

IFT/100/PLENO/OC-ACT/0032/2018
Ciudad de México, a 31 de julio de 2018.

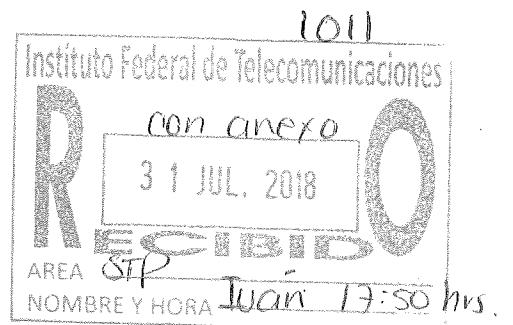
David Gorra Flota
Secretario Técnico del Pleno
P r e s e n t e.

Por instrucciones del Comisionado Adolfo Cuevas Teja, y para los efectos conducentes, remito a la Secretaría Técnica del Pleno a su digno cargo, el documento que contiene el voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de *"quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada"*; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017, mismo que consta de 32 fojas útiles.

Sin otro particular, le envío un cordial saludo.

Atentamente,

Javier Adrián Arriaga Aguayo
Director General



C. c. p. - Mtro. Adolfo Cuevas Teja. - Comisionado en el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Para su superior conocimiento. Presente.

Insurgentes sur 1143,
Col. Nochebuena, C.P. 03720
Delegación Benito Juárez,
Ciudad de México.
Tels. (55) 5015 4000

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

Ciudad de México, a 31 de julio de 2018.

Con fundamento en el artículo 49, segundo párrafo, *in fine*, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (“**LFTyR**”) y 10, segundo párrafo, *in fine*, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, formulo el presente voto particular respecto a los Acuerdos P/IFT/140717/454, P/IFT/140717/455, P/IFT/140717/456, P/IFT/140717/457, P/IFT/140717/458, P/IFT/140717/459, P/IFT/140717/460, P/IFT/140717/461, P/IFT/140717/462, P/IFT/140717/463, P/IFT/140717/464, P/IFT/140717/465, P/IFT/140717/466, P/IFT/140717/467 y P/IFT/140717/468, correspondientes a los asuntos III.2 al III.16, respectivamente, del Orden del Día de la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno de este Instituto, celebrada el pasado 14 de julio de 2017.

Tal como lo señalé durante mi intervención en la Sesión de Pleno antes precisada, el sentido de mi voto fue en contra de los Acuerdos supra citados, mismos que se refieren a diversas Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada, en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada.

En ese sentido, mi voto en contra de los Acuerdos en comento, encuentra sustento en los antecedentes y consideraciones que señalo a continuación:

ANTECEDENTES

1. El 15 de septiembre de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (“**DOF**”) el “*Acuerdo por el que se establecen los requisitos para llevar a cabo el cambio de frecuencias autorizadas para prestar el servicio de radio y que operan en la banda de Amplitud Modulada, a fin de optimizar el uso, aprovechamiento y explotación de un bien del dominio público en transición a la radio digital.*” (“**Acuerdo 2008**”).

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

2. En fecha 16 de junio de 2011, se publicó en el “DOF” el “Acuerdo por el que se adopta el estándar para la radio digital terrestre y se establece la política para que los concesionarios y permisionarios de radiodifusión en las bandas 535-1705 kHz y 88-108 MHz, lleven a cabo la transición a la tecnología digital en forma voluntaria”. (“Acuerdo 2011”).

3. Con fecha 16 de diciembre de 2014, en su XXXVIII Sesión Extraordinaria, el Pleno de este Instituto, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/161214/278, aprobó el “Acuerdo por el que el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprueba los elementos a incluirse en el Programa Nacional de Espectro Radioeléctrico y en el Programa de Trabajo para garantizar el uso óptimo de las bandas 700 MHz y 2.5 GHz bajo principios de acceso universal, no discriminatorio, compartido y continuo; y emite el Programa de Trabajo para Reorganizar el Espectro Radioeléctrico a Estaciones de Radio y Televisión.” (“Acuerdo 2014”).

4. El 24 de noviembre de 2016, se publicó en el “DOF” el “Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprueba y emite los Lineamientos mediante los cuales el Instituto Federal de Telecomunicaciones establece los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de Radiodifusión Sonora que operan en la banda de amplitud modulada a frecuencia modulada” (“Lineamientos”), mismos que, conforme a lo dispuesto en el artículo PRIMERO TRANSITORIO, entraron en vigor el 19 de enero de 2017.

5. En fecha 14 de julio de 2017, el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones celebró su XXXI Sesión Ordinaria (“Sesión Ordinaria”), en la cual se resolvieron, entre otros, los asuntos correspondientes a los numerales III.2 a III.16 del Orden del Día (“Resoluciones”).

CONSIDERACIONES:

1. DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN.

Conforme a artículo SEGUNDO TRANSITORIO de los “Lineamientos”, los interesados en solicitar el cambio a la banda de Frecuencia Modulada (“FM”) debían presentar su solicitud dentro de los 10 días hábiles contados a partir de su entrada en vigor, plazo que transcurrió del 19 de enero al 1º de febrero de 2017.

Para el caso concreto, se presentaron 96 (noventa y seis) solicitudes por medio de las cuales diversos concesionarios solicitaron autorización para cambiar la frecuencia concesionada

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

por una frecuencia en la banda de “FM” en 40 (cuarenta) localidades, de las cuales resultaron 83 (ochenta y tres) procedentes y 13 (trece) extemporáneas.

Cabe destacar, que las solicitudes de autorización de cambio de frecuencia fueron presentadas con posterioridad a la entrada en vigor de la “LFTyR” (13 de agosto de 2014), por lo que, en términos jurídicos, este Instituto se encontraba obligado a tramitarlas y resolverlas atendiendo a lo dispuesto en dicha ley y demás disposiciones aplicables.

De conformidad con lo anterior, en relación con las “Resoluciones”, uno de los motivos por los cuales voté en contra, tal y como lo manifesté en la “Sesión Ordinaria”, tuvo que ver con el monto de la contraprestación que fijó el Instituto, toda vez que éste no consideró como referencia nacional del valor de mercado el monto pagado correspondiente a la Licitación IFT-4, para determinar el monto de la contraprestación que debían erogar los concesionarios que fueron sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada, tal y como lo ordena el artículo 100, fracción V, de la “LFTyR”, disposición vigente y aplicable al caso concreto.

Para mayor claridad, el artículo de referencia, en su parte conducente señala:

“Artículo 100. Para fijar el monto de las contraprestaciones por el otorgamiento, la prórroga de la vigencia o los cambios en los servicios de las concesiones, así como por la autorización de los servicios vinculados a éstas tratándose de concesiones sobre el espectro radioeléctrico, el Instituto deberá considerar los siguientes elementos:

“(…)

“V. Referencias del valor de mercado de la banda de frecuencia, tanto nacionales como internacionales, y

“(…)”

[Énfasis añadido]

Como se podrá observar, la disposición legal transcrita establece que el Instituto, al fijar el monto de las contraprestaciones por el otorgamiento de las concesiones, deberá

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

considerar, entre otros elementos, las referencias del valor de mercado de la banda de frecuencia, tanto nacionales como internacionales.

Ahora bien, para una mejor comprensión, resulta pertinente referir las particularidades más importantes de la Licitación IFT-4, por las cuales considero que el IFT debió tomar en cuenta el monto pagado en la misma al momento de fijar la contraprestación que debían pagar los solicitantes que fueron sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de “FM”.

Al respecto, la Licitación IFT-4 tuvo como objeto, concesionar el uso, aprovechamiento y explotación comercial de 191 Frecuencias en el segmento de 88 a 106 MHz de la banda de Frecuencia Modulada y de 66 Frecuencias en el segmento de 535 a 1605 kHz de la banda de Amplitud Modulada, para la prestación del Servicio Público de Radiodifusión Sonora, tal y como consta en la Convocatoria que se publicó en el DOF el 20 de junio de 2016¹.

Asimismo, del calendario de actividades contenido en las Bases de dicha Licitación², en el apartado correspondiente a la Cuarta Etapa, denominado “Emisión de Acta de Fallo, Pago de Contraprestación y otorgamiento de Títulos de Concesión”, en su numeral 5.4.3, se dispuso como fecha para el pago de la contraprestación el período correspondiente del 30 de abril al 22 de mayo del 2017, es decir, 54 días antes de la celebración de la “Sesión Ordinaria”.

De lo relatado hasta aquí, como punto relevante, estimo necesario resaltar que, tanto en la Licitación IFT-4 como en las “Resoluciones”, se fijó un monto de contraprestación por el uso, aprovechamiento y explotación de la banda de Frecuencia Modulada.

Igualmente, resulta importante destacar que, para el momento de la aprobación de las “Resoluciones”, ya se habían pagado los montos de contraprestación en la Licitación IFT-4.

¹ Convocatoria consultable en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5441814&fecha=20/06/2016

² Documento consultable en:
http://www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/espectroradioelectrico/radiodifusion/2016/4/basesift-4_1.pdf

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

Ahora bien, expuesto lo anterior, como manifesté en párrafos precedentes, estimo que al aprobar las “Resoluciones”, este Pleno debió de haber tomado en cuenta, para determinar el monto de contraprestación, los montos pagados en la Licitación IFT-4, mismos que ya se conocían al momento de la celebración de la “Sesión Ordinaria” y, por ende, resultaban ser un hecho notorio para el Pleno del IFT, en virtud de que en ambos casos los montos a pagar por contraprestación se encontraban relacionados con idéntica porción de espectro radioeléctrico.

Por las razones expresadas, es que considero que el Pleno del Instituto se encontraba obligado a incluir en su análisis los montos pagados en la Licitación IFT-4, los que, sin asomo de duda, estimo constituyen referencias de valor de mercado en términos del artículo 100, fracción V de la “LFTyR”, y en cumplimiento, además, al marco jurídico vigente, como se explica a continuación.

Sobre el particular, conviene tener presente que en términos de lo dispuesto artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“Constitución”) el Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y de las telecomunicaciones, para lo cual tendrá a su cargo, entre otros aspectos, la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico.

De igual manera, el citado precepto constitucional señala que 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.

Asimismo, cabe destacar que de conformidad con el artículo 27 de la “Constitución”, el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la Nación, por lo que, en términos del artículo 54 de la “LFTyR”, su titularidad y administración corresponden al Estado.

En esa tesitura, en términos de lo previsto por el último dispositivo legal arriba invocado, dicha administración se ejercerá por el Instituto Federal de Telecomunicaciones mediante la elaboración de planes y programas; el otorgamiento de concesiones; la supervisión de las emisiones radioeléctricas y, en su caso, la imposición de sanciones, atendiendo a lo dispuesto por la “Constitución” y demás normatividad aplicable, así como a los objetivos

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

generales en beneficio de los usuarios, que incluyen, *inter alia*, la competencia efectiva en los mercados convergentes de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión; la inversión eficiente en infraestructuras; la innovación y el desarrollo de la industria de productos y servicios convergentes, y el cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 2º, 6º, 7º y 28 de la “Constitución”.

En ese sentido, este Instituto, al ejercer la administración de ese bien del dominio público, debe sujetarse a los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos al que está destinado, establecidos en el artículo 134 Constitucional, conjuntamente con los previstos en los artículos 25, 26, 27 y 28 que conforman el capítulo económico de la “Constitución”.

Lo anterior, ha sido sustentado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siguiente criterio jurisprudencial:

“Época: Novena Época, Registro: 1012236, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Apéndice de 2011, Tomo I., Constitucional, Derechos Fundamentales, Primera Parte - SCJN Vigésima Quinta Sección - Otros derechos fundamentales, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 944, Página: 2227

“ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. A LAS CONCESIONES RELATIVAS SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CONJUNTAMENTE CON LOS ESTABLECIDOS EN LOS NUMERALES QUE CONFORMAN EL CAPÍTULO ECONÓMICO DE ÉSTA, Y PREFERENTEMENTE LOS RELATIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS GOBERNADOS. El citado precepto protege, como valor fundamental, el manejo de los recursos económicos de la Federación, que si bien, en principio, son aquellos ingresos públicos o medios financieros que se asignan vía presupuesto para las contrataciones de obras públicas y servicios, o bien, para las adquisiciones, arrendamientos y servicios, bajo los principios de eficiencia, eficacia, honradez y licitación pública y abierta, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones, también comprenden las enajenaciones de todo tipo de bienes bajo los mismos principios y fines. Ahora bien, entendidos los recursos económicos como bienes del dominio de la nación susceptibles de entregarse a cambio de un precio, el espectro radioeléctrico, por ser un bien de esa naturaleza que se otorga en concesión a cambio de una contraprestación económica, debe considerarse también como recurso económico en su amplia acepción, al que son aplicables los principios contenidos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto del género enajenaciones, conjuntamente con los establecidos en los

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

artículos 25, 26, 27 y 28 que conforman el capítulo económico de la Ley Fundamental. Además, toda vez que la radiodifusión constituye una actividad de interés público que cumple una función social de relevancia trascendental para la nación, porque los medios de comunicación son un instrumento para hacer efectivos los derechos fundamentales de los gobernados, los principios del indicado artículo 134 deben relacionarse también, y preferentemente, con todas las disposiciones que consagran esos derechos fundamentales.”

[Énfasis añadido]

Conforme a todo lo anterior, es posible concluir que este Instituto, en tanto fue erigido como un Órgano Autónomo del Estado encargado de regular y administrar el espectro radioeléctrico, es responsable fiduciario de un bien del dominio público de la Nación (el espectro radioeléctrico) que se entrega para una correcta administración, por ende, al momento de determinar el monto de la contraprestación para los casos en concreto, este Instituto se encontraba obligado a observar lo establecido en las disposiciones constitucionales y legales en la materia, como lo es, en lo particular, lo dispuesto por el artículo 100, fracción V, de la “LFTyR”.

En tales circunstancias, como he manifestado, considero que se debió tomar en cuenta para el cálculo de la contraprestación en las “Resoluciones”, el monto pagado en la Licitación IFT-4, en ejercicio de las facultades con las que cuenta este Instituto y en plena observancia a los principios que rigen la administración del espectro radioeléctrico, cumpliendo así, con lo dispuesto en el artículo 100, fracción V, de la “LFTyR”.

Adicionalmente, cabe mencionar, que mediante oficio 349-B-496, de fecha 5 de julio de 2017, emitido por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, (mismo que se transcribe a continuación en su parte conducente), estableció que la metodología propuesta por el Instituto a dicha Secretaría es la misma que se ha venido utilizando para fijar los montos de las contraprestaciones para el otorgamiento de prórrogas a estaciones de radiodifusión sonora en “FM”, metodología que, como he señalado en ocasiones anteriores, en mi opinión, inobserva lo dispuesto en la fracción V del artículo 100 de la Ley, al haberse ya efectuado pagos correspondientes de la Licitación IFT-4.

El documento supra invocado, dispone lo siguiente:

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

Sobre el particular, sin perjuicio de lo previsto tanto en los artículos 99 y 100 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, le informo que toda vez que la metodología de cálculo de las contraprestaciones es la misma que hasta el momento se ha utilizado para fijar el monto de los aprovechamientos por concepto de la prórroga de concesiones de radiodifusión sonora, y que se toman en cuenta los montos pagados por la prórroga de concesiones de estaciones de AM, esta Secretaría, con fundamento en el artículo 38, fracción XV del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ve procedente que el IFT utilice la metodología antes señalada para calcular las contraprestaciones correspondientes por la migración de AM a FM, reiterando que el IFT deberá disminuir el monto pagado equivalente al tiempo restante de las concesiones de AM tomando en cuenta los años finales de la concesión.

Más aún, considerar en la metodología de cálculo de contraprestaciones los pagos efectuados en la Licitación IFT-4, no sólo constituye el cumplimiento de un deber expresamente establecido en Ley, sino que además, es consistente con el hecho de que el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público de la Nación cuyo uso, goce, aprovechamiento o explotación debe otorgarse con sujeción a los principios de eficiencia, eficacia y honradez, contenidos en el artículo 134 de la “Constitución”, conjuntamente con los establecidos en los artículos 25, 26, 27 y 28 que, como he manifestado con anterioridad, conforman su capítulo económico, asegurando además las mejores condiciones para el Estado.

Cabe aclarar que, de ninguna manera, sugiero que el monto de la contraprestación determinado en el caso en concreto tendría que ser necesariamente otro, sino que, en mi concepto, y por principio de legalidad, considero que debió incluirse en el análisis para determinar dicho monto el pagado en la Licitación IFT-4, y así, como resultado de dicho análisis, se obtuviera el monto a pagar, el cual pudo ser diferente del de la citada licitación.

Es por todo ello, que concluyo que en las “Resoluciones” se debió respetar el principio de legalidad a que se encuentran sometidas las autoridades administrativas y que llevaba a este Pleno a observar la obligación impuesta por el artículo 110, fracción V de la “LFTyR”, consistente en tomar en cuenta el monto pagado en la Licitación IFT-4, en tanto valor de mercado, para determinar el monto de contraprestación que deberían pagar los solicitantes del cambio de frecuencia de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada.

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

2. RESPECTO DE LA DETERMINACIÓN DE OBLIGAR A LOS CONCESIONARIOS DE TRANSMITIR EN EL PROTOCOLO HÍBRIDO IBOC.

2.1.- Aspectos jurídico-regulatorios.

En lo tocante al presente tema, previo a expresar los motivos de mi disenso, considero necesario referirme a los antecedentes regulatorios relacionados con el sistema denominado In Band On Chanel (en español “*Dentro de la banda, en el canal*”) o IBOC, por sus siglas en inglés.

Tal y como se desprende del apartado de “Antecedentes” del presente documento, el Poder Ejecutivo Federal a través de la extinta “COFETEL” y, posteriormente, el Instituto Federal de Telecomunicaciones, se dieron a la tarea de desarrollar e implementar distintas políticas públicas que tenían como finalidad migrar el mayor número de frecuencias de la Banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada y, asimismo, transitar a la “RDT”, mediante la emisión de diversas normas administrativas de carácter general.

Relacionado con lo anterior, de las primeras referencias en las normas administrativas en relación con el sistema IBOC y la determinación de la transmisión de radiodifusión sonora con conforme a dicha tecnología, la encontramos en los “*LINEAMIENTOS para la transición a la radio digital terrestre (RDT), de las estaciones de radiodifusión sonora ubicadas dentro de la zona de 320 kilómetros de la frontera Norte de México*” (“**Lineamientos RDT**”), publicados el en “**DOF**” el 14 de mayo de 2008.

Cabe destacar que la citada norma administrativa tuvo como principal propósito iniciar las acciones tendientes a instrumentar un proceso de transición a la “RDT” a nivel nacional, y establecer, en una primera etapa del proceso, lineamientos bajo un esquema **voluntario** de implementación del sistema IBOC.

Lo anterior, se dispuso en los “**Lineamientos RDT**” de la siguiente manera:

“PRIMERO.- Los Lineamientos tienen como propósito, en una primera etapa del proceso de transición a la RDT, el que los concesionarios y permisionarios cuyas estaciones de radiodifusión sonora se encuentran ubicadas en la zona de 320 kilómetros dentro de la frontera norte de México, puedan llevar a cabo, en forma voluntaria, transmisiones con el

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

sistema IBOC, con la finalidad de que la prestación de sus servicios se encuentre en igualdad de condiciones tecnológicas a las que actualmente tienen las estaciones de radiodifusión estadounidenses, las cuales operan con la misma tecnología.

[Énfasis añadido]

Ahora bien, en acto posterior a la emisión de los “Lineamientos RDT”, la “COFETEL” emitió el “Acuerdo 2008”, estableciendo en su Acuerdo Séptimo que dicha Comisión realizaría los trabajos correspondientes para determinar el estándar de radio digital que se utilizaría en la banda de Frecuencia Modulada, así como una política para la transición a la tecnología digital.

Derivado de lo anterior, 3 años más tarde, con la emisión por parte de la “COFETEL” del “Acuerdo 2011”, se adoptó el estándar para la “RDT” y se estableció la política para que los concesionarios y permisionarios de radiodifusión en las bandas de Amplitud Modulada y Frecuencia Modulada, llevaran a cabo la transición a la tecnología digital también de forma voluntaria.

Así quedó plasmado en el “Acuerdo 2011”, que en su parte conducente dispone:

“Primero.- Se adopta el estándar IBOC, de conformidad con el estándar NRSC-5-B y su futuro desarrollo, para la transmisión digital terrestre de la radiodifusión, (en adelante la “Radio Digital Terrestre” o “RDT”) en las bandas de 535-1705 kHz y de 88-108 MHz.

“(…)

“Segundo.- Se establece la Política de Transición a la RDT, (en adelante la “Política”) de acuerdo con los siguientes objetivos:

“a) Uso eficiente del espectro: hacer un uso pleno de las tecnologías digitales de transmisión utilizando el sistema IBOC en las bandas de AM y FM.

“(…)

“Tercero.- La transición a la RDT de los concesionarios y permisionarios de radiodifusión que operen en las bandas de 535-1705 kHz o de 88-108 MHz se realizará de forma voluntaria previa autorización de la Comisión.

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

“Cuarto.- Los concesionarios y permisionarios de radiodifusión que inicien la transición a la RDT deberán utilizar el estándar IBOC en modo híbrido de señales analógicas y digitales, para transmitir cuando menos la réplica digital de la señal analógica en su área de cobertura. A tal efecto, deberán evitar interferencias y garantizar el mejor aprovechamiento de la banda en la que operen.”

[Énfasis añadido]

Además, entre las consideraciones más relevantes que se hicieron valer en el “**Acuerdo 2011**”, destacó el hecho de que los concesionarios y permisionarios que así lo decidieran y previa aprobación de la “**COFETEL**”, podían transmitir digitalmente, y en forma simultánea, la misma programación que se difundiera en el canal analógico, sin perjuicio de poder optar por la transmisión de más programas digitales e información complementaria al servicio de radiodifusión, dentro del mismo ancho de banda concesionado o permisionado a la radiodifusión, para garantizar la continuidad del servicio de la radio analógica y el desarrollo del proceso de implementación y transición a la “**RDT**”.

Ahora bien, contrario a lo anterior, mediante la emisión de los “**Lineamientos**”³, el IFT estableció los criterios, procedimientos y requisitos para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada, donde una mayoría del Pleno determinó hacer obligatorio el uso del estándar IBOC, en contra de lo cual voté en su oportunidad (artículo 9 de los “**Lineamientos**”).⁴

En tal sentido, con fundamento en los “**Lineamientos**”, el Pleno de este Instituto aprobó las “**Resoluciones**”, de las cuales, en la “**Sesión Ordinaria**” también me opuse por el mismo motivo que en los “**Lineamientos**”, a que se obligara a aquellos concesionarios que pretendían transitar de AM a FM a transmitir en protocolo híbrido IBOC.

³ En la XXXVII Sesión Ordinaria del Pleno, celebrada el 4 de noviembre de 2016.

⁴ Ver en <http://www.ift.org.mx/conocenos/pleno/sesiones/xxxvii-ordinaria-del-pleno-4-de-noviembre-de-2016>

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

Para mayor claridad, cabe mencionar que los proyectos de resolución que se pusieron a consideración del Pleno del IFT, en todos y cada uno, en sus numerales 3 y 4 del Considerando Noveno, se estableció textualmente lo siguiente:

“3. Transmisión en el estándar IBOC. Los Concesionarios deberán utilizar el estándar IBOC en modo híbrido de señales analógicas y digitales, apegado a la Disposición Técnica IFT-002-2016 “Especificaciones y requerimientos para la instalación y operación de las estaciones de radiodifusión sonora en frecuencia modulada en la banda de 88 MHz a 108 MHz.”, así como a lo dispuesto en el “Acuerdo por el que se adopta el estándar para la radio digital terrestre y se establece la política para que los concesionarios y permisionarios de radiodifusión en las bandas 535-1705 kHz y 88-108 MHz, lleven a cabo la transición a la tecnología digital en forma voluntaria”, en lo que resulte aplicable y no contravenga a los Lineamientos de AM a FM.

“4. Transmisión simultánea de AM y FM. Los concesionarios de radiodifusión sonora quedarán obligados a transmitir en forma simultánea el mismo contenido de programación en la banda de AM y en la señal híbrida de la banda de FM, durante un año, contado a partir de la fecha de presentación del aviso del inicio de operaciones en la banda de FM a que se refiere la condición 2 de la presente Resolución.

“(…)”

[Énfasis añadido]

De la anterior transcripción, se desprende que las “Resoluciones”, en concordancia con los “Lineamientos”, dispusieron obligar a aquellos concesionarios que deseaban transitar de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada a que transmitieran en protocolo híbrido (IBOC).

A mayor abundamiento, de conformidad con los argumentos que sostuve en la XXXVII Sesión Ordinaria del 4 de noviembre de 2016, en la cual el Pleno aprobó los “Lineamientos”, en mi opinión, la obligación de transmitir en protocolo híbrido (incluyendo el IBOC) contradice la política pública original contenida en el “Acuerdo por el que se adopta el estándar para la radio digital terrestre y se establece la política para que los concesionarios y permisionarios de radiodifusión en las bandas 535-1705 kHz y 88-108 MHz, lleven a cabo la transición a la tecnología digital en forma voluntaria” (“Acuerdo 2011”), que estableció

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

que dicha migración a radio digital sería **voluntaria** para los actuales concesionarios, tal y como se muestra a continuación:

“Tercero.- La transición a la RDT de los concesionarios y permisionarios de radiodifusión que operen en las bandas de 535-1705 kHz o de 88-108 MHz se realizará de forma voluntaria previa autorización de la Comisión.”

[Énfasis añadido]

En tal sentido, el mandato ordenado por el IFT, tanto en los “Lineamientos”, como en las “Resoluciones” de que los solicitantes debían transmitir en formato híbrido IBOC, contradice lo dispuesto en el “**Acuerdo 2011**” y la política pública que en él se hizo explícita, vulnerando, en mi opinión, la certeza jurídica de los solicitantes, quienes, en un primer momento, de conformidad con el “**Acuerdo 2011**” tenían conocimiento de que en el cambio de frecuencia la transmisión en estándar IBOC era voluntaria.

Lo anterior, en mi concepto, constituyó una contradicción del Pleno de este Instituto a la política pública que se había implementado tanto en el “**Acuerdo 2008**”, como en el “**Acuerdo 2011**” para transitar a la “**RDT**”, que colocó en incertidumbre jurídica a los solicitantes del cambio de frecuencias, pues se les obligó a transmitir en un estándar IBOC, el cual, claramente el referido “**Acuerdo 2011**” estableció como voluntario.

A mayor abundamiento, cabe hacer mención que los criterios para el cambio de frecuencia de AM a FM contenidos en los “Lineamientos”, son el producto y la continuación de la política pública instrumentada por el Poder Ejecutivo Federal en el “**Acuerdo 2008**”, así como en el “**Acuerdo 2011**”, situación que se corrobora del contenido de las consideraciones del “*Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprueba y emite los Lineamientos mediante los cuales el Instituto Federal de Telecomunicaciones establece los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de Radiodifusión Sonora que operan en la banda de amplitud modulada a frecuencia modulada*”, que en la parte que nos interesa establecen:

“ANTECEDENTES

“1. Acuerdo de Cambio de Frecuencia 2008. El 15 de septiembre de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (en lo sucesivo, el ‘DOF’) el ‘Acuerdo por el que se establecen

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

los requisitos para llevar a cabo el cambio de frecuencias autorizadas para prestar el servicio de radio y que operan en la banda de Amplitud Modulada, a fin de optimizar el uso, aprovechamiento y explotación de un bien del dominio público en transición a la radio digital. (en lo sucesivo, el 'Acuerdo 2008').

"(...)

"TERCERO. REORGANIZACIÓN DEL ESPECTRO. - Que el Acuerdo 2008, entre otras cosas, buscaba mejorar las condiciones de competencia en el mercado de la radiodifusión sonora y, derivado de éste, 525 estaciones que operaban en la banda de Amplitud Modulada (en lo sucesivo, 'AM') solicitaron y obtuvieron su cambio de frecuencia a la banda de Frecuencia Modulada (en lo sucesivo, "FM"). Por otro lado, 171 estaciones de AM establecidas en 48 localidades del país no pudieron presentar solicitud de cambio de frecuencia ya que no existió suficiencia espectral para llevar a cabo esta migración.

"(...)

"CUARTO. Migración de estaciones de AM a FM. - Que en virtud de lo señalado en el considerando que antecede, el Instituto considera conveniente otorgar la posibilidad a aquellos concesionarios que operan en la banda de AM, de solicitar el cambio para operar en la banda de FM.

"(...)

"Así mismo, la estandarización del sistema In Band On Channel (en lo sucesivo, 'IBOC') para la transmisión de RDT se oficializó con el "Acuerdo por el que se adopta el estándar para la radio digital terrestre y se establece la política para que los concesionarios y permisionarios de radiodifusión en las bandas 535-1705 kHz y 88-108 MHz, lleven a cabo la transición a la tecnología digital en forma voluntaria", publicado el 16 de junio de 2011 en el DOF. En dicho acuerdo se estableció que los concesionarios y permisionarios de radiodifusión que deseen iniciar la transición a la RDT deberán utilizar el estándar IBOC en modo híbrido, y transmitir, cuando menos, la réplica digital de la señal analógica en su área de cobertura.

El sistema de radiodifusión sonora IBOC posee la ventaja de facilitar la penetración progresiva de sistemas de radiodifusión digital a través de la transmisión híbrida de señales analógicas y digitales en la misma porción del espectro; con ello, se evita la necesidad de otorgar nuevos canales de espectro para transmitir la señal digital. Esta convivencia, además de permitir el

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

uso eficiente del espectro radioeléctrico, permite una gradual y razonada transición a la radiodifusión digital.

Algunas de las principales características de este sistema son la transmisión de una calidad de audio superior, semejante a la de un disco compacto, así como la transmisión de datos a través de sus portadoras adyacentes, los cuales permiten difundir información adicional tal como: nombre de la radiodifusora, título de la canción o programa, información sobre teléfonos en cabina e incluso servicios de información adicionales tales como el clima, noticias, tráfico, transmisión de imágenes relativas a la programación, avisos, etc.

“(…)

“Por otro lado, la penetración de los receptores de RDT en el país ha sido lenta y los incentivos para su comercialización son bajos, dada la poca oferta de contenidos en esta plataforma.

Al día de hoy existen en el país aproximadamente 32 estaciones en FM operando con tecnología digital, lo cual es bajo comparado con otros países: Estados Unidos (204), Reino Unido (238), Suiza (123), Noruega (108).

Tomando en cuenta que el avance de la radio digital puede impulsarse desde la transmisión, a través de la adopción del estándar IBOC por parte de los concesionarios de radiodifusión sonora, y desde la recepción, a través de la comercialización de receptores digitales, con fundamento en las facultades del Instituto, se establece que los concesionarios de radiodifusión sonora cuya solicitud de cambio de frecuencia sea autorizada, migren a FM utilizando el estándar IBOC.”

De lo anterior, tal y como lo he manifestado, se desprende que los “**Lineamientos**” son el producto de la política pública para transitar a la “**RDT**”, que inició con la emisión del “**Acuerdo 2008**” y continuó su implementación a través del “**Acuerdo 2011**”.

Luego entonces, es dable afirmar que la finalidad de la política pública a que me he referido en párrafos anteriores era transitar a la “**RDT**” transmitiendo voluntariamente en el formato IBOC, pero el Instituto la contrarió dejando en estado de incertidumbre jurídica a los regulados, puesto que en los Acuerdos tanto de 2008, como de 2011, se podía transitar a la “**RDT**” transmitiendo de manera voluntaria mediante el protocolo híbrido IBOC, y en los “**Lineamientos**”, se les obligó a transmitir en dicha tecnología, mandato con base en el cual el Pleno de este Instituto emitió las “**Resoluciones**”.

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

Lo anterior, cobra relevancia, tomando en cuenta que, como he manifestado, me opuse a las “Resoluciones” por el hecho de que los “Lineamientos” hayan obligado a los solicitantes del cambio de frecuencias a transmitir en el formato híbrido IBOC, pues reitero, la finalidad de la política pública de referencia era la de transitar a la “RDT” utilizando de manera voluntaria el estándar IBOC.

Si bien es cierto que las solicitudes de cambio de bandas fueron ingresadas una vez entrados en vigor los “Lineamientos”, también lo es, que la obligación de transmitir en estándar IBOC, aunque conocida por los solicitantes del trámite, constituyó, en mi concepto una contradicción a la política pública que se venía implementando para la transición a la “RDT” y que tuvo como consecuencia un trato diferenciado para los regulados, para algunos conforme al “Acuerdo 2011” era voluntaria la transmisión en tecnología IBOC, y para otros, conforme a los “Lineamientos”, obligatoria.

Lo anterior, trajo consigo una afectación directa a los solicitantes, no sólo jurídica (la distinta regulación derivada de 2 ordenamientos administrativos de carácter general), sino que también económica, pues aun conociendo el contenido de los “Lineamientos”, los solicitantes del trámite no tuvieron otra opción más que aceptar la carga regulatoria que el Instituto les impuso, teniendo que aceptar transmitir de manera obligatoria en el formato híbrido IBOC, para poder ser beneficiarios del cambio de bandas de frecuencias de AM a FM.

Lo anterior, se agrava, puesto que una mayoría del Pleno, aun a sabiendas de la lenta penetración de los receptores de “RDT” en el país y de los bajos incentivos para su comercialización, dada la poca oferta de contenidos en esta plataforma, decidieron imponer a los solicitantes la obligación de transmitir en una tecnología, incluso, teniendo conocimiento de que a la fecha de la emisión de los citados “Lineamientos”, sólo existían en el país aproximadamente 32 estaciones en FM operando con tecnología digital, lo cual era bajo comparado con otros países: Estados Unidos (204), Reino Unido (238), Suiza (123), Noruega (108)⁵, según se refiere en el acuerdo de “Lineamientos”.

⁵ “Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprueba y emite los Lineamientos mediante los cuales el Instituto Federal de Telecomunicaciones establece los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de Radiodifusión Sonora que operan en la banda de amplitud modulada a frecuencia modulada”, del cual fue transcrita su parte conducente a foja 15 del presente documento.

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

Luego entonces, una variación en una política pública indebidamente fundada y motivada, llevó consigo, en mi opinión, la afectación directa y el trato desigual de los regulados, pues lo que para algunos fue optativo, para otros resultó ser obligatorio, convirtiendo un acto voluntario en un mandato normativo, afectando incluso, la certeza jurídica de los solicitantes del trámite.

En efecto, la violación a la certeza jurídica a la que me refiero, nace del hecho de variar la política pública de transición a la “RDT”, puesto que el Instituto al resolver con base en los “Lineamientos” les impuso a los solicitantes del cambio de frecuencias de manera obligatoria –y excesiva en mi opinión– transmitir en el protocolo híbrido IBOC, cuando anterior a esta imposición existía una norma administrativa de carácter general (“**Acuerdo 2011**”) que de forma expresa disponía que la trasmisión mediante la citada tecnología era voluntaria, esta contradicción afectó la esfera jurídica de los solicitantes, ya que se les trató de manera diferente que a los concesionarios que solicitaron conforme al “**Acuerdo 2011**” el cambio de frecuencias, siendo tal situación, incluso, violatoria de la garantía de seguridad jurídica. Así lo ha dispuesto el Poder Judicial de la Federación, en los siguientes criterios aplicables por analogía al caso concreto:

“Época: Décima Época, Registro: 2015246, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a./J. 140/2017 (10a.)
Página: 840

PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA FISCAL. SU CONTENIDO ESENCIAL. Dicho principio constituye uno de los pilares sobre el cual descansa el sistema fiscal mexicano y tutela que el gobernado no se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión. En ese sentido, el **contenido esencial del principio de seguridad jurídica en materia fiscal** radica en poder tener pleno conocimiento sobre la regulación normativa prevista en la ley y sobre sus consecuencias. De esta forma, las manifestaciones concretas del principio aludido se pueden compendiar en la certeza en el derecho y en la interdicción de la arbitrariedad; la primera, a su vez, en la estabilidad del ordenamiento normativo, esto es, que tenga un desarrollo suficientemente claro, sin ambigüedades o antinomias, respecto de los elementos esenciales de la contribución y la certidumbre sobre los remedios jurídicos a disposición del contribuyente, en caso de no cumplirse con las previsiones

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

de las normas; y la segunda, principal, mas no exclusivamente, a través de los principios de proporcionalidad y jerarquía normativa."

[Énfasis añadido]

Época: Décima Época, Registro: 2014864, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 45, Agosto de 2017, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a./J. 106/2017 (10a.), Página: 793

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. SU CONTRAVENCIÓN NO PUEDE DERIVAR DE LA DISTINTA REGULACIÓN DE DOS SUPUESTOS JURÍDICOS ESENCIALMENTE DIFERENTES. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que los derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica reconocidos por los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se respetan por el legislador cuando las normas que facultan a las autoridades para actuar en determinado sentido encauzan el ámbito de esa actuación a fin de que, por un lado, **el gobernado conozca cuál será la consecuencia jurídica de los actos que realice**, y por otro, que el actuar de la respectiva autoridad se encuentre limitado, de manera que la posible afectación a la esfera jurídica de aquél no resulte caprichosa o arbitraria. Por tanto, tratándose de normas generales, la contravención a los precitados derechos no puede derivar de la distinta regulación de dos supuestos jurídicos esencialmente diferentes, sino en todo caso, de la ausente o deficiente regulación del supuesto normativo que es materia de impugnación.

[Énfasis añadido]

Época: Décima Época, Registro: 2002649, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 139/2012 (10a.), Página: 437

SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución General de la República, es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico mexicano, de manera tal que **lo que tutela es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial de dicho principio radica en "saber a qué atenerse" respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad.** Así,

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

en materia tributaria debe destacarse el relevante papel que se concede a la ley (tanto en su concepción de voluntad general, como de razón ordenadora) como instrumento garantizador de un trato igual (objetivo) de todos ante la ley, frente a las arbitrariedades y abusos de la autoridad, lo que equivale a afirmar, desde un punto de vista positivo, la importancia de la ley como vehículo generador de certeza, y desde un punto de vista negativo, el papel de la ley como mecanismo de defensa frente a las posibles arbitrariedades de los órganos del Estado. De esta forma, las manifestaciones concretas del principio de seguridad jurídica en materia tributaria, se pueden comprender en la certeza en el derecho y la interdicción de la arbitrariedad o prohibición del exceso; la primera, a su vez, en la estabilidad del ordenamiento normativo, suficiente desarrollo y la certidumbre sobre los remedios jurídicos a disposición del contribuyente, en caso de no cumplirse con las previsiones del ordenamiento; y, la segunda, principal, más no exclusivamente, a través de los principios de proporcionalidad y jerarquía normativa, por lo que la existencia de un ordenamiento tributario, participe de las características de todo ordenamiento jurídico, es producto de la juridificación del fenómeno tributario y su conversión en una realidad normada, y tal ordenamiento público constituirá un sistema de seguridad jurídica formal o de "seguridad a través del Derecho".

[Énfasis añadido]

Como se desprende de los criterios judiciales transcritos, los principios de seguridad y certeza jurídica contenidos en los artículos 14 y 16 de la “Constitución”, tienen como núcleo esencial, *inter alia*, proteger al gobernado de arbitrariedades de las autoridades, a través del conocimiento pleno del contenido de la Ley y sus consecuencias, es decir, que los gobernados sepan “a qué atenerse”, respecto de la Ley y de la actuación de las autoridades.

Conforme a ello, la vulneración de tales principios que estimo aconteció en las “Resoluciones”, consiste en que los solicitantes del cambio de frecuencias acudieron a un trámite aun sabiendo que para algunos fue optativo transmitir en el protocolo híbrido IBOC, y posteriormente una mayoría del Pleno del IFT volvió obligatoria la transmisión mediante dicha tecnología, con tal situación, se puso a los gobernados en incertidumbre jurídica, puesto que se varió el conocimiento previo que tenían a las consecuencias que llevaban implícitas solicitar un cambio de frecuencia; además que con ello creó un doble régimen jurídico simultáneo en la operación de IBOC: voluntario para unos y obligatorio para otros.

A mayor abundamiento, cabe destacar que incluso en la Licitación IFT-4 (a la que me referí en el numeral anterior para el tema de contraprestaciones) transmitir en la citada

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

tecnología era optativo, incluso, el IFT otorgaba a los participantes que pretendieran iniciar transmisiones en formato IBOC un beneficio.

Lo anterior, tal y como consta en el ***"ACUERDO MEDIANTE EL CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES APRUEBA Y EMITE LA CONVOCATORIA Y LAS BASES DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONCESIONAR EL USO, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE 191 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 88 A 106 MHz DE LA BANDA DE FRECUENCIA MODULADA Y DE 66 FRECUENCIAS EN EL SEGMENTO DE 535 A 1605 kHz DE LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA, PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA (LICITACIÓN No. IFT-4); ASIMISMO, AUTORIZA EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS Y LA FIRMA ELECTRÓNICA DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA EN EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN."***, el cual establecía lo siguiente⁶:

"CONSIDERANDO

(...)

"TERCERO. Factores a considerar para el otorgamiento de concesiones para el uso, aprovechamiento o explotación del espectro radioeléctrico para uso comercial en materia de radiodifusión.

"(...)

"b) La cobertura, calidad e Innovación.

"(...)

"Por lo que hace a los factores referentes a calidad e innovación, se ha determinado que éstos se actualizan en el presente procedimiento de licitación, con la incorporación en la fórmula de evaluación del componente no económico denominado "Operación de una estación de radiodifusión sonora en la Banda FM en formato híbrido (señal analógica y digital) con base

⁶ Documento consultable en:

http://www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/espectroradioelectrico/radiodifusion/2016/4/acuerdoift-4_1.pdf

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

en el estándar IBOC", el cual se traducirá en puntos y forma parte integral de la oferta que determinará la posición de cada participante en el procedimiento de presentación de ofertas respectivo.

Con la implementación del estándar para la transmisión digital terrestre de la radiodifusión en las bandas 535-1705 kHz y de 88-108 MHz, denominado "IBOC", que deriva del acrónimo en inglés In-Band-On-Channel y que significa "en la banda sobre el canal", es posible realizar transmisiones digitales de radiodifusión sonora únicamente o en formato híbrido, es decir, transmisiones digitales en conjunto con transmisiones analógicas. De esta forma, la implementación del estándar IBOC permite hacer un uso eficiente del espectro radioeléctrico, proveer contenidos de mayor calidad auditiva y promover la transición a la radiodifusión sonora digital.

El estándar IBOC fue adoptado en México mediante el "Acuerdo por el que se adopta el estándar para la radio digital terrestre y se establece la política para que los concesionarios y permisionarios de radiodifusión en las bandas 535-7705 kHz y 88-708 MHz lleven a cabo la transición a la tecnología digital en forma voluntaria", publicado en el DOF el día 16 de junio del 2011.

"(...)

"Cabe hacer mención que la implementación del IBOC para validar los factores no económicos de calidad e innovación en la Licitación No. IFT 4, es consistente con lo previsto en el "Programa de Trabajo para reorganizar el espectro radioeléctrico a estaciones de radio y televisión", en el cual se señala que la implementación del estándar IBOC permite hacer un uso eficiente del espectro radioeléctrico atribuido a los servicios de radiodifusión sonora, incluso con transmisiones digitales.

(...)

"De esta forma, la implementación del estándar IBOC como actualización de los factores de calidad e innovación, permitirá un uso eficiente del espectro concesionado al hacer uso de las tecnologías digitales y, en consecuencia, mejorar la calidad del servicio al público, por lo que el Estado garantizará que el servicio público de radiodifusión 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

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

identidad nacional, como lo establece la fracción II del apartado B del artículo 60. de la Constitución.”

Como se observa, en la Licitación IFT-4, fue optativo transmitir mediante el formato IBOC, y para quien en su propuesta ofreciera transmitir en dicha tecnología le resultó favorable en la puntuación.

En tal sentido, la política pública de transición a la “RDT” fue variada por el IFT en los “Lineamientos”, al obligar a los solicitantes del trámite a trasmitir en el estándar IBOC, contrario a lo dispuesto en el “Acuerdo 2011”, contradicción que implicó una violación a la seguridad jurídica de los regulados al dictarse las “Resoluciones”, razón por la cual voté en contra de las mismas.

2.2.- Aspectos económico-regulatorios.

Por otra parte, en mi concepto, tampoco existe una justificación económico-regulatoria sólida para hacer obligatorio el protocolo híbrido IBOC, más aún si tomamos como referencia la experiencia de otros países en donde se ha adoptado la misma tecnología para transmitir radio digital.

En relación con lo antes expuesto, cabe destacar que, Estados Unidos adoptó dicho estándar para transmitir en formato digital de manera voluntaria en el año 2002⁷, y hoy en día la señal digital en ese país alcanza una cobertura poblacional del 95%, mediante 2100 estaciones emisoras y, por lo que hace al número de receptores, éstos llegan a los 25 millones en todo su territorio.⁸

Igualmente, en Canadá, país que también ha adoptado la tecnología IBOC, actualmente existen 18 estaciones emisoras experimentando en ésta tecnología en 10 diferentes ciudades, y 1 de cada 5 nuevos automóviles vendidos en 2017 cuenta con sistema IBOC.

⁷ Determinación consultable en la siguiente liga electrónica: <https://www.fcc.gov/document/digital-audio-broadcasting-systems-and-their-impact-terrestrial-radio-broadcast-service-4>

⁸ “La Radio Digital en cuestión”. Consultado en: <http://papel.revistafibra.info/la-radio-digital-cuestion/>

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

Asimismo, la radio digital en ese país está presente en 33 marcas de automóviles y se estima que más de 2.1 millones de vehículos circulando cuentan con radio digital IBOC.⁹

Ahora bien, para el caso de México, no se conocen datos sólidos o estudios realizados a través de metodologías confiables que demuestren el beneficio que la utilización de dicho estándar como política pública generaría tanto a la industria, como a los usuarios.

Una aproximación, fue desarrollada por el Consejo Consultivo del IFT, que, en el año 2015, en su recomendación respecto de la separación entre frecuencias portadoras en la banda de Frecuencia Modulada para servicio de radiodifusión sonora, manifestó lo siguiente¹⁰:

“(…)

“3.6 Capacidades tecnológicas en la radiodifusión sonora

“(…)

“d) Actualmente, existen menos de 30 estaciones radiodifusoras que están transmitiendo en México en formato digital utilizando el estándar IBOC (Radio HD), lo cual representa menos del 3% de la infraestructura en la banda de 88 a 108 MHz.

“3.7 Consideraciones de Interferencia

a) Los adelantos tecnológicos en el diseño y construcción de equipos de recepción móvil de radiodifusión en la banda de 88 a 108 MHz, que permiten discriminar señales en condiciones de baja relación señal a ruido, por lo que la recepción de señales de radiocomunicación puede ser eficaz, aún cuando haya otras señales interferentes generadas por transmisores de los canales adyacentes, señales estables de interferencia como equipos electrodomésticos o generadores electromagnéticos en vehículos. La disponibilidad de equipos receptores en México aún es limitada, en el mercado Mundial existen 90 receptores para radio HD, de los cuales 4 son portátiles. En México sólo se venden 3 modelos de equipos portátiles. El resto de los equipos existentes están instalados en automóviles y la mayoría de las marcas que se

⁹ HD Radio Digital AM&FM in Canada. Nautel 2018. Consultado en: <http://www.nautel.com/wp-content/uploads/2018/06/hd-in-canada-webinar-slides-2018.pdf>

¹⁰ Documento consultable en: <http://consejoconsultivo.ift.org.mx/docs/recomendaciones/Separacion-entre-Frecuencias-Portadoras-en-la-banda-FM.pdf>

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

venden en México ya incluyen este receptor. Actualmente, existen aprox. 400 000 vehículos automotores con receptor de radio digital terrestre.”

Igualmente, cobra relevancia, reproducir lo que ha manifestado la industria en México respecto a la radio digital y su implementación mediante la adopción del estándar IBOC.

De acuerdo con lo expresado por el Director General de Multimedios, Guillermo Franco, durante su participación en el evento Convergencia Show 2018, se tiene que la penetración de la radio digital en México aún es muy baja, dado que se estima que únicamente 4.5 millones de los 45 millones de los automóviles que circulan cuentan con radios que captan la señal digital, esto es, solo el 10% de las radios en el país cuentan con esta tecnología.¹¹ Además, señaló que hay muy poco interés de las audiencias por esta tecnología.¹²

Ahora bien, con lo anterior, queda de manifiesto que, tanto al momento de la emisión de los “Lineamientos”, como de las “Resoluciones”, y hasta el día de hoy, no existe evidencia sólida de que en México transitar a dicho protocolo sea un proceso exitoso, ya que no se valoraron datos tales como la cantidad de receptores existentes en los hogares y automóviles que reciben esta tecnología y su costo, o la publicidad asociada a dicha tecnología, entre otros, y con todo y esta ausencia de información, una mayoría del Pleno de este Instituto decidió emitir una determinación, sin aproximaciones estadísticas que probaran, de manera razonable, que hacer obligatorio el estándar IBOC resultaba regulatoriamente correcto.

Lo anterior evidencia únicamente que la política pública adoptada por el IFT al momento de hacer obligatorio el uso del estándar IBOC fue resultado, en mi concepto, de una aspiración de cambio y avance tecnológico, sin una exhaustiva motivación de cómo y cuándo sería redituable para los radiodifusores el uso de dicha tecnología, a los que probablemente les implicará un gasto no recuperable, además de ser una decisión de la que no se demostró

¹¹ Martínez, Carla. “Poco promisorio, futuro de radio digital. expertos”. El Universal. 8 de junio de 2018. Consultado en: <http://www.eluniversal.com.mx/cartera/economia/poco-promisorio-futuro-de-radio-digital-expertos>

¹² Mendieta, Susana. “Inversión en radio digital, aún sin retorno: industria”. Milenio. 8 de junio de 2018. Consultado en: <http://www.milenio.com/negocios/inversion-en-radio-digital-aun-sin-retorno-industria>

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

previamente, y sin lugar a dudas, la forma en que contribuiría al desarrollo del sector, a diferencia de los resultados en países como Estados Unidos, donde cabe destacar, se adoptó el estándar IBOC de manera voluntaria.

Además, desde una perspectiva de carácter económico, estimo que para el dictado de las “Resoluciones” no se evaluaron las condiciones en que se ofrece el servicio de radiodifusión sonora, situación que no considero irrelevante, puesto que éste se ofrece bajo un esquema denominado mercado de dos lados (o de plataforma), esto significa que una estación estará dispuesta a realizar inversiones en la medida que éstas le permitan obtener mayores ingresos publicitarios de sus anunciantes, los cuales a su vez dependen del aumento de la cantidad de audiencia a la que logre llegar derivado de las inversiones realizadas.

Así que, desde un punto de vista conceptual, cada estación podría obtener conclusiones distintas al evaluar si le resulta rentable realizar una transición a la “RDT”, una estación solamente considerará redituable la transición si los costos de adecuación de los equipos de transmisión pueden ser cubiertos y sobrepasados por los ingresos adicionales que pudiera obtener por lograr llegar a una mayor audiencia. En este sentido, una condición necesaria para alcanzar una mayor audiencia es que la población tenga acceso a equipos receptores compatibles con la señal digitalizada.

Por otra parte, en las “Resoluciones” no se explicó si por el lado de la demanda (las audiencias) existían condiciones adecuadas para la adopción de la “RDT”, es decir, no existe claridad de que la obligación impuesta a los solicitantes podría incrementar su audiencia y, en consecuencia, generar mayores ingresos. Lo anterior significa un riesgo inminente de generar un costo adicional innecesario a las estaciones que no les permite ofrecer el servicio de radiodifusión de la forma más eficiente posible, es decir, al obligarlas a transitar a la “RDT” se les restringió de la posibilidad de destinar estos recursos a otro tipo de estrategias más efectivas para incrementar los niveles de audiencia, verbigracia, a generar contenidos, a invertir en publicidad de la propia estación, entre otros, todos ellos enfocados en mejorar su competitividad.

En ese sentido, desde un punto de vista de política pública, considero que se implementó una medida regulatoria que obligó a que las estaciones incurrieran en costos que de otra forma no realizarían, pues en el mercado no existen las condiciones necesarias para la adopción del protocolo híbrido IBOC por parte de la demanda (audiencias).

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

Como he referido, al tratarse de un mercado de dos lados no es suficiente con asegurar la oferta del servicio con una obligación impuesta de transmitir en el estándar IBOC, sino que también debió evaluarse cuáles serían los costos de la audiencia derivados de adquirir un aparato receptor compatible con dicha tecnología, ya que de otra forma sería imposible incrementar la penetración del servicio de “RDT”.

En todo caso, el IFT debió evaluar si los costos de adecuación de los equipos de transmisión de las estaciones más los costos de adquisición de los equipos receptores que necesitan las audiencias podrían justificar los beneficios de implementar una transición a la “RDT” y, en segunda instancia, en caso de justificarse, determinar cuáles deberían ser los mecanismos más adecuados para aumentar la penetración de los aparatos receptores compatibles con la “RDT”.

En tal sentido, voté en contra de las “Resoluciones”, en virtud de la vulneración a la seguridad jurídica de los solicitantes del cambio de frecuencias, al obligarlos a transmitir mediante el protocolo híbrido IBOC, aun cuando resulta clara, en mi concepto, la falta de análisis y evidencia que demostraría que era viable la implementación obligatoria de dicha tecnología para transitar a la “RDT”.

3. SORTEO DE FRECUENCIAS.

Otro aspecto, que me llevó a separarme de la decisión de la mayoría del Pleno al aprobar las “Resoluciones”, tiene que ver únicamente con el asunto identificado con el número III.16, del Orden del Día de la “Sesión Ordinaria”, mediante el cual se emitió la “Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada, en Río Bravo, en el Estado de Tamaulipas, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los Criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada” (“Resolución”).

El tema en cuestión, merece mención especial, en virtud de la particularidad que se presentó en la “Resolución” y que para mayor referencia describo en los párrafos siguientes.

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

Para el caso concreto, se presentaron 3 solicitudes para el cambio de frecuencias, siendo los solicitantes los siguientes:

1. Ernesto Montemayor Ibarra
2. Radiodifusoras el Gallo, S.A. de C.V.
3. Corporadio Gape de Tamaulipas, S.A. de C.V.

Además, para el presente asunto, únicamente existía 1 frecuencia disponible en la banda de Frecuencia Modulada para cambio de frecuencia en la localidad de Río Bravo, Estado de Tamaulipas.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por los incisos a. y b. del artículo 6 de los “Lineamientos”, los criterios para resolver sobre las solicitudes de cambios de frecuencias serán, en principio, los siguientes:

“Artículo 6.- El Instituto resolverá sobre la Solicitud de Cambio de Frecuencia, considerando los siguientes criterios:

“a. Se dará preferencia a las concesiones de uso público del Ejecutivo Federal.

“b. Se otorgará el cambio de frecuencia a aquellos interesados que no sean titulares de concesiones para operar estaciones de radiodifusión en la Banda de Frecuencia Modulada que cubran la localidad de interés o que, perteneciendo a Grupos de Interés Económico, éstos no tengan estaciones en la Banda de Frecuencia Modulada que cubran la localidad de interés.

“Una vez otorgado el cambio conforme al párrafo anterior, y de aún contar con frecuencias disponibles, se otorgará el cambio de frecuencia a los concesionarios que cuenten únicamente con una estación en la Banda de Frecuencia Modulada en la localidad o cuyos Grupos de Interés Económico, en caso de pertenecer a alguno, cuenten únicamente con una estación en la Banda de Frecuencia Modulada en la localidad.

“De seguir contando con frecuencias disponibles en la Banda de Frecuencia Modulada, una vez otorgados los cambios de frecuencia conforme a los párrafos anteriores, en la asignación de dichas frecuencias, se dará preferencia a los concesionarios o Grupos de Interés Económico que tengan menos estaciones en la Banda de Frecuencia Modulada en la localidad.

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

“Únicamente se autorizará un cambio de frecuencia por Grupo de Interés Económico, salvo en los casos de aquellas localidades en que aún se cuente con frecuencias disponibles, y que todavía haya estaciones en la Banda de Amplitud Modulada. Para estos casos, las frecuencias disponibles se otorgarán dando preferencia a los Grupos de Interés Económico que cuenten con menos estaciones en la Banda de Frecuencia Modulada.

“En igualdad de condiciones, se privilegiará al solicitante que no cuente o cuente con menos concesiones para el servicio de televisión radiodifundida en la localidad.”

Por otro lado, el artículo en comento, en su inciso c., primer párrafo, en relación con el procedimiento a seguir en el caso de localidades en las que, existiendo solicitantes en condiciones de igualdad no se pueda otorgar el cambio de frecuencia conforme a los criterios establecidos en los incisos a. y b. recién transcritos, indica lo siguiente:

“(....)

“c. En aquellas localidades en las que existiendo solicitantes en condiciones de igualdad y que no se pueda otorgar el cambio de frecuencias conforme a los criterios antes descritos, el Instituto someterá a sorteo las frecuencias entre aquellos concesionarios en igualdad de condiciones.

“(....)”

[Énfasis añadido]

Del precepto supra transscrito, se desprende que el sorteo al que se hace referencia deberá realizarse entre los concesionarios que se encuentran en igualdad de condiciones, lo que en el caso concreto aconteció, ya que todos los solicitantes, conforme a la norma transcrita, se encontraban en igualdad de circunstancias.

No obstante lo anterior, en el Resolutivo Primero, numeral 2 de la “Resolución” se estableció lo siguiente:

“2. Los concesionarios Corporadio Gape de Tamaulipas, S.A. de C.V. respecto de las estaciones XEFD-AM y XEOQ-AM y Radiodifusoras el Gallo, S.A. de C.V. respecto de la estación XEOR-AM, al ser evaluados en su dimensión de Grupo de Interés Económico y personas vinculadas/relacionadas conforme a los Lineamientos, deberán elegir en forma

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

unánime una concesión de las tres interesadas cuya frecuencia de AM participará en el procedimiento de selección por sorteo para cambio de frecuencia, términos de lo dispuesto en el párrafo cuarto, apartado b, del artículo 6 de los Lineamientos.

"Para tal efecto, Corporadio Gape de Tamaulipas, S.A. de C.V. y Radiodifusoras el Gallo, S.A. de C.V. contarán con un plazo no mayor a 10 (diez) días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación de la presente Resolución, para que manifiesten en forma conjunta, unánime y por escrito, a través de su representante legal con facultades suficientes, ante el Instituto Federal de Telecomunicaciones, el nombre del concesionario y el distintivo de llamada de la estación que participará en el procedimiento de selección por sorteo para el cambio de frecuencia.

"Ante la falta de dicha manifestación en forma conjunta y unánime, los concesionarios involucrados participarán en el procedimiento de selección por sorteo exclusivamente con una papeleta con el nombre de los tres interesados. En el supuesto de que al momento de realizarse el sorteo se obtenga esta última papeleta, en acto posterior, y en forma inmediata, se realizará el sorteo de la frecuencia entre los Concesionarios del mismo Grupo de Interés Económico involucrados."

De lo recién transscrito, se advierte con claridad la pretensión de que el sorteo previsto en la disposición de mérito se lleve a cabo entre grupos de interés económico y no entre concesionarios, como está previsto en el artículo 6 de los **"Lineamientos"**, contraviniendo con ello el texto de la normativa aplicable.

Adicionalmente, con tal determinación adoptada por una mayoría de mis colegas, de facto quedó establecido un mecanismo de asignación no previsto en la norma general (**"Lineamientos"**), a través del cual se habría obligado a los concesionarios Corporadio Gape de Tamaulipas, S.A. de C.V. (estaciones XEFD-AM y XEOQ-AM) y Radiodifusoras el Gallo, S.A. de C.V. (estación XEOR-AM), que forman parte de un mismo grupo de interés económico, a manifestar en forma conjunta, unánime y por escrito, el nombre del concesionario y el distintivo de llamada de la estación que participaría en el procedimiento de selección por sorteo para el cambio de frecuencia, conjuntamente con el C. Ernesto Montemayor Ibarra, con quien ambos concesionarios se encontraban en igualdad de condiciones, y sin que existiera fundamento legal alguno que diera sustento normativo a tal determinación.

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

En relación con lo anterior, estimo que la primera obligación de este Instituto, en tanto autoridad administrativa sujeta a actuar conforme a un marco constitucional y legal, es respetar el principio de legalidad que rige la actuación pública dentro del orden jurídico nacional, del cual, evidentemente, forman parte tanto las disposiciones generales emitidas por el propio Instituto, como los actos de aplicación concreta de éstas, por lo cual, en mi opinión, no era jurídicamente dable imponer el mecanismo de asignación señalado, al no ser si quiera conocido por los destinatarios del acto, en razón de que no fue uno de los mecanismos o criterios de asignación que este Instituto estableciera en los “Lineamientos”.

Sostener lo contrario, implicaría que el Instituto no estaría actuando bajo un margen de discrecionalidad regulatoria, sino de arbitrariedad jurídica, que en nada abonaría a la certeza y seguridad jurídica que informa la actuación de cualquier autoridad pública bajo un principio de legalidad. Más aún, en mi concepto, ello pudo haber constituido una ventana de oportunidad para aquellos concesionarios que no obtuvieron la asignación o el cambio de una frecuencia en “FM” de impugnar el otorgamiento de la misma bajo el criterio que se pretende establecer.

Lo anterior, de conformidad con los criterios del Poder Judicial de la Federación, que son aplicables por analogía al caso concreto:

“Época: Décima Época, Registro: 2005766, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III, Materia(s): Constitucional, Tesis: IV.2o.A.51 K (10a.), Página: 2239

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. CARACTERÍSTICAS DE SU DOBLE FUNCIONALIDAD TRATÁNDOSE DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DIVERSO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y EL CONTROL JURISDICCIONAL. Del artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierten los requisitos de mandamiento escrito, autoridad competente y fundamentación y motivación, como garantías instrumentales que, a su vez, revelan la adopción en el régimen jurídico nacional del principio de legalidad, **como una garantía del derecho humano a la seguridad jurídica, acorde al cual las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo que expresamente les facultan las leyes**, en el entendido de que éstas, a su vez, constituyen la manifestación de la voluntad general. Bajo esa premisa, el principio mencionado tiene una doble funcionalidad, particularmente tratándose del acto administrativo, pues, por un lado, impone un régimen de facultades expresas en el que **todo acto de autoridad que no represente el ejercicio de una facultad**

Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

expresamente conferida en la ley a quien lo emite, se considerará arbitrario y, por ello, contrario al derecho a la seguridad jurídica, lo que legitima a las personas para cuestionar la validez de un acto desajustado a las leyes, pero, por otro, bajo la adopción del mismo principio como base de todo el ordenamiento, se genera la presunción de que toda actuación de la autoridad deriva del ejercicio de una facultad que la ley le confiere, en tanto no se demuestre lo contrario, presunción de legalidad ampliamente reconocida tanto en la doctrina como en la legislación nacional. Así, el principio de legalidad, apreciado en su mayor amplitud, da cabida al diverso de interdicción de la arbitrariedad, pero también conlleva que éste opere a través de un control jurisdiccional, lo que da como resultado que no basta que el gobernado considere que determinado acto carece de fundamentación y motivación para que lo estime no obligatorio ni vinculante o lo señale como fuente de un derecho incontrovertible a una sentencia que lo anule, sino que, en todo caso, está a su cargo recurrir a los órganos de control a hacer valer la asumida ausencia o insuficiencia de fundamento legal y motivación dentro de dicho procedimiento y, a su vez, corresponderá a la autoridad demostrar que el acto cuestionado encuentra sustento en una facultad prevista por la norma, so pena de que sea declarado contrario al derecho a la seguridad jurídica, lo que revela que los procedimientos de control jurisdiccional, constituyen la última garantía de verificación del respeto al derecho a la seguridad jurídica, cuyas reglas deben ser conducentes y congruentes con ese propósito.”

[Énfasis añadido]

“Época: Décima Época, Registro: 2002304, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2, Materia(s): Común, Tesis: IV.3o.A.26 A (10a.), Página: 1331

FACULTADES DISCRETIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN. LOS ADMINISTRADOS TIENEN INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR SU EJERCICIO CUANDO AFECTEN SUS DERECHOS. El Estado Mexicano, al ser un Estado de derecho constitucional democrático, condiciona toda actuación de la autoridad pública al imperio de la ley y, por ende, al control jurídico del ejercicio del poder, porque sólo a través de éste se constata si aquélla se ajusta al orden jurídico y corresponde con los fines del Estado. La facultad discrecional, desde esa óptica, no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por tanto, en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodea, para encausarlo, dirigirlo y, sobre todo, limitarlo. Tal situación pone de manifiesto la vinculación de la administración al ordenamiento jurídico. Así, la discrecionalidad debe partir del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el cual postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los



Voto particular que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de quince Resoluciones mediante las cuales el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones determina a los solicitantes que son sujetos de autorización para cambio de frecuencia para operar una estación en la banda de Frecuencia Modulada en diversas localidades, conforme a los Lineamientos mediante los cuales se establecen los criterios para el cambio de frecuencias de estaciones de radiodifusión sonora que operan en la banda de Amplitud Modulada a Frecuencia Modulada; todas correspondientes a la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo -mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que lo sostiene. Esto es, discrecionalidad no es arbitrariedad, nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino -pura y simplemente- la conocida sit pro ratione voluntas o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inauténticidad. De esta forma, como la facultad discrecional está limitada por el respeto irrestricto a los derechos humanos, su ejercicio es un acto de poder que debe estar fundado y motivado. Por tanto, los administrados poseen interés jurídico para controvertirlo cuando afecte sus derechos."

[Énfasis añadido]

Luego entonces, el criterio adoptado en la “Resolución”, constituyó en mi concepto, un exceso de atribuciones del Instituto, resultado de un uso incorrecto de la facultad discrecionalidad otorgada a los actos del IFT como órgano regulador en el sector, que tuvo como consecuencia arbitrariedad en el acto administrativo de mérito, situación que me obligó a apartarme de lo resuelto en el caso en concreto.

Es por las razones expuestas a lo largo del presente documento, que voté en contra de los acuerdos correspondientes a los asuntos III.2 a III.16 del Orden del día de la XXXI Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 14 de julio de 2017.

ATENTAMENTE,



**ADOLFO CUEVAS TEJA
COMISIONADO**