

**OFICINA COMISIONADA
IFT/100/PLENO/OC-ASLI/049/2015**

México, D.F., a 21 de octubre de 2015

**LIC. JUAN JOSÉ CRISPÍN BORBOLLA
SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO**

Presente

Por este medio envío a usted, para los efectos conducentes, el engrose del voto particular disidente que formulé oralmente durante la XXVII Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones, celebrada el 19 de agosto de 2015, respecto a la "Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones autoriza la prórroga de vigencia del título de concesión otorgado a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., el 17 de diciembre de 2002". Esta Resolución fue aprobada por el Pleno, mediante Acuerdo P/IFT/EXT/190815/91.

Atentamente,



**ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES**



VOTO PARTICULAR DISIDENTE QUE FORMULA LA COMISIONADA ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA RESPECTO A LA RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL EL PLENO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES AUTORIZA LA PRÓRROGA DE VIGENCIA DEL TÍTULO DE CONCESIÓN OTORGADO A RADIOMÓVIL DIPSA, S.A. DE C.V. EL 17 DE DICIEMBRE DE 2002 (MEDIANTE ACUERDO P/IFT/EXT/190815/91)

El 19 de agosto de 2015, en la XXVII Sesión Extraordinaria del Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, el Pleno), formulé oralmente un voto particular en contra de la *“Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones autoriza la prórroga de vigencia del título de concesión otorgado a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. el 17 de diciembre de 2002”* aprobada por el Instituto mediante Acuerdo P/IFT/EXT/190815/91 (en adelante, la Resolución).

Mi voto en contra de la Resolución se basó en las consideraciones y razonamientos vertidos en la propia sesión, mismos que se sustentan, sistematizan y engrosan a través del presente voto particular. Para efectos prácticos, la exposición del presente voto se divide en cuatro partes: i) legislación aplicable, ii) marco constitucional, iii) análisis de cumplimiento de obligaciones bajo el artículo 113 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (en adelante, la LFTR) y iv) improcedencia de otorgar un título no previsto en la Constitución ni en la LFTR.

Legislación aplicable

En la Resolución, el Pleno autorizó la prórroga de la vigencia del título de concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones con vigencia de 15 (quince) años a partir de su otorgamiento, otorgado a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. (en adelante, Telcel) el 17 de diciembre de 2002. Otorgada la prórroga, el Pleno aprobó otorgar un nuevo título: *“Título de concesión para uso comercial que Otorga el Instituto Federal de Telecomunicaciones En Favor De Radiomóvil Dipsa S.A. de C.V.”*, (no así una concesión única) con una vigencia de 15 años contados a partir del 18 de diciembre de 2017. Esto, toda vez que se consideró que los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 113 de la LFTR se encontraban colmados.

Como se puede apreciar en la Resolución, el representante legal de Telcel presentó su solicitud de prórroga el 3 de noviembre de 2014 (fecha en la que ya había entrado en vigor la LFTR) y la fundamentó en la condición 1.5 de su título de concesión y el artículo 27 de la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995 ya abrogada (en adelante, LFT). Bajo estos fundamentos, se puede dilucidar que Telcel solicitó prórroga a su título de Red Pública de Telecomunicaciones y no propiamente un título de concesión única.

Pese a lo anterior, la condición 1.7 segundo párrafo del título de concesión otorgado en 2002 al solicitante establece que: *“el Concesionario acepta que si las disposiciones legales [...] fueran derogadas, el Concesionario quedará sujeto a la nueva legislación y disposiciones administrativas aplicables”*. Asimismo, el artículo Segundo Transitorio del Decreto por el que se expidió la LFTR (vigente al momento de la solicitud) señala, literalmente, que la LFT quedó abrogada desde el momento en que entró en vigor la LFTR. En consecuencia, la solicitud del concesionario en comento debe analizarse a la luz de lo previsto en la LFTR, toda vez que, al momento de su presentación, se encontraba ya vigente dicho ordenamiento.

De este modo, como se establece en la Resolución, no sería procedente otorgar una prórroga de este título de concesión con base en los fundamentos aludidos por el solicitante (es decir, conforme a la LFT), por lo que mi análisis se centrará en el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 133 de la LFTR, como se puede apreciar a continuación.

Marco constitucional

Antes de analizar a fondo los requisitos para otorgar una prórroga, previstos en la LFTR, conviene esclarecer el marco constitucional en materia de concesiones. Al respecto, el Decreto de Reforma Constitucional en materia de telecomunicaciones de 2013¹ instituyó un régimen claro en materia de títulos habilitantes para prestar los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión. En primer lugar, el artículo Tercero Transitorio refiere, a la letra, lo siguiente:

*“El Congreso de la Unión realizará las adecuaciones necesarias al marco jurídico conforme al presente Decreto dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a su entrada en vigor, y deberá: III. Establecer los mecanismos para homologar el régimen de permisos y concesiones de radiodifusión, **a efecto de que únicamente existan concesiones**, asegurando una diversidad de medios que permita distinguir las concesiones de uso comercial, público, privado y social que incluyen las comunitarias e indígenas.”*

De este modo, el Constituyente Permanente fue muy claro en establecer que, bajo el nuevo régimen constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, los títulos habilitantes a otorgar (en vez de los anteriores permisos y concesiones otorgados bajo la LFT) consistirían **exclusivamente** en **concesiones**. A tal grado que contempló mecanismos para que los titulares de otros títulos transitarán a este nuevo régimen.

Aunado a lo anterior, el artículo Cuarto Transitorio de este Decreto señala:

*“**La ley establecerá que las concesiones serán únicas**, de forma que los concesionarios puedan prestar todo tipo de servicios a través de sus redes, siempre que cumplan con las obligaciones y contraprestaciones que les imponga el Instituto Federal de Telecomunicaciones y en su caso, las contraprestaciones correspondientes [...]*
*La autorización a que se refiere este párrafo² **podrá otorgarse a los agentes económicos preponderantes sólo cuando se encuentren en cumplimiento de las medidas que se les hayan impuesto conforme a lo previsto en las fracciones III y IV del artículo Octavo Transitorio de este Decreto.**”*

¹ “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.

² Estas autorizaciones son las relativas a la transición a servicios adicionales o concesión única.

En este sentido, la Constitución estableció una reserva de ley expresa en lo relativo a los títulos de concesión única. Asimismo estableció que los agentes económicos preponderantes sólo podrán obtener una concesión única cuando se encuentren en cumplimiento de las medidas de preponderancia.

Por lo mismo, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (en adelante, el Instituto), en cumplimiento del artículo Cuarto Transitorio del Decreto de Reforma constitucional, emitió los Lineamientos para solicitar servicios adicionales.³ No así, los lineamientos para transitar a la concesión única, puesto que había reserva de ley y en consecuencia, el Pleno esperó hasta la entrada en vigor de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (en adelante, LFTR) para emitirlos.

En consecuencia de lo mencionado anteriormente, el régimen constitucional en la materia es muy claro. Por un lado establece que las concesiones para prestar servicios públicos de telecomunicaciones y radiodifusión son exclusivamente *las concesiones únicas* y, por otro, señala que los agentes económicos preponderantes están sujetos a un régimen específico para obtener este tipo de concesión. Este régimen consiste en cumplir con las medidas que se le hayan impuesto conforme a lo previsto en las fracciones III y IV del artículo Octavo Transitorio de este Decreto, es decir, con las medidas de preponderancia.

Pese a esto, la Resolución considere procedente otorgar un nuevo tipo de concesión *ad hoc* o *sui generis*—que no es única y que no está contemplada en la Constitución ni en la LFTR— y no toma en consideración el régimen específico al que se encuentra sujeto el agente económico preponderante en el sector telecomunicaciones (en adelante, el AEP).

Análisis de cumplimiento de requisitos para obtener una prórroga bajo el artículo 113 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión

Si bien el concesionario solicitó la prórroga con base en un precepto legal no vigente, bajo el principio *pro persona*, resulta conveniente dilucidar si la normatividad vigente establece un fundamento que permita prorrogar ese título en su beneficio. Al respecto, la Resolución señala, y yo concuerdo con la propuesta, que este fundamento lo constituye el artículo 113 de la LFTR. Este artículo establece, textualmente, lo siguiente:

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. En caso de que el Instituto no*

³ “Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones emite los Lineamientos generales que establecen los requisitos, términos y condiciones que los actuales concesionarios de radiodifusión, telecomunicaciones y telefonía deberán cumplir para que se les autorice la prestación de servicios adicionales a los que son objeto de su concesión”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2014.

resuelva en el plazo señalado en el párrafo anterior, se entenderá prorrogada la concesión única.

De este modo, la LFTR establece que los requisitos para prorrogar una concesión única consisten en que el concesionario: i) solicite la prórroga dentro del año previo al inicio de la última quinta parte del plazo de vigencia de la concesión; ii) se encuentre al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en ley y demás disposiciones aplicables, así como en su título de concesión; y iii) acepte las nuevas condiciones que, en su caso, se establezcan.

En primer lugar, como se establece dentro de la Resolución, concuerdo en que este artículo puede ser interpretado de manera que se sea aplicable tanto a las concesiones otorgadas bajo leyes anteriores, hoy abrogadas como a las concesiones únicas que bajo la vigencia de la LFTR se otorguen. Es decir, bajo una interpretación armónica y *pro persona* del mismo, puede establecerse que esta disposición permite tanto las prórrogas de concesiones únicas como las de red pública de telecomunicaciones o de radiodifusión dado que bajo la LFT o incluso la Ley Federal de Radio y Televisión, no existía la figura de concesión única. Sin embargo, desde mi perspectiva, ello implica que la solicitud en cuestión, se analice bajo los supuestos y requisitos del citado artículo 113 para decidir si los cumple o no.

En cuanto al cabal cumplimiento de los requisitos que se establecen en el artículo 113 de LFTR considero que existe uno, que el Solicitante no satisface. Como se mencionó anteriormente, este artículo establece, como condición para otorgar la mencionada prórroga, que el concesionario se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en ley y demás disposiciones aplicables.

Sin embargo, dentro del expediente, se observa que la Dirección General de Supervisión por medio de un oficio de escasas páginas y, sobretodo, de escaso contenido sustantivo, informó de un cumplimiento documental de las obligaciones del solicitante, sin que se me haya proporcionado mayor información al respecto. Es decir, el art. 113 pide un cumplimiento total de obligaciones del concesionario que solicite una prórroga (no sólo documental), lo cual debe comprobarse con un análisis exhaustivo y con sustento en suficientes elementos de convicción. Dichos elementos no fueron puestos a mi vista.

La segunda cuestión consiste en que el solicitante forma parte del agente económico preponderante en el sector telecomunicaciones. Dicho agente, por disposición constitucional y legal, está sujeto a un régimen específico regulatorio, a tal grado que su derecho a transitar a la concesión única o solicitar servicios adicionales se encuentra sujeto a requisitos adicionales a los de otros concesionarios.

Esto nos lleva necesariamente a leer e interpretar el artículo 113 de la LFTR junto con el Cuarto Transitorio, segundo párrafo, del Decreto de reforma constitucional, y los artículos Décimo y Décimo Primero Transitorios del Decreto de reforma por el que se expidió la LFTR. Estos últimos artículos nos señalan que el agente económico preponderante debe cumplir con ciertos requisitos, como lo es acreditar el cumplimiento de las medidas de preponderancia que estableció el Instituto por un plazo de 18 meses, antes de que se le autorice su transición al régimen de concesión única.

Bajo este entendido, estaría de acuerdo que un concesionario —que no estuviera sujeto al régimen de preponderancia— pudiera beneficiarse del artículo 113 a efecto de prorrogar un título de concesión de red pública de telecomunicaciones, siempre y cuando existan suficientes elementos de convicción para asegurar el cumplimiento de los requisitos establecidos por el multicitado 113 de la LFTR. No obstante, en el caso específico, es decir, en tratándose del agente económico preponderante, la Constitución y la LFTR establecieron un régimen específico que debe ser respetado a cabalidad. Es decir, tendría que acreditarse, con suficientes elementos de convicción un cumplimiento cabal a las medidas de preponderancia en el plazo establecido (18 meses). Nótese que el artículo 113 está fraseado exigiendo cumplimiento, no así en sentido negativo “no haber incurrido en incumplimiento”, pues acreditar esto último sí requeriría haber concluido procedimientos sancionatorios que sean definitivos, no sub iudice. Ello implica que debe mediar una revisión, verificación o supervisión de la autoridad para poder acreditar el cumplimiento cabal, misma que no ha ocurrido.

Imprudencia de otorgar un título no previsto en la Constitución ni en la LFTR

Pese a que no se acreditó el cumplimiento cabal de los requisitos establecidos en el artículo 113 de la LFTR, ni el régimen específico previsto en la constitución y las leyes para el AEP, en los términos anteriormente señalados, la Resolución propone otorgar al solicitante un “título de concesión para uso comercial”.

Sin embargo, en este punto también encuentro un problema legal, dado que considero que este título es una creación *ad hoc* o *sui generis* que no se encuentra reconocida ni en nuestra constitución ni en la LFTR. Como se mencionó dentro del marco constitucional de referencia, estos ordenamientos sólo reconocen la existencia de la concesión única y la concesión de espectro, con sus respectivas variantes, según el tipo de uso que se les autorice, pero no reconocen ningún título habilitante distinto a las mencionadas, con excepción de la autorización, que no es aplicable al presente supuesto.

En este sentido, el título que se pretende otorgar no es en su contenido propiamente un título de red pública de telecomunicaciones, ni tampoco es un título de concesión única. La pregunta es entonces: ¿Por qué la Resolución evalúa los requisitos del art. 113 —que van encaminados a otorgar un título de concesión única— y, al final de la Resolución, no se otorga propiamente un título de concesión única, sino un título indeterminado?

Esto último nos demuestra que, bajo el marco legal actual, no existe más que la figura del título de concesión única. Para que el AEP obtenga dicho título es necesario que siga lo dispuesto por el Cuarto Transitorio del Decreto de reforma constitucional y los artículos Décimo y Décimo Primero Transitorios del Decreto de reforma por el que se expidió la LFTR. Por ende, no debemos utilizar el artículo 113 como una manera de esquivar, paliar o contravenir el régimen asimétrico creado por disposición constitucional y por acto del Instituto, para el AEP creando figuras regulatorias *ad hoc* que solamente el legislador puede crear.

Aunado a lo anterior, me parece importante mencionar que, respecto a la continuidad del servicio que fue invocada dentro de la Resolución y como parte de los argumentos vertidos en la Sesión, desde mi perspectiva, ésta no se ve vulnerada. Esto, toda vez que la concesión que le fue otorgada a Telcel vence en diciembre de 2017, es decir, aproximadamente en dos años y medio a partir de

que se emitió la Resolución. De esta manera, se podrían crear soluciones alternas a la propuesta presentada en la Resolución para proteger la continuidad del servicio. Así las cosas, no se vería vulnerada la continuidad del servicio y se aplicaría de manera correcta el régimen constitucional y legal vigente.

Por lo anteriormente señalado considero que es improcedente otorgarle un título de concesión para uso comercial al solicitante.

México, Distrito Federal, a 21 de octubre de 2015



ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA
COMISIONADA DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES