

México, D.F., a 4 de abril de 2014.

Senador Javier Lozano Alarcón
Presidente de la Comisión de Comunicaciones y Transportes
Senado de la República.
Presente.

Hacemos referencia al proceso legislativo que se lleva a cabo ante esa Cámara de Senadores, respecto de la legislación secundaria en materia de telecomunicaciones, con motivo del Decreto de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.

Como órgano constitucional autónomo que comparte según la Suprema Corte de Justicia de la Nación las características de los poderes públicos, el Instituto Federal de Telecomunicaciones es una institución del Estado Mexicano que debe privilegiar la coordinación y la colaboración con los poderes de la Unión para cumplir de forma precisa su mandato constitucional, que es el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión.

En este marco de colaboración hemos trabajado con los Poderes siempre respetando sus atribuciones, lo que llevó a que la Cámara de Diputados dotara al Instituto de un presupuesto que le permitiera hacer frente a los nuevos retos derivados de la reforma constitucional, así como la presentación de una controversia constitucional por parte del Ejecutivo Federal en contra de los actos de un juez del Distrito Federal que este Instituto considera contrarios a su competencia, lo que permitió que la ministra instructora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorgase la suspensión y este órgano, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, emitiera los lineamientos sobre retransmisión de contenidos (*Must Carry / Must Offer*).

En esta intención de colaboración, con pleno respeto a las facultades que la Constitución otorga a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y con el ánimo de contribuir a la expedición de una ley que impulse el desarrollo de las telecomunicaciones y la radiodifusión, emitimos nuestra opinión en términos generales sobre temas que se estiman relevantes en las diversas iniciativas que en forma conjunta serán analizadas en esa Cámara. Es importante señalar que la presente opinión no puede considerar pronunciamientos específicos que, a la postre, podrían ser utilizados para recusar a los integrantes del Pleno en asuntos relacionados.

En principio, debe destacarse que existen aspectos muy importantes que en opinión de este órgano constituyen medidas que impulsarán el desarrollo del sector y el bienestar público, entre otros, los siguientes:

- a) La regulación de una concesión única que habilita la prestación de todos los servicios técnicamente posibles.

- b) La previsión de consultas públicas y dictámenes de impacto regulatorio tratándose de disposiciones de carácter general, que son instrumentos acordes con las mejores prácticas internacionales.
- c) El deber de la autoridad de contar con información sistematizada relacionada con el espectro radioeléctrico e infraestructura, lo que coadyuvará a la mejor toma de decisiones tanto por parte de la autoridad como de los participantes en estos mercados.
- d) Medidas para facilitar el desarrollo de mercados secundarios, por ejemplo mediante el arrendamiento del espectro radioeléctrico, cesiones de derechos, compartición de infraestructura, la posibilidad de que las comercializadoras cuenten con numeración propia, entre otras.
- e) La posibilidad de aprovechar bienes del Estado para el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones.
- f) Las facultades del Instituto para imponer regulación asimétrica a los agentes económicos con poder sustancial de mercado y agentes económicos preponderantes.
- g) La previsión de un registro de telecomunicaciones con información pública de los sectores y de la actuación del regulador.
- h) La neutralidad de las redes por lo que hace al acceso a Internet, lo que impide degradar o limitar el acceso a aplicaciones, servicios o contenidos de la libre elección de los usuarios.
- i) La utilización de mecanismos electrónicos para trámites y servicios, lo que conllevará a la simplificación administrativa.

Por otra parte, existen temas en las distintas iniciativas presentadas de la mayor importancia para el sector, en algunos casos con visiones coincidentes y en otros divergentes, respecto de los cuales es importante señalar lo siguiente:

1. Concesiones para uso público del espectro y posiciones orbitales

Existen diferentes visiones sobre la forma en que deben asignarse las concesiones de uso público y los recursos orbitales en las distintas iniciativas pendientes de dictamen. Al respecto, si bien es claro el deber constitucional del Instituto de garantizar que el Gobierno Federal cuente con las concesiones necesarias para el ejercicio de sus funciones, la asignación de concesiones sobre el espectro debe entenderse enmarcada en el Programa Nacional de Espectro, los programas de bandas de frecuencia y los principios que rigen la administración del espectro. Por ello, se estima necesario que la legislación no establezca

el deber irrestricto de otorgar las concesiones de uso público y recursos orbitales que se soliciten, sino, en todo caso, atendiendo a los planes, programas y principios referidos.

En el mismo sentido, se considera que todas las cesiones de concesiones deben sujetarse a la autorización del Instituto, lo que permitirá verificar el uso eficiente del espectro y su adecuada administración.

2. Concesiones de uso social

Como en otros casos, existen planteamientos distintos en las iniciativas presentadas ante el Congreso de la Unión; en algunos casos, se propone la reserva de determinado porcentaje de espectro, en tanto que en otros la asignación está sujeta a planes y programas. En el mismo sentido, se aprecian diferencias en cuanto a los requisitos, formas de operación y financiamiento.

En principio debe decirse que con el objeto de asegurar el cumplimiento de lo ordenado por el artículo 2, inciso B, fracción VI, de la Constitución, se sugiere establecer mecanismos para facilitar a los pueblos y comunidades indígenas la obtención de concesiones de uso social, a cuyo efecto podría considerarse un mecanismo de colaboración del Instituto con la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Adicionalmente, se estima necesario diferenciar los requisitos y cargas regulatorias en la operación, que atiendan a sus propias características a efecto de que efectivamente puedan desarrollarse este tipo de concesiones. Asimismo, se estima importante considerar en la legislación instrumentos que permitan que las concesiones de uso social sean autosustentables, cuidando en todo momento evitar que existan prácticas de especulación comercial que pudieran considerarse contrarias al fin que les da origen, considerando que los concesionarios de uso comercial acudirán a licitaciones por el espectro que exploten comercialmente; es decir, que si bien las concesiones sociales no deben tener fines de lucro, sí deben ser autosustentables.

Finalmente, por lo que hace a las propuestas de reservar determinado porcentaje de espectro para estos fines, en opinión de este Instituto, como se señala respecto de otros casos en este escrito, no es pertinente establecer fórmulas rígidas en la legislación que puedan afectar el dinamismo del sector y que puedan ser contrarias a una eficiente administración del espectro, por lo que se sugiere flexibilidad en la actuación del órgano regulador.

3. Medios públicos

El artículo Décimo transitorio del decreto de reformas a la Constitución en materia de telecomunicaciones establece diversas condiciones bajo las cuales debe prestarse el servicio de radiodifusión por parte de los medios públicos: independencia editorial, autonomía de gestión financiera, garantías de participación ciudadana, reglas de transparencia y rendición de cuentas, defensa de sus contenidos, opciones de

financiamiento, pleno acceso a tecnologías y reglas para la expresión de diversidades ideológicas, étnicas y culturales.

Al respecto, si bien algunos aspectos de los señalados se prevén en las iniciativas pendientes de dictamen, en opinión de este Instituto es importante desarrollar en la legislación secundaria obligaciones o mecanismos para apoyar en mayor medida al cumplimiento efectivo del mandato constitucional referido.

4. Obligaciones de cobertura social

Las iniciativas presentadas ante el Congreso de la Unión también abordan en forma distinta la atención de cobertura social, previéndose programas, subsidios, compromisos en las licitaciones, entre otros, así como la participación de diversas autoridades.

Al respecto, la cobertura de los servicios se considera una parte muy importante de la política regulatoria, ya que incide directamente en el valor de las concesiones, en la calidad de los servicios y en la competencia en el sector. Por ello, se estima importante que el Instituto cuente con facultades para definir las obligaciones en esta materia, sin perjuicio de sus obligaciones constitucionales de realizar las acciones necesarias para contribuir con los objetivos de la política de inclusión digital universal y con los objetivos y metas del Plan Nacional de Desarrollo y demás instrumentos programáticos relacionados con los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones.

5. Derechos de los usuarios y las audiencias

El artículo 6º constitucional dispone que la ley establecerá los derechos de los usuarios de telecomunicaciones y de las audiencias, así como los mecanismos para su protección. Al respecto, es importante reconocer que si bien existen actualmente mecanismos de protección, como los previstos en la Ley Federal de Protección al Consumidor y acciones colectivas, entre otros, el marco jurídico vigente ha sido insuficiente para proteger los derechos de los usuarios y de las audiencias, razón que motivó la incorporación expresa de esta disposición en la reforma constitucional.

En este sentido, se considera que la legislación secundaria de la reforma constitucional representa una oportunidad para prever expresamente derechos de los usuarios¹ y las audiencias, así como mecanismos eficaces de protección y sanciones disuasivas, sin que para ello sea necesario crear mayores estructuras gubernamentales.

¹ Sirva como referencia mencionar que entre las obligaciones que impuso el Instituto al agente económico preponderante en telecomunicaciones existen medidas como el desbloqueo de equipos terminales sin requisitos innecesarios; la prohibición de ventas atadas de bienes y servicios; la imposibilidad de suspender el servicio por el no pago de bienes o servicios distintos a los de telecomunicaciones; el deber de facturar en forma desglosada los servicios de telecomunicaciones y los bienes y servicios distintos; el deber de proporcionar información sobre velocidades de descarga de datos, entre otros.

Adicionalmente, se estima importante incorporar obligaciones específicas de accesibilidad a personas con discapacidad, en consistencia con las obligaciones internacionales del Estado mexicano.

6. Alcance de la legislación y función regulatoria del IFT

En las iniciativas se advierten diversas visiones sobre el alcance que debe tener la legislación y las facultades del Instituto; en algunos casos se establecen medidas específicas de política regulatoria, en tanto que en otros se otorga mayor flexibilidad al Instituto.

Al respecto, es importante señalar que los servicios y redes de telecomunicaciones y radiodifusión conforman mercados muy dinámicos debido a que están expuestos a un proceso de innovación tecnológica que modifica continuamente la capacidad y las características de los servicios, generando en ocasiones nuevos mercados, soluciones y retos posibilitando la sustitución entre servicios que antes cubrían necesidades completamente diferentes, desapareciendo barreras de entrada o generando otras barreras antes inexistentes. Estas circunstancias explican la convergencia de redes y servicios, que ha ido modificando tanto las fronteras entre los mercados, como los problemas de competencia que se presentan.

Por ello, con pleno respeto a la facultad constitucional del Congreso de la Unión de legislar en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, este Instituto considera muy importante que el órgano regulador cuente con flexibilidad para poder adecuar eficazmente el marco regulatorio a la realidad cambiante de los mercados, posibilidad que se vería limitada si la ley adopta decisiones regulatorias específicas. Las reglas que pueden parecer adecuadas en un momento y circunstancia, podrían resultar dañinas para la competencia y desarrollo de los servicios al ir cambiando las circunstancias del sector, por lo que se estima que no deben quedar en forma rígida en la ley medidas específicas de política regulatoria.

7. Determinación de agentes económicos preponderantes

Se advierten en las iniciativas algunas diferencias de opinión sobre la forma en que deben regularse algunos rubros, por ejemplo, sobre si la preponderancia debe ser por sector o por cada uno de los servicios. Al respecto, es necesario señalar que este Instituto en cumplimiento de su mandato constitucional sustanció los procedimientos respectivos y determinó la existencia de los agentes económicos preponderantes mediante resolución del 5 de marzo de 2014, considerando la existencia de un agente económico preponderante por sector, partiendo de la interpretación del texto constitucional y del dictamen de la Cámara de Senadores en el proceso que dio lugar a la reforma constitucional.

En el mismo sentido, las resoluciones referidas consideraron los parámetros que la propia Constitución estableció para la determinación de los agentes económicos preponderantes: usuarios, suscriptores, audiencia, tráfico en las redes y capacidad utilizada en las mismas.

En el caso de telecomunicaciones se utilizaron los criterios de suscriptores y tráfico en las redes, en tanto que en el caso de la radiodifusión se utilizaron los criterios de audiencia y capacidad de redes. Al respecto, es necesario que la ley refleje claramente los parámetros constitucionales.

8. Multiprogramación

La multiprogramación es producto de los avances tecnológicos y constituye una herramienta de la mayor importancia para lograr una mayor pluralidad y competencia. Al respecto, el artículo Tercero transitorio, fracción VII, del decreto de reformas a la Constitución dispuso que el Congreso deberá *"Determinar los criterios conforme a los cuales el Instituto Federal de Telecomunicaciones otorgará las autorizaciones para el acceso a la multiprogramación, bajo los principios de competencia y calidad, garantizado el derecho a la información y atendiendo de manera particular la concentración nacional y regional de frecuencias, incluyendo en su caso, el pago de las contraprestaciones debidas."*

Sobre este rubro se advierten también diferentes posiciones en las iniciativas sujetas a dictamen. Por ello, es importante señalar que en opinión de este Instituto, al ser la radiodifusión un servicio público de interés general y tener la multiprogramación el potencial para incrementar la competencia y la pluralidad en la radiodifusión, se estima importante que la autoridad cuente con las facultades necesarias para su regulación, tanto por lo que hace a la calidad técnica de las señales, el número de canales que podrían ser objeto de multiprogramación y las diversas medidas que pueden imponerse sobre ésta para lograr los objetivos fijados por la Constitución.

9. Contenidos y publicidad

En las iniciativas pendientes de dictamen se aborda esta materia de distinta forma. Al respecto, con independencia de las diferencias de visiones sobre el alcance de la regulación y las diferentes autoridades con competencia en la materia, es necesario que la legislación secundaria refleje lo ordenado por el artículo Décimo Primero transitorio del Decreto de reformas a la Constitución, que establece que corresponde al Instituto vigilar el cumplimiento de los tiempos máximos para la transmisión de mensajes comerciales y supervisar el cumplimiento de la ley por lo que hace a la programación y publicidad infantil.

Si bien nada impide mecanismos de colaboración en actividades como monitoreo con el objeto de no duplicar estructuras y costos, dadas las atribuciones de otros órganos del Estado por ejemplo el Instituto Nacional Electoral, es necesario prever las facultades que la propia Constitución otorga al Instituto. En este sentido, es importante señalar que en nuestra opinión las facultades del Instituto de vigilancia, supervisión y sanción en estas materias, que podrían considerar facultades para ordenar la suspensión de transmisiones contrarias a la normatividad, no excluyen la competencia de otras autoridades conforme a las leyes vigentes, como es el caso de las infracciones a la Ley General de Salud, por ejemplo.

10. Facultades en materia de competencia económica

De acuerdo con la Constitución, el Instituto es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que el artículo 28 constitucional y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica.

En atención al mandato constitucional, se considera que lo relacionado con competencia económica relativo a prácticas monopólicas, concentraciones prohibidas y condiciones de competencia efectiva debe regirse por la Ley Federal de Competencia Económica, que contiene los criterios para su determinación, por lo que en opinión de este Instituto no debieran incorporarse en la ley de telecomunicaciones criterios adicionales.

No es óbice para lo anterior lo dispuesto por el artículo Segundo transitorio del Decreto de reformas a la Constitución, en el sentido de que las medidas de fomento a la competencia en televisión, radio, telefonía y servicios de datos, deberán aplicarse en todos los segmentos de forma que se garantice en su conjunto la competencia efectiva en la radiodifusión y las telecomunicaciones, ya que esta disposición transitoria trata de medidas regulatorias en favor de la competencia y no de la aplicación de los criterios que corresponden a la Ley Federal de Competencia Económica.

11. Límites a la concentración de frecuencias y propiedad cruzada de medios

El artículo 28 constitucional dispone que el Instituto está facultado para imponer límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y de telecomunicaciones, que sirvan un mismo mercado o zona de cobertura geográfica. Se trata de figuras novedosas en nuestro sistema jurídico que tienen por objeto evitar problemas de concentración, favorecer la competencia y la pluralidad en atención al derecho a la información previsto en el artículo 6º constitucional. Como en otros temas, éste también ha sido abordado de distintas formas en las iniciativas presentadas al Congreso de la Unión.

Al respecto, en atención a la razón de ser de estas normas, este Instituto considera necesario que su reglamentación reconozca que los problemas de pluralidad y propiedad cruzada son transversales en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones y se establezcan los principios generales que deberán considerarse, a efecto de que el Instituto pueda cumplir con sus atribuciones constitucionales. Para ello, debe tenerse presente que los problemas que pueden presentarse en materia de competencia y pluralidad pueden atender a las circunstancias específicas de los mercados donde tienen presencia, por lo que se considera importante no prever mecanismos rígidos en la ley y que la regulación dote de flexibilidad al Instituto en la regulación de esta materia.

12. Sanciones

El artículo 28 constitucional establece que las normas generales, actos u omisiones del IFT solo podrán ser impugnados mediante amparo indirecto y no serán materia de suspensión y sólo las multas o desincorporación de activos que imponga la Comisión Federal de Competencia Económica se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva.

Considerando que las facultades de este Instituto en materia de competencia económica son las que la Constitución y las leyes prevén para la Comisión Federal de Competencia Económica, una interpretación podría llevar a considerar que en estas materias sí debe preverse la suspensión, en tanto que se admite como posible la interpretación contraria, en el sentido de que en razón de la autoridad que emite los actos, los del IFT en ningún caso serán materia de suspensión.

Sobre esto, es importante señalar que en un juicio de amparo promovido recientemente en contra de una multa que impuso el Instituto aplicando la Ley Federal de Competencia Económica, un juez consideró que sí procedía la suspensión por analogía, en tanto que un Tribunal Colegiado la revocó por mayoría de dos magistrados y el otro compartió el criterio de que sí procede la suspensión; estas resoluciones aún no causan jurisprudencia ni son obligatorias pero aluden sin duda alguna a las visiones diferentes que en el propio Poder Judicial se tienen de un mismo texto constitucional, por lo que se estima muy importante que exista certeza en la nueva legislación.

Finalmente, se advierte que existen infracciones cuya única sanción posible es la revocación, lo cual resta credibilidad y eficacia a este disuasivo, más aún considerando que una revocación en estos sectores puede afectar seriamente el interés público al dejar sin algún servicio relevante a la población. Para reforzar la eficacia de este tipo de sanción es importante introducir un proceso en el cual se apliquen previamente multas que pudieran ser cuantiosas de acuerdo con la gravedad de la infracción.

13. Larga distancia y consolidación de áreas de servicio local (ASLs)

En algunas iniciativas presentadas ante el Congreso de la Unión, se prevé la eliminación de los cargos de larga distancia nacional, así como la consolidación de áreas de servicio local.

Al respecto, al margen de la decisión que adopte ese órgano legislativo, se sugiere valorar que para la eliminación de los cargos por concepto de larga distancia deban unificarse las áreas de servicio local existentes consolidándolas en una sola. El proceso de consolidación puede resultar oneroso y complejo para los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, debido a la existencia de diferentes tipos de centrales telefónicas que requieren una cuantiosa inversión tanto en hardware como software para su actualización tecnológica que permita dicha consolidación.

En virtud de lo anterior, en caso de que así lo decida ese órgano legislativo, se propone no sujetar la eliminación del cargo de larga distancia nacional a la consolidación, y dejar abierta la posibilidad de que el órgano regulador determine la forma y términos en que podría llevarse a cabo, manteniendo el deber de gradualidad para la aplicación de las medidas.

14. Colaboración con la justicia

Conscientes de la obligación del Estado mexicano de garantizar la seguridad pública y nacional, así como una efectiva procuración de justicia consideramos que las disposiciones de telecomunicaciones que se relacionan con dichas materias deben ser consistentes con el nuevo marco constitucional de los derechos humanos.

15. Apagón analógico

Al ser la radiodifusión un servicio público de interés general previsto por la propia Constitución, debe privilegiarse en todo caso su acceso, generalidad y continuidad, al mismo tiempo que se concretan los objetivos para la transición a la televisión digital terrestre en el plazo marcado por la propia Constitución.

En este sentido, es importante que los criterios que en su caso se establezcan en la legislación secundaria atiendan precisamente a dichos objetivos y que se aseguren condiciones de penetración antes de que se determine el "apagón analógico" por región, ya que de otra forma, podría ponerse en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público para algún sector de la población.

Por la misma razón, se estima pertinente prever mecanismos orientados a mantener la continuidad del servicio de televisión abierta para la población de zonas semi-urbanas y rurales, así como en comunidades indígenas. Conviene destacar que ello corresponde a poblaciones cuyas características no tienen un rol significativo en la competencia, dada su baja densidad poblacional y dispersión sino, por el contrario, suelen requerir del apoyo de Gobiernos Estatales o de las propias comunidades para contar con el servicio de televisión abierta. En este sentido, se sugiere tomar en consideración la experiencia de otros países que han concluido la transición a la TDT y revisar los mecanismos con los que se ha abordado la transición a la TDT para la población rural o altamente dispersa.

16. El Instituto Federal de Telecomunicaciones y Regla de contacto

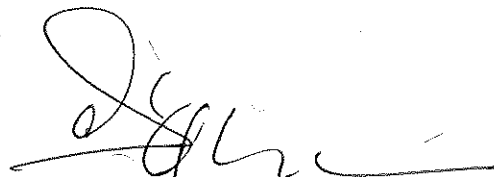
El artículo 28 constitucional confirió al Instituto la facultad de expedir su propio estatuto orgánico. Al respecto, se sugiere valorar la necesidad de establecer en la ley aspectos organizacionales, así como aquellas atribuciones que deben ser ejercidas en forma exclusiva e indelegable por el Pleno y de ser el caso limitar a aquellas atribuciones que ameriten la revisión del cuerpo colegiado, ya que existen funciones que se desarrollan diariamente a través de las unidades administrativas, como en el caso de los demás órganos del Estado.

Adicionalmente, en consistencia a que la reforma constitucional dotó a este órgano de personalidad jurídica y autonomía constitucional, se estima necesario que en su interacción con otros órganos del Estado se prevean relaciones de coordinación.

Finalmente, por lo que hace a la regla de contacto para que los servidores públicos del Instituto puedan tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los agentes económicos regulados, es importante tener presente que el Instituto, al ser autoridad en materia de competencia económica está sujeto a la regla de contacto que prevea la Ley Federal de Competencia Económica. En este sentido, se sugiere evitar mantener un doble régimen de regla de contacto que podría no estar justificado y que implicaría una carga administrativa adicional.

Esperando que la presente opinión sea de utilidad en los trabajos que se desarrollan para la expedición de la legislación secundaria, emitimos la presente con el ánimo de que se concreten cabalmente los objetivos planteados en la reforma constitucional y contribuir a la expedición de la legislación secundaria que lleve a un desarrollo eficiente en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

Atentamente,



Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar
Presidente



Luis Fernando Borjón Figueroa
Comisionado




Ernesto Estrada González
Comisionado



Adriana Sofia Labardini Inzunza
Comisionada



María Elena Estavillo Flores
Comisionada



Mario German Fromow Rangel
Comisionado



Adolfo Cuevas Teja
Comisionado