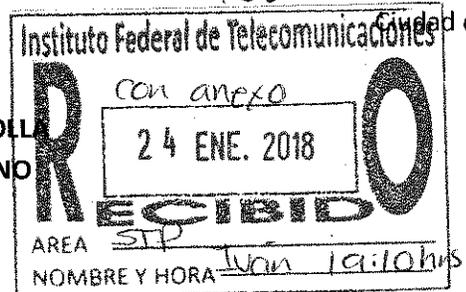


OFICINA COMISIONADA
IFT/100/PLENO/OC-ASLI/006/2018

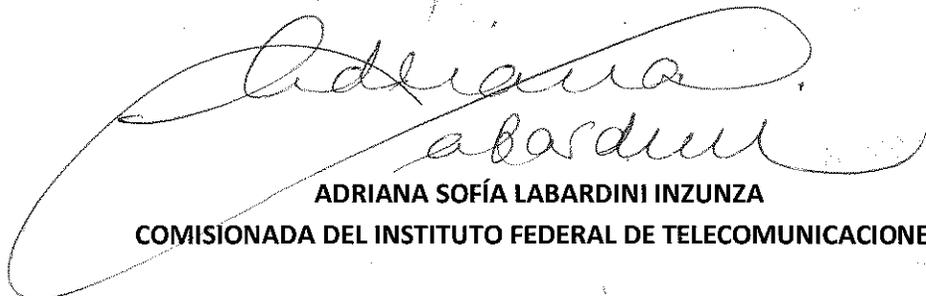
102

Ciudad de México, a 24 de enero de 2018.

LIC. JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO
Presente

Por este medio envío a usted el engrose del voto particular en contra que formulé oralmente durante la II Sesión Ordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el día de hoy, 24 de enero de 2018, respecto a la "Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve el procedimiento de supervisión con número de Expediente 2S.2S.21.1-41.0012.14, en contra de Grupo Televisa, S.A.B. de C.V., Tenedora Ares, S.A.P.I., de C.V. y Grupo Cable TV, S.A. de C.V., por presunta violación al artículo Octavo Transitorio, Fracción I, párrafo tercero, 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", y a los artículos 7 y 14 de los "Lineamientos Generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del artículo Octavo Transitorio del "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas Disposiciones de los artículos 6º., 7º., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones" respecto de la denuncia presentada ante el propio Instituto por Comercializadora de Frecuencias Satelitales, S.R.L. de C.V., y por tanto ordena el cierre del Expediente 2S.2S.21.1-41.0012.14." Esta Resolución fue aprobada por el Pleno, mediante Acuerdo P/IFT/240118/20. Lo anterior a efecto de que este voto particular se notifique a la denunciante y a la denunciada junto con la Resolución y sea agregado en el Libro de Actas de la Sesión.

Atentamente,



ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

**VOTO EN CONTRA QUE FORMULA LA COMISIONADA ADRIANA LABARDINI INZUNZA EN RELACIÓN CON
EL CIERRE DEL EXPEDIENTE 2S.2S.21.1-41.0012.14**

Durante la II Sesión Ordinaria de 24 de enero de 2018 manifesté mi voto en contra de la *“Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve el procedimiento de supervisión con número de Expediente 2S.2S.21.1-41.0012.14, en contra de Grupo Televisa, S.A.B. de C.V., Tenedora Ares, S.A.P.I., de C.V. y Grupo Cable TV, S.A. de C.V., por presunta violación al artículo Octavo Transitorio, Fracción I, párrafo tercero, 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”, y a los artículos 7 y 14 de los “Lineamientos Generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del artículo Octavo Transitorio del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas Disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones” respecto de la denuncia presentada ante el propio Instituto por Comercializadora de Frecuencias Satelitales, S.R.L. de C.V., y por tanto ordena el cierre del Expediente 2S.2S.21.1-41.0012.14”* por las consideraciones que a continuación expongo.

En primer lugar, como observación general, la resolución no motiva ni justifica adecuadamente el por qué no existen elementos suficientes para proponer el inicio de un procedimiento de sanción en contra de Grupo Televisa, S.A.B. Al efecto, el proyecto en su página 23 parece referir que el supuesto en el cual sí se actualiza una infracción a lo dispuesto en la Constitución y la ley sería aquél en el que Super Medios fuera un agente económico preponderante (pero no se funda ni motiva el por qué):

“Es necesario enfatizar que, en el presente caso, la señal radiodifundida y retransmitida es la señal de SÚPER MEDIOS, quien no es Agente Económico Preponderante ni declarado con poder sustancial en algún mercado relacionado con los Sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión, razón por la cual el Agente Económico Preponderante en el Sector de Radiodifusión GRUPO TELEVISIA y TENEDORA ARES, no se adecúan en el presente caso a los extremos de la prohibición de beneficio de la regla de gratuidad por la retransmisión de una señal radiodifundida que no es suya, ya que la retransmisión de esa señal se realiza por GRUPO CABLE TV (AHORA ARRETIS) y su subsidiaria en cumplimiento a la obligación constitucional de los concesionarios de televisión restringida conforme el artículo Octavo Transitorio, fracción I, párrafo tercero, del DECRETO CONSTITUCIONAL, el artículo 166 de la LFTR y a los artículos 7 y 14 de los LINEAMIENTOS GENERALES.”

1. El tipo administrativo no distingue entre sectores

El tipo administrativo al que se refiere la denuncia se encuentra previsto en los artículos: Octavo Transitorio del decreto de reforma constitucional publicado el 11 de junio de 2013 en el Diario Oficial de la Federación (Reforma constitucional); 166 y 168 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR) y; 7 y 14 de los *“Lineamientos Generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del artículo Octavo Transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Telecomunicaciones”* (Lineamientos).

En todos esos artículos, se establece, como regla general, que derivado del *must carry* y el *must offer* debe haber gratuidad entre los concesionarios. Asimismo se establece qué sujetos en específico no pueden gozar de esta gratuidad derivada del *must carry* y *must offer*: agentes económicos preponderantes (AEP) o agentes con poder sustancial (APS) en cualquier sector o mercado competencia del IFT. Sin embargo, nunca se distinguen supuestos o consecuencias jurídicas específicos para el caso de que AEP o el APS pertenezcan a un determinado sector o mercado.

Constitución

Octavo Transitorio. [...] Los concesionarios de telecomunicaciones o de televisión radiodifundida que hayan sido declarados con poder sustancial en cualquiera de los mercados de telecomunicaciones o radiodifusión o como agentes económicos preponderantes en los términos de este Decreto, no tendrán derecho a la regla de gratuidad de los contenidos de radiodifusión o de la retransmisión gratuita; lo que en ningún caso se reflejará como costo adicional en los servicios contratados por los suscriptores y usuarios. [...]El Instituto Federal de Telecomunicaciones sancionará con la revocación de la concesión a los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial que se beneficien directa o indirectamente de la regla de gratuidad, a través de otros concesionarios, sin perjuicio del pago de las contraprestaciones que correspondan. También se revocará la concesión a estos últimos.

LFTR

Artículo 166. Los concesionarios de telecomunicaciones o de televisión radiodifundida que hayan sido declarados con poder sustancial en cualquiera de los mercados de telecomunicaciones o radiodifusión o como agentes económicos preponderantes en los términos del Decreto, no tendrán derecho a la regla de gratuidad de los contenidos de radiodifusión o de la retransmisión gratuita; lo que en ningún caso se reflejará como costo adicional en los servicios contratados por los suscriptores y usuarios.

Artículo 168. El Instituto sancionará con la revocación de la concesión a los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial que se beneficien directa o indirectamente de la regla de gratuidad, a través de otros concesionarios, sin perjuicio del pago de las contraprestaciones que correspondan. También se revocará la concesión a estos últimos.

Lineamientos

Artículo 7. Los Concesionarios de Televisión Radiodifundida y/o los Concesionarios de Televisión Restringida que hayan sido declarados con poder sustancial en cualquiera de los mercados de telecomunicaciones o radiodifusión o como agentes económicos preponderantes, en los términos del Decreto y demás disposiciones aplicables, no tendrán

derecho a la regla de gratuidad. Lo anterior en ningún caso se reflejará como costo adicional en los servicios contratados por los suscriptores y usuarios.

Las obligaciones de ofrecer y retransmitir gratuitamente las Señales Radiodifundidas perderán su vigencia simultáneamente **cuando existan condiciones de competencia en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones**. Esta declaración será realizada por el Instituto en los términos que establezca la legislación aplicable.

Artículo 14. [...] Los Concesionarios de Televisión Radiodifundida y Concesionarios de Televisión Restringida que hayan sido **declarados con poder sustancial en cualquiera de los mercados de telecomunicaciones o radiodifusión o como agentes económicos preponderantes** deberán acordar las condiciones y precios de los contenidos radiodifundidos o de la retransmisión en un plazo no mayor de 60 días naturales contados a partir de que alguno de ellos lo solicite. Transcurrido dicho plazo sin que las partes hayan celebrado el acuerdo o antes, si así lo solicitan ambas partes, el Instituto determinará la tarifa bajo los principios de libre competencia y concurrencia. El mismo procedimiento se aplicará a los concesionarios que deban acordar los precios y condiciones de la retransmisión de contenidos radiodifundidos a efecto de no beneficiar directa o indirectamente con la regla de gratuidad a agentes económicos preponderantes o con poder sustancial de mercado.

De este modo, todos los supuestos normativos se refieren genéricamente a que las personas que no tienen derecho a la regla de gratuidad se agrupan en dos tipos: los AEP y los APS. Pero en ningún caso se distingue si el AEP debe ser de cierto sector o si el APS debe serlo en cierto mercado en específico; tampoco se señala si esta distinción amerita que la excepción aplique sólo en cierto mercado o sector. En consecuencia, los sujetos a los que hace referencia el supuesto normativo están exentos de la regla de gratuidad en cualquiera de los mercados y sectores, sea de telecomunicaciones o de radiodifusión.

2. Falta de análisis de beneficios indirectos como parte del tipo administrativo

El artículo octavo transitorio de la reforma constitucional y el 168 de la LFTR hablan de un tipo administrativo en específico con una sanción determinada:

Octavo Transitorio Reforma Constitucional. El Instituto Federal de Telecomunicaciones sancionará con la revocación de la concesión a los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial **que se beneficien directa o indirectamente de la regla de gratuidad**, a través de otros concesionarios, sin perjuicio del pago de las contraprestaciones que correspondan. También se revocará la concesión a estos últimos.

Artículo 168 LFTR. El Instituto sancionará con la revocación de la concesión a los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial **que se beneficien directa o indirectamente de la regla de gratuidad**, a través de otros concesionarios, sin perjuicio del pago de las contraprestaciones que correspondan. También se revocará la concesión a estos últimos.



Como puede verse, los artículos señalan que la conducta sancionada con la revocación de los respectivos títulos de concesión es beneficiarse directa o indirectamente de la regla de gratuidad. Esto mismo puede corroborarse con la lectura de uno de los artículos de la LFTR, que sí se mencionó en la demanda, pero que no se cita y no se analiza en la resolución:

Artículo 303 LFTR. Las concesiones y las autorizaciones se podrán revocar por cualquiera de las causas siguientes: (...) XVI. En el caso de los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial que se beneficien directa o indirectamente de la regla de gratuidad relativa a la retransmisión de señales de televisión a través de otros concesionarios, revocándose la concesión también a estos últimos (...)

Sin embargo, la resolución no analiza ni define que es “un beneficio directo o indirecto”. Sólo se limita a decir cuándo y en qué casos es posible aplicar la regla de gratuidad. Es decir, se dedica a analizar exclusivamente una parte del artículo octavo transitorio de la reforma constitucional que señala: “*Los concesionarios de telecomunicaciones o de televisión radiodifundida que hayan sido declarados con poder sustancial en cualquiera de los mercados de telecomunicaciones o radiodifusión o como agentes económicos preponderantes en los términos de este Decreto, no tendrán derecho a la regla de gratuidad de los contenidos de radiodifusión o de la retransmisión gratuita*”.

En este punto considero que la resolución es omisa en dos puntos: i) establecer qué es un beneficio y ii) por qué en el presente caso no se configura un beneficio indirecto.

Respecto al primer punto considero que no hay un pronunciamiento expreso en la resolución de qué significa “un beneficio”. No se analiza si un beneficio consiste en las ganancias económicas que genera la regla de gratuidad caso por caso, dependiendo, por ejemplo, del valor de la señal con base en su audiencia (share o rating) o del número de suscriptores del concesionario de televisión restringida.

Sin embargo, implícitamente, esta resolución sí da a entender que el beneficio es el contar con un derecho a la gratuidad; pero de ser así ¿por qué el Constituyente permanente no escribió que en caso de un incumplimiento a la regla de gratuidad procedería la revocación del título—sin añadir la palabra beneficio—? Y ¿por qué la LFTR utiliza un artículo (el 166) para hablar de la regla de gratuidad y otro artículo diferente (el 168) para hablar de la sanción en caso de que un concesionario “se beneficie” de esta regla? De este modo no queda claro si la sanción prevista se actualiza por la contravención a la regla de gratuidad o por la generación de beneficios que puedan derivar de esa conducta.

Respecto al segundo punto, también faltó analizar en qué consisten los beneficios “indirectos” de esta regla de gratuidad. En un principio podríamos pensar que un beneficio indirecto es aquel adquirido “a través de otra empresa o concesionario”, sin embargo este elemento ya se encuentra contemplado explícitamente dentro del tipo administrativo, por lo que en principio podría tener otro significado:

Octavo Transitorio Reforma Constitucional. El Instituto Federal de Telecomunicaciones sancionará con la revocación de la concesión a los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial que se beneficien directa o indirectamente de la regla de gratuidad, a través

de otros concesionarios, sin perjuicio del pago de las contraprestaciones que correspondan. También se revocará la concesión a estos últimos.

Artículo 168 LFTR. El Instituto sancionará con la revocación de la concesión a los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial que se beneficien directa o indirectamente de la regla de gratuidad, a través de otros concesionarios, sin perjuicio del pago de las contraprestaciones que correspondan. También se revocará la concesión a estos últimos.

Artículo 303 LFTR. Las concesiones y las autorizaciones se podrán revocar por cualquiera de las causas siguientes: (...) XVI. En el caso de los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial que se beneficien directa o indirectamente de la regla de gratuidad relativa a la retransmisión de señales de televisión a través de otros concesionarios, revocándose la concesión también a estos últimos (...)

Por ende, desde mi punto de vista existe la posibilidad de que beneficios “indirectos” se refiera a otra cuestión. En el presente caso, por ejemplo, podría significar que un AEP o APS (en este caso Televisa) se beneficie “directamente” en su sector radiodifusión o “indirectamente” en otro sector (telecomunicaciones). Es decir, cabría la posibilidad de interpretar que en este caso el GIE de Televisa se beneficia “indirectamente” a través de una de sus cableras en el sector telecomunicaciones (Cablecom).

3. Opinión de la UPR

En este mismo sentido conviene señalar de entre las opiniones de diversas Unidades del Instituto, la opinión de la Unidad de Política Regulatoria (UPR), quien manifestó que no contaba con los documentos suficientes para determinar si el Agente Económico en Radiodifusión (AEPR), es decir GTVSAB, contaba con suficiente control financiero, económico y accionario en Cablecom.

Sin embargo, la UPR determinó que en el supuesto que pudiera demostrarse la existencia de dicho control, entonces sí podrían existir indicios para afirmar que el AEPR pudo obtener beneficios directos o indirectos de la regla de gratuidad a través de Cablecom.

4. Convergencia de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión

De una interpretación teleológica del artículo octavo transitorio es posible advertir que existe una lógica de convergencia entre los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión en cuanto a la finalidad de contar con una regla de gratuidad.

El artículo mencionado establece que esta gratuidad derivada de las obligaciones de *must carry* y *must offer* perderá su vigencia sólo en un caso: cuando existan condiciones de competencia en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones.

OCTAVO. [...] Las obligaciones de ofrecer y retransmitir gratuitamente los contenidos radiodifundidos perderán su vigencia simultáneamente cuando existan condiciones de competencia en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones. Esta declaración será

realizada por el Instituto Federal de Telecomunicaciones en los términos que establezca la ley. En este caso, los concesionarios estarán en libertad de acordar los precios y condiciones de la retransmisión de contenidos radiodifundidos. En caso de diferendo el Instituto Federal de Telecomunicaciones determinará la tarifa que deberá estar orientada a costos. [...]

En este sentido, la resolución señala que debe hacer una interpretación "armónica".¹ Sin embargo, considero que una interpretación armónica no puede perder de vista el contenido del párrafo citado del artículo octavo transitorio. El cual nos indica que incluso en el supuesto de que en un sector exista competencia efectiva, la excepción de la regla de gratuidad seguiría aplicando en ambos sectores.

Esto porque la lógica de esta regla contempla la existencia de empresas verticalmente integradas, en donde es posible que un agente cuente con participación en ambos sectores y sus respectivos mercados y tenga incentivos para trasladar su poder o dominancia entre estos. De modo que es posible que estos agentes puedan beneficiarse indirectamente en otro sector en el que no son preponderantes o en otro mercado donde no cuentan con poder sustancial.

5. El presente procedimiento es de supervisión, no sancionatorio

La resolución no analiza ni comprueba si existen elementos suficientes para determinar el cierre del expediente en el procedimiento de supervisión. En virtud de la naturaleza del procedimiento de supervisión no existe la posibilidad de analizar si en efecto hubo un beneficio directo o indirecto por parte del AEPR a través del concesionario de televisión restringida Cablecom. Sin embargo, considero que en el presente procedimiento de supervisión al menos sí existen indicios de beneficios indirectos que pudieron haberse configurado.

Al respecto, el procedimiento de supervisión tiene por objeto la determinación de los elementos necesarios que podrían consistir en una infracción administrativa de las disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias. Esto es, al ser únicamente una etapa dentro del procedimiento administrativo sancionador no genera ningún perjuicio en la esfera jurídica de los sujetos. Para mayor referencia, sirve de apoyo la siguiente tesis:

TELECOMUNICACIONES. EL JUICIO DE AMPARO ES IMPROCEDENTE CONTRA EL ACUERDO DEL INSTITUTO FEDERAL RELATIVO QUE INICIA EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO Y CONCLUYE EL DE SUPERVISIÓN O VERIFICACIÓN. ² De conformidad con los artículos 15, fracciones XXVII y XXX, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; 42,

¹ La resolución señala en su página 12 que: "*De los citados preceptos legales y sobre todo de la **interpretación armónica** de todas las disposiciones y consideraciones señaladas, se puede advertir claramente que uno de los principales objetivos de la **CONSTITUCIÓN** y de la legislación aplicable en la materia es que existan condiciones de competencia efectiva en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones.*"

² TELECOMUNICACIONES. EL JUICIO DE AMPARO ES IMPROCEDENTE CONTRA EL ACUERDO DEL INSTITUTO FEDERAL RELATIVO QUE INICIA EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO Y CONCLUYE EL DE SUPERVISIÓN O VERIFICACIÓN. 2010133. I.1o.A.E.78 A (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 23, Octubre de 2015, Pág. 4107.

fracciones I, II, III, IV, XV, 43, fracciones I, II, III y IV y 44, fracción I, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, los procedimientos de supervisión o verificación y sancionatorio guardan una estrecha relación, pues uno de los fines del primero es que la autoridad tenga elementos necesarios para decidir si debe o no iniciar el procedimiento sancionatorio; sin embargo, son independientes entre sí, pues en el segundo se determina, en su caso, la sanción por incumplimiento a los títulos de concesión o por infracción a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas. En ese contexto, si bien el acuerdo de inicio de procedimiento sancionatorio, a la vez concluye el de supervisión o verificación, ello no implica que se trate de una resolución definitiva reclamable en vía de amparo a través de la cual la autoridad determine algún tipo de responsabilidad o infracción administrativa e imponga la sanción respectiva, pues sólo constituye un acto de índole procesal que no genera un menoscabo en el patrimonio que pudiese afectar derecho sustantivo alguno, dado que no es la última voluntad de la autoridad en el procedimiento sancionatorio respectivo. Todo esto, acorde con el artículo 28, vigésimo párrafo, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece la improcedencia de recurso ordinario o constitucional alguno contra actos intraprocesales, con lo cual se buscó que en todos aquellos casos en que el Instituto Federal de Telecomunicaciones resolviera un asunto mediante una secuencia de actos desarrollados progresivamente, el medio de defensa respectivo procediera únicamente contra la resolución definitiva y, en ese sentido, ninguno de los actos dictados dentro del procedimiento, previo a la decisión final, es controvertible.

En este sentido, considero que de haberse iniciado un procedimiento sancionatorio sería posible contar con mayores elementos para evaluar si la conducta encuadra en la hipótesis normativa (en estricto apego al principio de tipicidad), determinar si procedía o no la imposición de la sanción y de esta manera, resolver sustantivamente el asunto.

Por todo lo anteriormente expuesto manifesté mi voto en contra de la Resolución.

Ciudad de México a 24 de enero de 2018



Adriana Sofía Labardini Inzunza
Comisionada