la seguridad jurídica como el hecho de que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado y, en consecuencia, calculables, de tal manera que los sujetos de derecho pueden orientarse en su comportamiento, véase en: Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 2a edición, traducción de R.Vernengo (México: Porrúa, 1991) p. 260.

⁷ Al respecto, véase: **MOTIVACION, CONCEPTO DE.** La motivación exigida por el artículo 16 constitucional consiste en el razonamiento, contenido en el texto mismo del acto autoritario de molestia, según el cual quien

situaciones deberían caracterizarse mínimamente por un cambio en las circunstancias originales, bajo las cuales se emitió la Convocatoria el día 6 de marzo del 2014, pues de otra manera, la autoridad hubiese tenido la oportunidad de valorarlas al momento de emitir la Convocatoria.

En este sentido, no sólo basta invocar una realidad de todos conocida para modificar la Convocatoria, sino que es necesario contar con los elementos suficientes para demostrar que dicha realidad o situación es la causa de un problema real que amerita modificar la Convocatoria emitida por el Pleno. Como corolario de lo anterior, desde mi punto de vista, en el presente caso, para modificar la Convocatoria, sería necesario acreditar al menos los siguientes elementos:

- i) Que existe una situación o circunstancia problemática causada por otro hecho u omisión que justifique las modificaciones;
- ii) Que tal circunstancia se presentó como consecuencia de otro hecho u omisión suscitado con posterioridad a la fecha de emisión de la Convocatoria; y
- iii) Que dicha situación sea comprobable y que represente un peligro para el proceso de licitación en sus términos originalmente establecidos.

MOTIVACIÓN DE LAS MODIFICACIONES

A continuación analizaré si las modificaciones propuestas en el Acuerdo cumplen con los tres elementos señalados anteriormente, los cuales están relacionados con la motivación de las modificaciones.

- i) **Que exista una situación o circunstancia problemática causada por otro hecho u omisión que justifique las modificaciones**

lo emite llega a la conclusión de que el acto concreto al cual se dirige, se ajusta exactamente a las prevenciones de determinados preceptos legales. Es decir, motivar un acto es externar las consideraciones relativas a las circunstancias de hecho que se formula la autoridad para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal. Jurisprudencia (Común). Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. 237716. Segunda Sala. Volumen 151-156, Tercera Parte, p. 225; y **MOTIVACION, CONCEPTO DE.** La motivación exigida por el artículo 16 constitucional consiste en el razonamiento, contenido en el texto del acto autoritario conforme al cual quien lo emite llega a la conclusión de que el caso concreto se ajusta a las prevenciones legales que le sirven de fundamento. Tesis Aislada (Común). Tesis: II.2o.181 K. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. 213531. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XIII, Febrero de 1994, p. 357.

Primeramente, el Acuerdo sí identifica una realidad (que no es nueva): la ausencia de legislación. Esta ausencia, desde su perspectiva, constituye la causa fáctica de incertidumbre y desincentivo a la inversión. Al efecto, el Acuerdo establece:

*“Al respecto, **encontrándose pendiente la emisión de la legislación referida, no existe certidumbre sobre algunos aspectos que pueden incidir en el plan de negocios de los interesados, lo que podría constituir un desincentivo a la inversión,** tanto para posibles participantes como para la obtención de financiamiento [...]”*

De este modo, el Acuerdo plantea una relación causal de la siguiente manera:

Causa	Efecto
Ausencia de legislación secundaria.	Falta de certidumbre sobre algunos aspectos que pueden incidir en el plan de negocios de los interesados, lo que podría constituir un desincentivo a la inversión, tanto para posibles participantes como para la obtención de financiamiento.

ii) **Que tal circunstancia se presentó como consecuencia de otro hecho u omisión suscitado con posterioridad a la fecha de emisión de la Convocatoria**

Como otro elemento de la motivación habrá que considerar que, si bien la “causa” es un hecho notorio y público, pues el Congreso de la Unión todavía no ha aprobado la legislación secundaria en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, no obstante, el “efecto” que se le atribuye y la misma relación “causa-efecto” entre estos dos hechos no quedan probados (como se indicará en el inciso “(iii)” de este apartado). Ahora bien, independientemente de la existencia o no de la “certidumbre respecto a algunos aspectos que pudieran incidir en el plan de negocios de los interesados” (es decir, del “efecto”), lo cierto es que la “causa” que da origen a esta incertidumbre ya existía desde el momento en que, inicialmente, el Pleno aprobó la Convocatoria.

Al efecto, el Decreto de Reforma constitucional estableció que, dentro de los 180 días naturales contados a partir de la entrada en vigor del mismo, el Congreso de la Unión

debería expedir la legislación secundaria.⁸ Dicho plazo de 180 días feneció el 9 de diciembre de 2013.

Posteriormente, el 20 de diciembre de 2013 se publicó en el DOF el “Programa de Licitación y Adjudicación de Frecuencias de Televisión Radiodifundida Digital”, mismo que fue modificado mediante publicación en el mismo medio de difusión el 30 de enero de 2014. Lo anterior fue aprobado por el Instituto, a pesar que el Congreso de la Unión no había emitido la legislación secundaria en la materia.

Consecuentemente, el 6 de marzo de 2014, el Instituto aprobó la Convocatoria y un día después (7 de marzo de 2014) aprobó las Bases de la Licitación. De este modo, al momento de aprobarse la Convocatoria, el Instituto tenía pleno conocimiento que el plazo de 180 días para expedir la legislación secundaria ya había fenecido y que, hasta al momento, no se contaba con dicha legislación, ni siquiera con la iniciativa del Ejecutivo Federal, que fue presentada ante el Senado de la República el día 24 de marzo del 2014.

Bajo este contexto, ¿Qué decidió el Instituto ante esta ausencia de legislación secundaria el 6 de marzo de 2014? El Instituto decidió aprobar la Convocatoria con las fechas inicialmente propuestas. Es decir, el Instituto fijó los días 16 y 17 de junio como las fechas en las cuales los interesados deberían presentar sus solicitudes. En contraste, prevaleciendo las mismas circunstancias, el 12 de junio de 2014, el Pleno acordó posponer las fechas en que los interesados habrán de presentar las solicitudes de opinión ante la UCE al 2 y 3 de septiembre de 2014 (en lugar del 16 y 17 de junio como inicialmente fue acordado) porque la falta de legislación podría constituir un desincentivo a la inversión y el financiamiento.

- iii) **Que dicha situación sea comprobable y que represente un peligro para el proceso de licitación en sus términos originalmente establecidos**

Como se expuso anteriormente, la situación que acontece se compone de tres partes:

- a) Una causa (consistente en la ausencia de legislación),
- b) Un efecto (consistente en la incertidumbre que desincentiva la participación e inversión en la licitación), y

⁸ **Artículo Tercero Transitorio del Decreto.-** 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 [...] **Artículo Cuarto Transitorio del Decreto.-** 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 [...]

- c) Una relación causa-efecto (consistente en que la ausencia de legislación desincentiva la participación e inversión en la licitación).

Respecto a la “causa”, ésta sí es un hecho comprobable. Lo anterior porque es un hecho notorio y público, que, a la fecha, el Congreso de la Unión todavía no ha aprobado la legislación secundaria en materia de telecomunicaciones y radiodifusión.

En cuanto al “efecto”, el Acuerdo no presenta ningún elemento probatorio que, efectivamente, compruebe que existe una “incertidumbre que se traduce en un desincentivo para la inversión en la licitación por parte de los posibles interesados”. En este sentido es necesario tomar en cuenta tres puntos importantes.

En primer lugar, no existe registro o constancia que nos permita medir el grado de concurrencia o bien que algún posible interesado/participante haya manifestado al Instituto su preocupación por la ausencia de la ley secundaria, ni que haya señalado a ésta como una causa de su no participación. En segundo lugar, al 12 de junio de 2014 (fecha en la que se aprobó el Acuerdo por el Pleno) era imposible determinar objetivamente si habría concurrencia o no en la licitación, pues la Convocatoria inicialmente indicaba que sólo los días 16 y 17 junio se podían presentar las solicitudes por parte de los interesados. En tercer lugar, ni la Convocatoria ni las Bases contemplan un pre-registro de probables interesados en la licitación, del cual se compruebe que existe una baja o nula concurrencia.

En cuanto a la relación causa-efecto, conviene preguntarse ¿En qué se sustenta la relación entre la falta de legislación secundaria y el desincentivo a participar en el proceso de licitación? El Acuerdo no menciona nada respecto a esta relación causal. De hecho, no se hace alusión a ningún análisis que mida el impacto que se le atribuye a la falta de legislación secundaria.

De este modo, el Acuerdo no señala ninguna prueba ni directa, ni indiciaria con la cual se pueda demostrar la existencia de esta relación causal. En este sentido, las escuetas consideraciones del Acuerdo son un tanto especulativas y por tanto incrementan la incertidumbre en lugar de remediarla. Bajo estas suposiciones, igualmente, se podría argumentar que las modificaciones a la Convocatoria propuestas en el Acuerdo podrían crear *per se* un desincentivo a la participación en la licitación, debido a que el cambio en las reglas de la licitación por parte del propio Instituto generan incertidumbre y un riesgo de imprevisibilidad.

Como consecuencia de lo anterior, si ya los posibles participantes sabían de la ausencia de la legislación, ahora con la decisión de recalendarización contarán con una nueva incertidumbre respecto a las futuras y probables modificaciones que el Instituto pueda

realizar a la Convocatoria o las Bases, amén de que nada garantiza que la legislación referida será aprobada antes de las nuevas fechas acordadas del mes de septiembre.

Aunado a lo anterior, la presentación de la solicitud de opinión que estaba prevista para los días 16 y 17 de junio, no requería la presentación de una propuesta económica ni del plan de negocios sino hasta el mes de septiembre de 2014 (como originalmente señalaban las Bases). Asimismo, el numeral 4.4.2.2 de las Bases indica que las *“personas físicas y/o morales que constituyan la sociedad mercantil referida⁹ deberán ser las mismas que hayan sido consideradas en la Opinión en Materia de Competencia Económica, excepto que cuenten con la autorización expresa del Instituto para modificarla.”* De modo que este numeral abre la posibilidad de cambiar de socio siempre y cuando lo autorice el Instituto.

Como corolario de lo anterior, no existe evidencia para demostrar que dicha situación problemática que acontece represente efectivamente un problema para el proceso de licitación en sus términos originalmente establecidos, ni mucho menos para comprobar que la modificación propuesta ponga remedio al problema encontrado. Por último, en el siguiente apartado, analizaré las modificaciones propuestas a la Convocatoria a la luz del Decreto de reforma constitucional en materia de telecomunicaciones.

MANDATO CONSTITUCIONAL Y AUSENCIA DE UNA RESERVA DE LEY

Aunado a lo anteriormente señalado, el Acuerdo también busca sustentar las modificaciones a la Convocatoria con fundamento en el artículo 28 constitucional, el cual indica que:

“Artículo 28 constitucional.- Las concesiones del espectro radioeléctrico serán otorgadas mediante licitación pública, a fin de asegurar la máxima concurrencia, previniendo fenómenos de concentración que contraríen el interés público y asegurando el menor precio de los servicios al usuario final; en ningún caso el factor determinante para definir al ganador de la licitación será meramente económico [...]”

Como puede observarse, este artículo establece que, en las concesiones del espectro radioeléctrico, se deberá asegurar la máxima concurrencia. Esta máxima concurrencia se logra principalmente, según la Constitución, mediante el proceso de “licitación pública”. Si bien el presente Acuerdo busca, adicionalmente, lograr la máxima concurrencia mediante la modificación de los plazos de la Convocatoria, no obstante, dicho fin ya se logra

⁹ Es decir, aquella que pretenda ser la concesionaria, una vez que su consorcio haya resultado ser el ganador de la licitación.

realizando la licitación en los términos y condiciones originalmente indicados en la Convocatoria y las Bases. De hecho, éste es el mismo fin que se persiguió al momento de emitir esos ordenamientos.

Aunado a lo anterior, el artículo Octavo Transitorio del Decreto indica lo siguiente:

“Artículo Octavo Transitorio. Una vez constituido el Instituto Federal de Telecomunicaciones conforme a lo dispuesto en el artículo Sexto Transitorio, deberá observarse lo siguiente: II. Para dar cabal cumplimiento al Programa de Licitación y Adjudicación de Frecuencias de Televisión Radiodifundida Digital, el Instituto Federal de Telecomunicaciones publicará, en un plazo no mayor a ciento ochenta días naturales a partir de su integración, las bases y convocatorias para licitar nuevas concesiones de frecuencias de televisión radiodifundida que deberán ser agrupadas a efecto de formar por lo menos dos nuevas cadenas de televisión con cobertura nacional, bajo los principios de funcionamiento eficiente de los mercados, máxima cobertura nacional de servicios, derecho a la información y función social de los medios de comunicación, y atendiendo de manera particular las barreras de entrada y las características existentes en el mercado de televisión abierta. No podrán participar en las licitaciones aquellos concesionarios o grupos relacionados con vínculos de tipo comercial, organizativo, económico o jurídico, que actualmente acumulen concesiones para prestar servicios de radiodifusión de 12 MHz de espectro radioeléctrico o más en cualquier zona de cobertura geográfica.”

Como puede observarse, ni la Convocatoria ni las Bases de Licitación quedaron sujetas a una reserva de ley. Incluso, en el Dictamen de las Comisiones Unidas del Senado respecto al Decreto de reforma constitucional en materia de telecomunicaciones,¹⁰ se señala claramente que la publicación de la Convocatoria está sujeta a la constitución del Instituto y no a la expedición de la legislación secundaria:

“La publicación de bases de licitación de frecuencias de TV, tiene un plazo de 180 días también sujeto a la constitución del Instituto Federal de Telecomunicaciones, ello se explica porque el instituto, una vez constituido, podrá diseñar y emitir las bases de licitación, los mecanismos de adjudicación

¹⁰ Diversos criterios judiciales reconocen la pertinencia de utilizar la exposición de motivos de las reformas constitucionales para interpretar las normas constitucionales. Al respecto, véase por ejemplo: LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION. EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA REFORMA A LA FRACCION I DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. SU INTERPRETACION. Tesis Aislada (Penal). Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. 247897. Tribunales Colegiados de Circuito. Volumen 205-216, Sexta Parte, p. 294.

que tendrán que conjugar los criterios económicos y no económicos para la selección del ganador, el diseño del título de concesión y las condiciones que contendrá, la definición del precio de salida y las demás condiciones a las que estará sujeto el o los ganadores. Por otro lado, es necesario revisar los aspectos de competencia a fin de verificar su cumplimiento, tales como el apego a los criterios de acumulación de espectro, propiedad cruzada, entre otros, los que por sí requieren de un proceso e investigación específica”.¹¹

Hasta el momento, el Instituto ha emitido un conjunto de Resoluciones y Acuerdos que constitucionalmente no estaban sujetos a reserva de ley secundaria, sin que haya sido obstáculo de ello la ausencia de ley secundaria. Muestra de lo anterior son las resoluciones que determinan a los agentes económicos preponderantes en los sectores telecomunicaciones y radiodifusión.

De este modo, el hecho de que el Instituto modifique los plazos de la Convocatoria por la ausencia de ley secundaria, automáticamente implica otorgarle un carácter de reserva de ley al proceso de licitación de las dos cadenas de televisión, carácter que, como se ha expuesto, no tiene fundamento, de conformidad con el artículo Octavo Transitorio del Decreto.

Asimismo, el sujetar la licitación a la promulgación de la ley secundaria es preocupante, puesto que el efecto será aplazar la competencia, es decir la entrada al mercado de competidores, en un mercado altamente concentrado, en perjuicio de audiencias y anunciantes. La última concesión otorgada en materia de televisión comercial radiodifundida data de 1994, es decir veinte años en los que las audiencias de televisión abierta no han podido gozar de mayor diversidad de contenidos y los anunciantes no tienen más que dos opciones de medios de televisión abierta para anunciarse.

Hasta el momento, el Instituto se ha caracterizado por cumplir con todos los mandatos constitucionales y legales en tiempo y forma, de modo que ha generado credibilidad y confianza. Es importante que lo siga haciendo consistentemente, que cuide la certidumbre y predictibilidad de sus actos, que emita reglas claras y certeras, antes de tratar de mitigar la incertidumbre generada por otras autoridades públicas.

¹¹Senado de la República, *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Comunicaciones y Transportes; de Radio, Televisión y Cinematografía y de Estudios Legislativos, con la Opinión de las Comisiones de Gobernación y de Justicia, respecto de la Minuta con Proyecto de Decreto por el que se Reforman y Adicionan Diversas Disposiciones de los Artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 Y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de telecomunicaciones*, p.267.

Por todo lo anteriormente expuesto en el presente voto particular, disiento de los términos y el sentido en que se presentó el Acuerdo para su votación.

México, D.F., 20 de junio de 2014



ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES