

IFT/100/PLENO/OC-ACT/0014/2018

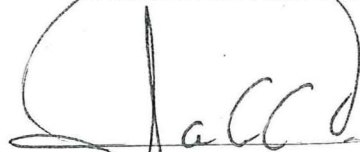
Ciudad de México, a 7 de marzo de 2018.

JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO
INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES
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 a su digno cargo, el documento que contiene los votos particulares formulados por el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los "Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis", correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente, mismo que consta de diecisiete fojas.

Sin otro particular, le envío un cordial saludo.

ATENTAMENTE
EL DIRECTOR GENERAL



JAVIER ADRIÁN ARRIAGA AGUAYO

379

| | |
|---|---------------|
| Instituto Federal de Telecomunicaciones | |
| R | con anexos |
| 07 MAR. 2018 | |
| RECIBIDO | |
| AREA | sip |
| NOMBRE Y HORA | Juan 16:20hrs |

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

Ciudad de México, a 07 de marzo de 2018.

En el presente documento se agrupan los votos particulares que anuncié en diversas sesiones celebradas por el Pleno de este Instituto, en virtud de que todos los casos se encuentran relacionados con prórrogas de títulos de concesión de redes públicas de telecomunicaciones, otorgados previamente a la entrada en vigor de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTyR).

Si bien el orden en que se presenta el sentido de mi votación, corresponde con la temporalidad de las sesiones, cabe precisar que también corresponde a las temáticas abordadas, en primer término, en cuanto al otorgamiento por parte del Pleno de este Instituto de títulos de concesión innominados y, posteriormente, en relación con la indebida interpretación e inobservancia de los requisitos contenidos en el artículo 113 de la LFTyR.

1.- Títulos de Concesión Innominados¹.

En la XXXVIII Sesión Extraordinaria, **celebrada el 13 de octubre de 2015**, anuncié que me reservaba mi derecho a formular y presentar un voto particular respecto de la *“Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones autoriza a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., la prórroga de vigencia de la concesión para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, así como la prórroga de vigencia de la concesión para operar y explotar una red pública de telecomunicaciones, ambas en la Región 9 que comprende el Distrito Federal y los Estados de México, Morelos e Hidalgo.”*, correspondiente al numeral III.1, del Orden del día aprobado por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, adoptada mediante Acuerdo P/IFT/EXT/131015/150.

Lo anterior, pues si bien en el citado asunto voté a favor en lo general del Acuerdo en cita, me aparté esencialmente de que se entregara un título de concesión innominado a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. (Telcel).

¹ Para un mayor desarrollo sobre este tema, también se puede consultar mi voto particular emitido el 21 de octubre de 2015, consultable en la siguiente liga electrónica:

http://www.ift.org.mx/sites/default/files/voto_particular_act_p_ift_ext_190815_91.pdf

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

A mayor abundamiento, cabe precisar que la solicitud de prórroga respecto de ambos títulos (de espectro y de red pública de telecomunicaciones), fue presentada por Telcel el 20 de abril del 2010, por lo que en términos del artículo Séptimo Transitorio del "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones" (Decreto de Reforma), publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 11 de junio de 2013, el marco legal aplicable para el trámite debía ser el vigente al momento de la presentación de la solicitud, esto es la Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT).

Asimismo, al tratarse de solicitudes de prórroga de títulos de espectro y de red pública de telecomunicaciones, debía observarse lo dispuesto por los artículos 19 y 27 de la LFT, respectivamente, que establecían los requisitos que debía cubrir Telcel para ponerse en condiciones de obtener las prórrogas solicitadas, habiendo quedado debidamente acreditado su cumplimiento en el expediente.

Ahora bien, resulta de explorado derecho que, al momento de conceder las prórrogas correspondientes y, consecuentemente, otorgar nuevos títulos de concesión, este Instituto debía aplicar el nuevo régimen establecido en la LFTyR, toda vez que a la fecha en que fueron resueltos los procedimientos de mérito, este órgano regulador ya no contaba con facultades para expedir títulos de concesión de redes públicas de telecomunicaciones, al haber quedado abrogado el marco normativo que las establecía.

En cambio, por mandato expreso del artículo 28 Constitucional, relacionado con lo dispuesto en el artículo 7º de la LFTyR, este Instituto debía ejercer sus facultades de conformidad con lo establecido tanto en la Constitución como en dicha Ley, sujetando su actuar al principio de legalidad. En la especie, estimo que este Pleno debía actuar sujetándose a lo dispuesto en los artículos 15, fracción IV, 66, 75, segundo párrafo, todos de la LFTyR.

El artículo 15, fracción IV, de la LFTyR, establece lo siguiente:

"Artículo 15.- Para el ejercicio de sus atribuciones corresponde al Instituto:

1 (...)

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

IV. Otorgar las concesiones previstas en esta Ley y resolver sobre su prórroga, modificación o terminación por revocación, rescate o quiebra, así como autorizar cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones;

(...)"

[Énfasis añadido]

Por su parte, el diverso 66 de la propia LFTyR señala:

"Artículo 66.- Se requerirá concesión única para prestar todo tipo de servicios públicos de telecomunicaciones y radiodifusión."

Así mismo, el artículo 75, segundo párrafo de la Ley en cita dispone:

"Artículo 75.- (...)

Quando la explotación de los servicios objeto de la concesión sobre el espectro radioeléctrico requiera de una concesión única, ésta última se otorgará en el mismo acto administrativo, salvo que el concesionario ya cuente con una concesión."

Conforme a lo anterior es claro que, de acuerdo con el nuevo marco normativo derivado de la Reforma Constitucional, la concesión única se constituye en el título habilitante que permite prestar de forma convergente todo tipo de servicios públicos de telecomunicaciones y radiodifusión, el cual debió entregarse en el mismo acto administrativo en el que se concedió la prórroga de la concesión de espectro radioeléctrico, con la salvedad que se explicará adelante.

Así las cosas, a la luz de las normas legales antes invocadas, estimo que al resultar procedente conceder la prórroga de espectro solicitada y al mismo tiempo entregar un título habilitante, este Instituto carecía de facultades para otorgar un título de concesión distinto al de concesión única -ya que estaría impedido por el principio de legalidad-, pues como se ha señalado ésta constituye el título habilitante que la Ley vigente prevé para autorizar al concesionario solicitante a continuar prestando servicios de telecomunicaciones, tal como lo venía realizando al amparo de su título de concesión para la instalación, operación y explotación de una red pública de telecomunicaciones.

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

Sin embargo, no se pasa por alto que Telcel forma parte del grupo de interés económico que en marzo de 2014 fue declarado por el Pleno del Instituto como Agente Económico Preponderante en el sector de telecomunicaciones y que, por tal razón, actualizaba lo dispuesto por los artículos Décimo y Décimo Primero Transitorios de la LFTyR, los que en su parte relativa textualmente establecen:

"DÉCIMO. Los agentes económicos preponderantes y los concesionarios cuyos títulos de concesión contengan alguna prohibición o restricción expresa para prestar servicios determinados, previo al inicio del trámite para obtener la autorización para prestar servicios adicionales, acreditarán ante el Instituto Federal de Telecomunicaciones y éste supervisará el cumplimiento efectivo de las obligaciones previstas en el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, de la Ley de Telecomunicaciones y Radiodifusión, así como de la Ley Federal de Competencia Económica, sus títulos de concesión y disposiciones administrativas aplicables (...)

Lo dispuesto en este artículo también será aplicable en caso de que los agentes y concesionarios respectivos opten por transitar a la concesión única.

(...)"

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

(...)"

Conforme a lo anterior, resulta claro que el AEP se encuentra obligado, previamente al inicio del trámite para obtener la autorización de prestar servicios adicionales, a acreditar ante el Instituto el cumplimiento efectivo de las obligaciones de preponderancia, ello bajo un procedimiento específico establecido en los dispositivos recién transcritos.

Sin embargo, como he referido en mi voto particular de fecha 21 de octubre de 2015,² si bien es cierto que el título de concesión única conforme a su naturaleza jurídica debería autorizar al concesionario para prestar todo tipo de servicios públicos de telecomunicaciones y radiodifusión, también lo es que en tratándose del AEP en el sector

² Ídem.

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

de las telecomunicaciones, éste debe sujetarse al régimen especial establecido en los artículos transitorios supra transcritos.

En ese orden de ideas, estimo que el título emitido por esta autoridad, si bien debía ser denominado "concesión única", no podría autorizar a Telcel para prestar todo tipo de servicios públicos de telecomunicaciones y radiodifusión, sino exclusivamente aquéllos que tenía previamente autorizados por su título de concesión, reservándose la autorización para prestar servicios adicionales al cumplimiento de lo dispuesto por los artículos Décimo y Décimo Primero Transitorios de la LFTyR, ello a través del establecimiento de una condición suspensiva dentro del propio título de concesión única.

Ello es así, pues a mi entender no existe fundamento legal alguno que permita a este Instituto otorgar títulos de concesión para uso comercial o "innominados".

2.- Asuntos relacionados con la indebida interpretación e inobservancia de lo establecido por el artículo 113 de la LFTyR.

2.1 Indebida interpretación del Artículo 113 de la LFTyR.

En la XXXVI Sesión Ordinaria, celebrada el 27 de octubre de 2016, por Acuerdo P/IFT/271016/595, se emitió la *"Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones niega la prórroga de vigencia de la concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones para la prestación de servicios de acceso inalámbrico, otorgada a favor de Teléfonos de México, S.A.B. de C.V."*, correspondiente el numeral III.6 del Orden del día.

En el asunto en cuestión voté en contra, en virtud de la omisión de analizar el cumplimiento de las obligaciones de Teléfonos de México, S.A. de C.V. (Telmex), bajo el criterio propuesto por la Unidad de Concesiones y Servicios (UCS) a este Pleno, de que al negársele el trámite solicitado,³ ya no era necesario analizar los requisitos dispuestos por el artículo 113 de la LFTyR, entre ellos, estar al corriente del cumplimiento de sus obligaciones.

³ La prórroga fue solicitada con fecha 26 de enero de 2016.

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

Lo anterior, pues en mi opinión se debió supervisar y verificar el cumplimiento de obligaciones del concesionario, incluidas las que se derivan de la declaración de preponderancia, así como el resto de los requisitos de procedencia, aun cuando el resultado final del procedimiento fuera la negativa a su solicitud de prórroga.

Lo anterior es así, en virtud de lo que dispone el artículo 113 de la LFTyR:

“Artículo 113. La concesión única podrá prorrogarse por el Instituto, siempre y cuando el concesionario lo hubiere solicitado dentro del año previo al inicio de la última quinta parte del plazo de vigencia de la concesión, se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley y demás disposiciones aplicables, así como en su título de concesión y acepte, previamente, las nuevas condiciones que, en su caso, se establezcan. El Instituto resolverá lo conducente dentro de los ciento ochenta días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

(...)”

[Énfasis añadido]

Como se aprecia, el citado numeral establece los requisitos que debe cumplir un concesionario para que este Instituto pueda prorrogar un título de concesión única (única posibilidad normativa de prorrogar una concesión de red pública de telecomunicaciones), entre los cuales se encuentra el cumplimiento de las obligaciones establecidas en: i) la Ley, ii) su título de concesión y, iii) en las demás disposiciones aplicables.

Bajo esta premisa, para que el Pleno de este Instituto estuviera en posibilidad de otorgar o negar el trámite solicitado por Telmex, era necesario en mi concepto que el proyecto de resolución desarrollara el análisis de dichos requisitos, situación que en la especie no aconteció, lo que estimo implicó un vicio de legalidad, pues no existió en el expediente el dictamen correspondiente que reflejara cual era la situación de cumplimiento de obligaciones de Telmex, tal como lo dispone el recién transcrito artículo 113 de la LFTyR.

A mayor abundamiento, es mi opinión que para que el Pleno del Instituto pudiera conocer y resolver sobre la procedencia de conceder o no la prórroga solicitada, previamente resultaba necesario que obrara en el expediente constancia del cumplimiento dado por parte del concesionario solicitante a todos y cada uno de los requisitos de procedencia enunciados en el artículo 113 de la LFTyR, pues de otro modo, el Pleno tendría que resolver

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

respecto de un expediente no integrado en su totalidad -lo que en efecto aconteció-, con lo cual no fue posible si quiera tener certeza de que el solicitante se encontraba en situación jurídica de recibir o no la prórroga solicitada.

Lo anterior, quedó constatado durante la Sesión de mérito cuando el titular de la UCS reconoció los siguiente:

"...estimamos irrelevante contar con el cumplimiento el dictamen de obligaciones, para el caso de la red pública de telecomunicaciones, debido a la negativa de prórroga que estamos proponiendo; nosotros consideramos que en todo caso para asentir a la prórroga es que se requiere el cumplimiento de obligaciones, por eso es que no lo encontramos determinante, y repito, todavía no se concluye en cumplimiento de obligaciones..."⁴

Adicionalmente, es de hacerse notar que, en mi concepto, también resulta grave y contrario a derecho, no sólo la inobservancia del contenido del artículo 113 de la LFTyR, sino que además la UCS haya sometido a este Pleno un proyecto en el cual realiza una interpretación de la Ley, sin que previamente se haya planteado como un criterio que debía ser aprobado por parte del Pleno de este Instituto, el cual es el único órgano facultado para interpretar la LFTyR, tal y como lo dispone el artículo 15, fracción LVII, de dicho ordenamiento, que textualmente dispone:

"Artículo 15. Para el ejercicio de sus atribuciones corresponde al Instituto:

(...)

LVII. Interpretar esta Ley, así como las disposiciones administrativas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, en el ámbito de sus atribuciones;

[Énfasis añadido]

Así las cosas, estimo que al existir previsión expresa en el artículo 113 de la LFTyR respecto de los requisitos que deben cumplirse previamente a que el Instituto resuelva sobre la procedencia o no de conceder una prórroga de concesión única, es que no existe la

⁴ Ver: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/conocenos/pleno/sesiones/ordinaria/xxxvi-ordinaria-del-pleno-27-de-octubre-de-2016/versionpublicaestenografica36aord271016.pdf>

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

posibilidad de que, vía una interpretación o integración del texto legal, se pueda establecer lo contrario.

Por las razones expuestas, voté en contra en sus términos el Acuerdo P/IFT/271016/595, puesto que no compartí sus consideraciones, ni sus puntos resolutivos.

2.2. Inobservancia del artículo 113 respecto del cumplimiento de obligaciones de las medidas de preponderancia del AEP en el sector de las Telecomunicaciones.

El tercer asunto, que también me llevó a presentar un voto particular, fue resuelto en la XLVI Sesión Ordinaria, **celebrada el 16 de diciembre de 2016**, "Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones prorroga a Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., la vigencia de la concesión para construir, instalar, mantener, operar y explotar una red pública telefónica, otorgada en su favor el 7 de diciembre de 1990.", correspondiente el numeral III.6 del Orden del día aprobado por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, adoptada mediante Acuerdo P/IFT/161216/753.

En el asunto en cuestión, me aparté del criterio adoptado por la mayoría del Pleno de este Instituto, por lo que respecta a no verificar el cumplimiento de las medidas de preponderancia de Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V. (Telnor), inobservando en mi concepto el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 113 de la LFTyR.

Lo anterior es así, en virtud de lo que dispone el artículo 113 de la LFTyR:

"Artículo 113. La concesión única podrá prorrogarse por el Instituto, siempre y cuando el concesionario lo hubiere solicitado dentro del año previo al inicio de la última quinta parte del plazo de vigencia de la concesión, se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley y demás disposiciones aplicables, así como en su título de concesión y acepte, previamente, las nuevas condiciones que, en su caso, se establezcan. El Instituto resolverá lo conducente dentro de los ciento ochenta días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

(...)"

[Énfasis añadido]

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

Como se aprecia, el citado numeral establece los requisitos que debe cumplir un concesionario para que este Instituto pueda prorrogar un título de concesión única (única posibilidad normativa de prorrogar una concesión de red pública de telecomunicaciones), entre los cuales se encuentra el cumplimiento de las obligaciones establecidas en: i) la Ley, ii) su título de concesión y, iii) en las demás disposiciones aplicables.

Ahora bien, la razón principal de mi disenso, es que estimo que cuando el artículo 113 de la LFTyR, señala como regla general que el concesionario solicitante de prórroga de concesión única deberá de estar al corriente del cumplimiento de todas las obligaciones, se refiere a las de ley, disposiciones generales, administrativas y del título de concesión, entre las cuales deben incluirse las de preponderancia; por lo tanto, estimo que el expediente está incompleto al no haberse hecho una revisión de las medidas de preponderancia para efecto de determinar el cumplimiento o no de las mismas.

Lo anterior es así, toda vez que conforme al principio general de derecho que reza "*donde la ley no distingue no es dable distinguir*", estimo que existe la obligación del IFT de supervisar todo el cúmulo obligacional previsto en cualquier disposición que le resulte aplicable al concesionario solicitante, incluidas las medidas de preponderancia en tratándose de aquellos concesionarios que forman parte del grupo de interés económico que fue declarado agente económico preponderante (AEP) en el sector de las telecomunicaciones, como es el caso de Telnor, pues considero que está fuera de toda duda que las medidas de preponderancia se incluyen dentro del concepto "*las demás disposiciones aplicables*" que refiere el multicitado artículo 113 de la LFTyR.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, el dictamen emitido por la Unidad de Cumplimiento dentro del expediente que fue resuelto hace referencia a lo siguiente:

"1. De la revisión mediante acciones de supervisión, verificación y opiniones técnicas de las distintas áreas del Instituto a las obligaciones a cargo de Telnor, derivadas de su título de concesión, instrumentos habilitantes asociados, disposiciones legales reglamentarias, administrativas aplicables se desprende que al 23 de noviembre de 2016, la concesionaria se encuentra al corriente de las obligaciones que tiene a su cargo y que le son aplicables en términos del presente dictamen, conforme a lo previsto en el artículo 113 de la LFTR."

[Énfasis añadido]

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

Como se puede observar, del dictamen no se hace mención alguna de la verificación de cumplimiento de las medidas de preponderancia por parte de Telnor, situación que la Unidad de Cumplimiento justifica de la siguiente manera:

“Regulación Asimétrica. Como se indicó anteriormente para la prórroga de la vigencia del título de concesión que nos ocupa, TELNOR debe encontrarse en cumplimiento de las obligaciones que emanan de dicho instrumento habilitante, así como de aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.

Al respecto, mediante oficio 227 /UAJ/163/2016 de 25 de octubre de 2016, la Unidad de Asuntos Jurídicos (en lo sucesivo la "UAJ"), informó a la DG-SUV que para efectos del trámite de prórroga, de conformidad con el artículo 113 de la LFTR, no se requiere revisar (supervisar y verificar) el cumplimiento de las medidas de preponderancia expedidas por el INSTITUTO, atendiendo a lo siguiente (anexo 1):

- Las medidas impuestas por el Instituto a los AEP fueron dictadas como un acto administrativo de carácter individual, aplicable únicamente a aquellos sujetos que expresamente fueron considerados como parte de dichos agentes, y

- El artículo 113 de la LFTR, como norma de carácter general, tiene por objeto establecer los requisitos que debe cumplir cualquier concesionario que solicite la prórroga de su concesión, por lo que no es posible concluir que el requisito relativo al cumplimiento de obligaciones establecidas en las ‘demás disposiciones aplicables’ que prevé dicho precepto, incluya la verificación de las medidas impuestas por el Instituto de manera exclusiva a los AEP que, como ya se dijo, constituyen un acto de carácter individual.

En ese contexto, es importante señalar que el cumplimiento de obligaciones a que se refiere el artículo 113 de la LFTR para el caso de prórrogas, es distinto al ‘cumplimiento efectivo’ previsto en el artículo Décimo transitorio del Decreto de Ley, en virtud de lo siguiente:

- La hipótesis contenida en el artículo Décimo transitorio del Decreto de Ley se actualiza únicamente a solicitud expresa de los interesados, con el único fin de obtener el dictamen de ‘cumplimiento efectivo’ indispensable para la autorización de servicios adicionales o para transitar a la concesión única;

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

- El dictamen de 'cumplimiento efectivo' comprende únicamente un periodo determinado de 18 meses, y

- El 'cumplimiento efectivo' previsto en el artículo Décimo transitorio del Decreto de Ley está referido al efecto que tengan las medidas asimétricas en los mercados, tal y como se corrobora con lo expuesto en el Dictamen de la Cámara de Origen emitido durante el proceso legislativo de la LFTR, mismo que señala:

(...)

En virtud de lo anterior, resulta evidente que los artículos 113 de la LFTR y Décimo transitorio del Decreto de Ley establecen trámites con requisitos y finalidades distintas, por lo que el cumplimiento de obligaciones a que hace referencia cada uno de ellos es también distinto. Dicho en otras palabras, el trámite de prórroga no puede ser usado como un mecanismo para determinar el cumplimiento de las medidas Impuestas al AEP, ya que existe disposición expresa para tal fin (Décimo transitorio del Decreto de Ley).

(...)

CONSIDERACIONES FINALES

(...)

-El cumplimiento de las medidas impuestas a Telmex/Telnor en su carácter de AEP, no se encuentra comprendido en los requisitos que establece el artículo 113 de la LFTR, por lo que no deben ser objeto del dictamen que emita la Unidad de Cumplimiento.

En atención a lo anterior, para el caso del dictamen sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones) establecidas a TELNOR en el título de concesión que nos ocupa, así como de las obligaciones derivadas de la LFTR y demás disposiciones aplicables, para efecto de la prórroga de la vigencia del título de concesión en comento, la UC no llevará a cabo el análisis de las medidas que le han sido impuestas en su calidad de Agente Económico Preponderante."

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

Como se evidencia de lo anterior, la Unidad de Cumplimiento omitió revisar las medidas de preponderancia impuestas a Telnor, recurriendo para ello a una interpretación de los artículos 113 de la LFTyR y Décimo transitorio del Decreto de Ley realizada por la Unidad de Asuntos Jurídicos de este Instituto, lo que en mi concepto constituye una irregularidad que fue también adoptada por la UCS en la Resolución que nos ocupa.

Sobre el particular, estimo que no es jurídicamente procedente que por vía de interpretación se establezcan excepciones a reglas generales, pues resulta de explorado derecho que toda excepción a reglas generales debe estar expresamente prevista en ley.

Así lo ha interpretado el Poder Judicial de la Federación a través de las siguientes tesis:

*"LEYES DE EXCEPCION. Las leyes que establecen excepciones a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes."*⁵

*"DISPOSICIONES GENERALES. Las leyes que establecen excepciones a las leyes generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes."*⁶

Es así que, tratándose de prórrogas de títulos de concesión única, el artículo 113 de la LFTyR establece una regla general que supone necesariamente la supervisión continua y permanente por parte del IFT de todas las obligaciones a cargo de Telnor, incluyendo desde luego, las de preponderancia. Regla general cuyas excepciones únicamente podrían establecerse de forma expresa en la misma LFTyR.

Máxime que de la simple lectura armonizada entre el citado artículo 113, con lo dispuesto en los artículos 15, fracción XXVII, 291 y 275 de la LFTyR, los cuales en la parte que interesa, establecen:

"Artículo 15. Para el ejercicio de sus atribuciones corresponde al Instituto:

⁵ "Época: Quinta Época; Registro: 283306; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo XVIII; Materia(s): Común; Tesis: Página: 894."

⁶ "Época: Quinta Época; Registro: 289848; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo IV; Materia(s): Común; Tesis; Página: 835"

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

(...)

XXVII. Vigilar el cumplimiento a lo dispuesto en los títulos de concesión otorgados en materia de telecomunicaciones y radiodifusión y ejercer facultades de supervisión y verificación, a fin de garantizar que la prestación de los servicios se realice con apego a esta Ley y a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables, a los títulos de concesión y a las resoluciones expedidas por el propio Instituto;

(...)"

"Artículo 291. El Instituto verificará y supervisará, en el ámbito de su competencia, el cumplimiento de esta Ley, las disposiciones que deriven de ella, así como de las condiciones y obligaciones establecidas en las concesiones, autorizaciones y demás disposiciones aplicables.

(...)"

"Artículo 275. El Instituto verificará de manera trimestral y sancionará el incumplimiento de las medidas y la regulación asimétrica que le hubiese impuesto al agente económico preponderante y, en su caso, determinará la extinción en sus efectos de la totalidad o de algunas de las obligaciones impuestas."

[Énfasis añadido]

Por otra parte, es importante subrayar que las medidas de preponderancia surgen como un tipo de regulación asimétrica para corregir fallas de mercado en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión en México, siendo además un elemento central de la reforma constitucional en telecomunicaciones y radiodifusión aprobada en 2013. La iniciativa de reforma constitucional señala en la parte que nos interesa, lo siguiente:

"Como se ha mencionado, es necesario generar condiciones de competencia en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, a efecto de mejorar la oferta de dichos servicios, su calidad y los precios a los usuarios. Dichas medidas no deben esperar más. Por ello, con el objeto de avanzar en este sentido, se propone en el artículo Octavo transitorio de la iniciativa que el Instituto Federal de Telecomunicaciones, en un plazo no mayor de 180 días naturales a partir de su integración, determine la existencia de agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

*telecomunicaciones, e imponga las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales.*⁷

De ahí, que medidas de regulación asimétrica como las de preponderancia surjan como una respuesta del Estado para generar mayores condiciones de competencia y libre concurrencia en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, a efecto de mejorar la oferta y calidad de servicios, así como el precio que deba pagar el consumidor de estos servicios.

Por tanto, la aplicación de la regulación asimétrica debe considerar el diseño en paralelo de mecanismos puntuales de supervisión y verificación que permitan al órgano regulador hacerse de la información necesaria para analizar no sólo el cumplimiento de estas, sino además, para analizar los efectos e impacto de las medidas asimétricas en los mercados que integran los sectores correspondientes. Así, uno de los mayores riesgos para la eficacia de la regulación asimétrica es su establecimiento sin una adecuada y correlativa actividad de supervisión y verificación que sirva para determinar el grado de cumplimiento y para el análisis de los efectos de la regulación asimétrica.

Dada la importancia de la preponderancia y su origen constitucional, la verificación y supervisión de las medidas de preponderancia reviste particular relevancia dentro del cúmulo obligacional al que se encuentran sujetos los agentes económicos preponderantes; así, por ejemplo, en el artículo 275 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, se estableció un mandato para que el Instituto supervisara trimestralmente esta regulación asimétrica.

Ahora bien, desde un punto de vista de política regulatoria, además de las consideraciones anteriores, realizadas con respecto del artículo 113 de la LFTR, el hecho de no revisar dichas medidas en los procedimientos de prórroga como el de la resolución a la que me opongo, estaría de facto, desestimando las medidas de preponderancia y enviando una señal errónea a los mercados, debido a que la fortaleza y eficacia de éstas no se debe evaluar tan sólo a la luz de su formulación, sino sobre todo, considerando el cumplimiento y ejecución de las mismas.

⁷ Pacto por México, 11 de marzo de 2013, *Iniciativa de Reforma Constitucional en Materia de Telecomunicaciones*, véase: <http://pactopormexico.org/reforma-telecomunicaciones/> (Consultado el 26 de febrero de 2018).

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

Por tanto, que no se hayan revisado las medidas de preponderancia me parece grave, pues el riesgo potencial de no recibir una prórroga favorable de un título de concesión, por sí mismo es un incentivo suficiente para que el solicitante de las prórrogas busque estar al corriente del cumplimiento de todas sus obligaciones, incluyendo las de preponderancia.

De esa guisa, el momento de la prórroga constituye un suceso único y de aislada ocasión, en el que el poder público puede negar el trámite por falta de cumplimiento de obligaciones, de ahí que no comparta obviar tal revisión y con ello generar una percepción o señal de que no nos es prioritario revisar el cumplimiento de las medidas de preponderancia.

Por lo anterior, me aparto de lo resuelto en el Acuerdo P/IFT/161216/753, en virtud de que al no haberse supervisado el cumplimiento de las medidas de preponderancia impuestas a Telnor, resulta que no me es posible conocer, con la información que obra en el expediente, si dicho concesionario se encuentra o no al corriente de todo el cúmulo obligacional establecido en el artículo 113 de la LFTyR.

2.3. Inobservancia del artículo 113 respecto del cumplimiento de obligaciones de concesionarios que no fueron declarados Agentes Económicos Preponderantes.

Por último, anuncié presentar un voto particular, respecto del asunto resuelto en la X Sesión Extraordinaria **celebrada el 12 de julio de 2017**, *“Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones autoriza la prórroga de vigencia de la modificación y prórroga de la concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones en la Ciudad de Puebla, Puebla, y zona conurbada, otorgada por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes el 6 de septiembre de 2013 a Ultravisión, S.A. de C.V.”*, correspondiente el numeral III.1 del Orden del día aprobado por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, adoptada mediante Acuerdo P/IFT/EXT/120717/167-Bis.

En el asunto de referencia, me aparté del criterio de la mayoría de este Pleno, referente a otorgar la prórroga a Ultravisión, S.A. de C.V. (Ultravisión), bajo el razonamiento de que, aunque el concesionario se encontraba en incumplimiento de sus obligaciones, dicha situación no genera una afectación a la prestación del servicio, siendo necesario, además, ponderar la continuidad de la prestación del servicio sobre la omisión del cumplimiento de obligaciones.

Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

Cabe mencionar, que inicialmente, en la citada Sesión, el sentido de la resolución propuesto por la Unidad de Concesiones y Servicios era negar la prórroga solicitada por Ultravisión, puesto que de las constancias que integraban el expediente, Ultravisión no se encontraba al corriente de sus obligaciones, situación que el suscrito acompañaba y correspondía al Acuerdo P/IFT/EXT/120717/167, proyecto que por mayoría de votos en contra, no fue aprobado.

En cambio, una mayoría de los Comisionados presentes en la Sesión decidió modificar el sentido del proyecto y resolver mediante Acuerdo P/IFT/EXT/120717/167-bis, otorgando la prórroga solicitada por el concesionario, no obstante, la existencia del dictamen donde se establecía el incumplimiento de obligaciones.

En el caso en particular, Ultravisión no se encontraba en cumplimiento de la normatividad aplicable, relacionada con la obligación contenida en el artículo 193 de la LFTR y la condición 2.2 de su título de concesión, referente al deber de registrar ante la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) el modelo de contrato de adhesión que pretende celebrar con los usuarios, lo que materialmente no había cumplido, y por ende, debía considerarse que no se encontraba al corriente de sus obligaciones.

Luego entonces, en mi opinión, en el caso en concreto, 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 113 de la LFTyR, referente a que los concesionarios deben encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones dispuestas en la ley, su título de concesión, y demás disposiciones aplicables, para que un trámite como el presente, les sea favorable.

No es óbice a lo anterior, que fuera posible asumir que Ultravisión se encontraba en vías de cumplimiento del registro de su contrato de adhesión ante la PROFECO, tal y como se desprende del expediente administrativo, toda vez que la exigencia legal del artículo 113 de la LFTyR es que se encontrara al corriente de las obligaciones establecidas en la ley, su título de concesión y demás disposiciones aplicables, situación que no aconteció para el caso concreto y por la cual no apoyo el proyecto en sus términos.

En razón de lo anterior, voté en contra del Acuerdo P/IFT/EXT/120717/167-Bis, en virtud de que se otorgó la prórroga solicitada por Ultravisión, bajo el razonamiento de que aun y cuando el concesionario se encuentre en incumplimiento de sus obligaciones, dicha

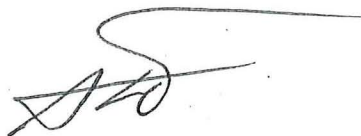
Oficina del Comisionado Adolfo Cuevas Teja

Votos particulares que formula el Comisionado Adolfo Cuevas Teja, respecto de los Acuerdos P/IFT/EXT/131015/150, P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

situación no genera una afectación a la prestación del servicio, debiendo, además, ponderarse la continuidad de la prestación del servicio sobre la omisión del cumplimiento de obligaciones, inobservando con tal situación, lo dispuesto por el artículo 113 de la LFTyR.

Es por las razones expuestas a lo largo del presente documento, que en su oportunidad voté a favor en lo general del Acuerdo P/IFT/EXT/131015/150, pero en contra del Resolutivo Primero y su parte considerativa, únicamente en cuanto a la determinación de otorgar un título de concesión innominado, y en contra de los Acuerdos P/IFT/271016/595, P/IFT/161216/753 y P/IFT/EXT/120717/167-bis, correspondientes a las Sesiones XXXVIII Extraordinaria celebrada el 13 de octubre de 2015, XXXVI Ordinaria celebrada el 27 de octubre de 2016, XLVI Ordinaria celebrada el 16 de diciembre de 2016 y X Extraordinaria celebrada el 12 de julio de 2017, respectivamente.

ATENTAMENTE,



**ADOLFO CUEVAS TEJA
COMISIONADO**