

LA CONCESIÓN EN LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

*Manuel Abascal Sherwell*¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Inicio de las Telecomunicaciones en México. 2.1. La Reforma Constitucional de 1983. 2.2. La Reforma Constitucional de 1995. 2.3. La Privatización de Telmex. 2.4. La Privatización del Sistema Satelital Mexicano. 2.5. La Ley Federal de Telecomunicaciones y la COFETEL. 3. La Teoría General de la Concesión. 4. La Concesión en la Ley Federal de Telecomunicaciones. 4.1. Usar, Aprovechar o Explotar una Banda de Frecuencias en el Territorio Nacional, Salvo el Espectro de Uso Libre y el de Uso Oficial. 4.2. Instalar, Operar o Explotar Redes Públicas de Telecomunicaciones. 4.3. Ocupar Posiciones Orbitales Geoestacionarias y Órbitas Satelitales Asignadas al País, y Explotar sus Respectivas Bandas de Frecuencias. 4.4. Explotar los Derechos de Emisión y Recepción de Señales de Bandas de Frecuencias Asociadas a Sistemas Satelitales Extranjeros que Cubran y Puedan Prestar Servicios en el Territorio Nacional. 5. Propuesta de Reformas a la ley Federal de Telecomunicaciones.

1. Introducción

"Las telecomunicaciones fortalecen la unión entre los mexicanos, reafirman nuestra cultura, acercan a la población a servicios de educación y salud, aumentan la productividad de la industria y el comercio, y facilitan la comunicación de México con el resto del mundo".²

Las telecomunicaciones³ "en México" han sufrido transformaciones importantes a lo largo de los años; dichos cambios, acelerados en su última etapa por la denominada globalización económica, han traído consecuencias directas en nuestra manera de educarnos, comercializar productos, hacer negocios, obtener servicios de salud, y en suma: comunicarnos. En todas estas facetas, las telecomunicaciones emplean diversas tecnologías mismas que se han ido consolidando como elementos indispensables de integración y cohesión social.

1 Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana, A. C., Subdirector de Auditoría de Comercio Exterior a Grandes Contribuyentes del Servicio de Administración Tributaria (SAT).

2 Exposición de motivos de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

3 Definidas en el artículo 3, fracción XIV de la Ley Federal de Telecomunicaciones como "toda emisión, transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos, u otros sistemas electromagnéticos".

Las primeras comunicaciones inalámbricas en el mundo, se dieron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX y su uso principal era para fines científicos; posteriormente comienzan a tener gran auge en lo relativo a la cuestión marítima, principalmente como un medio para evitar la colisión entre embarcaciones, para mantener una comunicación entre el barco y el operador en tierra, a efecto de reportar coordenadas de ubicación, o bien para el caso de auxilio de embarcaciones en desastre.⁴

Actualmente, en un país con una población de 100 millones de personas, como lo es México, resulta de elemental justicia, proveer a todos los habitantes en todos los lugares por remotos que éstos sean, el acceso a los medios de comunicación que les permitan integrarse de manera eficiente al desarrollo económico, político, cultural y social del país.

La teledensidad, definida como el número de líneas telefónicas por habitantes de un país, constituye un parámetro que refleja la penetración de los servicios de telecomunicaciones en una determinada población, así como la justa distribución de este servicio. En nuestro país, este indicador nos refleja la existencia de 10.6 líneas telefónicas alámbricas por cada 100 habitantes,⁵ más si consideramos, como debemos hacerlo, todos los demás servicios de telecomunicaciones tales como el servicio telefónico inalámbrico, los servicios de radiolocalización móvil de personas, de telefonía celular, los sistemas personales de comunicación, los enlaces satelitales y el acceso a las redes de información (*internet*), la teledensidad varía considerablemente reflejando un parámetro de 20 servicios o medios de comunicación por cada 100 habitantes en la actualidad.

Hoy en día, el Gobierno Federal tiene la tarea de promover la inversión privada en las telecomunicaciones⁶ a efecto de que continúe su crecimiento, así como la de regular y supervisar a la industria de las telecomunicaciones bajo un marco regulatorio adecuado que garantice que de la competencia entre las diversas empresas de telecomunicaciones en México, deriven beneficios que lleguen a los usuarios finales.

En este sentido, y como objeto del presente artículo, se encuentra la concesión, la cual constituye la figura reguladora del derecho administrativo que permite al Estado el mantener una injerencia o supervisión sobre cierto tipo de bienes (los del dominio

4 Algunos alegan que si el radio operador del buque *Lucitania* se hubiera encontrado en servicio, la catástrofe del barco *Titanic* ocurrida en 1912, no hubiera sido de las proporciones que fue (aproximadamente 1500 personas perdieron la vida), ya que hubiera permitido que este barco acudiera en auxilio del siniestrado *Titanic* y salvado muchas vidas.

5 Para finales de los 80's y principios de los 90's, la teledensidad en México era de 6 líneas telefónicas por cada 100 habitantes.

6 De preferencia la inversión extranjera directa (IED), pues ésta se traduce en empleo, industria, establecimientos, etc; mientras que la inversión extranjera indirecta (IEI), se traduce en deuda o compraventa de valores, la cual si bien sirve, no es tan benéfica como la IED, por la constante especulación del mercado bursátil. Asimismo, en materia de telecomunicaciones la IED, en ningún caso, podrá exceder del 49%, excepto en tratándose del servicio de telefonía celular, donde la participación accionaria de extranjeros podrá exceder dicho porcentaje siempre y cuando cuente con una resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras; naturalmente, dicho porcentaje puede ser excedido en términos "netos" mediante la utilización de esquemas de piramidación o bien mediante la inversión neutra.

público de la Federación) y servicios (públicos), misma que en materia de telecomunicaciones y concretamente en la Ley Federal de Telecomunicaciones sentimos que ha perdido su esencia o más bien se encuentra mal regulada.

La inexperiencia de los legisladores en materia jurídica, así como su deficiente preparación y asesoramiento en diversas áreas técnicas al momento de redactar las leyes, constituyen un problema sumamente grave que imposibilita muchas veces que la ley se aplique satisfactoriamente por sí misma, y que obliga al Ejecutivo a que "*a posteriori*" provca en la esfera administrativa a su exacta observancia y cumplimiento⁷ a efecto de subsanar dichos errores, práctica no sana pero válida, misma que a mi juicio desnaturaliza igualmente la facultad reglamentaria del ejecutivo,⁸ además de que le resta seguridad jurídica a los particulares imponiendo un verdadero trastorno en la legislación.

Por otra parte, la deficiencia legislativa contenida en la Ley Federal de Telecomunicaciones a que hemos hecho referencia, a la fecha no ha sido subsanada ni siquiera por la facultad reglamentaria del ejecutivo;⁹ es por esto, que el presente estudio tiene como objetivo primordial, el presentar una visión clara y objetiva del error legislativo del que fueron objeto ciertos artículos de la Ley Federal de Telecomunicaciones en lo referente a la figura administrativa de la concesión, al mismo tiempo de proponer una reforma a la misma a efecto de subsanar dicho error y regular adecuadamente las cuestiones que el Estado pretende supervisar.

2. Inicio de las Telecomunicaciones en México

Antes de comenzar con el estudio de mérito, consideramos importante el presentar una visión sencilla pero general de la evolución de las telecomunicaciones en México, a efecto de que el lector tenga un panorama de cómo se encuentran actualmente, pues recordemos que la historia como herramienta del estudio "rescata del pasado aquello que nos interesa en el presente" (Max Weber).

El inicio de las telecomunicaciones en México se remonta al 13 de marzo de 1878, fecha en que se efectuó el primer enlace telefónico entre la ciudad de México y la población de Tlalpan a una distancia de 16 kilómetros.

En nuestra opinión, el inicio de las telecomunicaciones en México no es en esa fecha, sino hasta mucho después; efectivamente, la telecomunicación en México comenzó muchos años más tarde, con fechas clave tales como las reformas constitucio-

7 La facultad reglamentaria del Presidente de la República se encuentra contemplada en el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

8 Conforme al Diccionario Jurídico Mexicano publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, un reglamento es una norma de carácter general, abstracta e impersonal, expedida por el titular del Poder Ejecutivo con la finalidad de lograr la aplicación de una ley previa; luego entonces, si su expedición se realiza para corregir errores legislativos, sentimos que su función se ve desnaturalizada.

9 Cabe destacar que el Reglamento de Telecomunicaciones es anterior a la Ley Federal de Telecomunicaciones, pues fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de octubre de 1990.

nales de 1983 y 1995, la privatización de TELMEX en 1989 y la privatización del sistema satelital mexicano en 1997; lo anterior, en virtud de que antes de estas fechas clave, las telecomunicaciones se encontraban bajo el monopolio gubernamental de TELMEX, o bien constituyan un área estratégica del Estado como en el caso de la comunicación vía satélite por lo que no había necesidad de regularlas, conllevando luego entonces un resultado lógico de incompetencia en el servicio por la falta de competencia en el mercado.¹⁰

A continuación, abundaremos un poco sobre ciertos antecedentes históricos en materia de telecomunicaciones:

—En 1916, Venustiano Carranza, emitió un Decreto en cuyo artículo 1o. se establecía la prohibición de establecer y explotar en la República Mexicana, estaciones radiotelegráficas sin la autorización del gobierno.

—En 1926, bajo el mandato del Presidente Plutarco Elías Calles, se expide la Ley de Telecomunicaciones Eléctricas, esta ley estaba basada en las disposiciones de la Convención Internacional de Radiotelegrafía de Londres de 1912; en esta ley, se reafirma el control de las instalaciones para las comunicaciones eléctricas por parte de la Federación, y también se establecía que el telégrafo quedaba reservado para el uso exclusivo del gobierno federal.

—En 1930, con Pascual Ortíz Rubio, se crea la Ley sobre Vías Generales de Comunicación y Medios de Transporte, misma que se dividía en 7 libros, de los cuales el 1o. contemplaba generalidades aplicables a todos los medios de comunicación y transportes y regulaba la cuestión relativa a las *concesiones*; los libros 2 a 6 regulaban individualmente a cada uno de los medios de comunicación, mientras que el libro 7 establecía las sanciones.

—En el año de 1940, se promulga la Ley de Vías Generales de Comunicación y en 1990, el Reglamento de Telecomunicaciones, ambos vigentes actualmente en todas sus disposiciones que no se opongan a la muy reciente Ley Federal de Telecomunicaciones (1995), por disposición expresa de los artículos SEGUNDO y TERCERO transitorios de esta última.

2.1. La Reforma Constitucional de 1983

El 4 de febrero de 1983, entró en vigor la reforma al artículo 25 Constitucional misma que crea a las áreas prioritarias del desarrollo nacional, basadas en una economía de tipo mixto donde se permitiría la concurrencia (inversión) de los sectores pú-

¹⁰ Quizá sobra hablar de "mercado", pues éste se conforma de compradores y vendedores de productos y servicios, y al existir un solo vendedor o prestador del servicio, es decir, un monopolio, el concepto de "mercado" se desvirtúa completamente.

blico, social y privado en contraposición con las denominadas áreas estratégicas del Estado, donde la participación del Estado era única y exclusiva, sin permitir la intervención de los sectores social o privado y sin constituir monopolio alguno —legal, pues *de facto* sí lo constituyen—.

2.2. La Reforma Constitucional de 1995

El 2 de marzo de 1995, se reformó el artículo 28 Constitucional, para establecer como áreas prioritarias del desarrollo nacional a los ferrocarriles y a la comunicación vía satélite. Así pues, actualmente el artículo 28 Constitucional, nos establece cuáles son las áreas estratégicas del Estado (acuñación de moneda, correos, telégrafos, radiotelegrafía, emisión de billetes, petróleo, hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radiactivos, energía nuclear y electricidad), y cuáles son las áreas prioritarias del desarrollo nacional (ferrocarriles y comunicación vía satélite), y asimismo, nos indica la forma en que puede llevarse a cabo la participación de los sectores social y privado en estas últimas (áreas prioritarias), señalando textualmente que *"el Estado al ejercer en ellas su rectoría protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia"*.

2.3. La Privatización de Telmex

El Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, en lo referente a la modernización de las telecomunicaciones señalaba: *"La indispensable modernización y expansión de las telecomunicaciones requerirá de grandes inversiones, que deberán financiarse con participación de los particulares; el propósito es no distraer recursos fiscales necesarios para atender las legítimas demandas de salud, educación, vivienda y adecuación del resto de la infraestructura. El Estado ejercerá la rectoría en las telecomunicaciones e inducirá su desarrollo, mediante un nuevo marco regulador que tenga en cuenta el cambio tecnológico en los últimos años. La regulación dará la debida seguridad jurídica a los participantes"*.

En septiembre de 1989, el gobierno federal anunció su intención de privatizar Teléfonos de México (TELMEX), vendiendo su participación en el capital de la empresa y facilitando así el proceso de modernización de las telecomunicaciones en nuestro país. Las condiciones fundamentales que se persiguieron con la privatización de TELMEX fueron:

- mantener la soberanía del Estado en el sector
- conservar la mayoría del capital en manos de empresarios mexicanos
- garantizar la expansión continua de la red

- permitir la participación de los trabajadores en el capital de la empresa
- elevar la calidad del servicio hacia niveles internacionales
- fortalecer la investigación y el desarrollo tecnológico.

El 15 de noviembre de 1990 se recibieron ofertas de tres grupos encabezados por empresarios mexicanos y el 9 de diciembre del mismo año, el gobierno federal anunció el grupo ganador, el cual fue el consorcio denominado Grupo Carso, S.A. de C.V., mismo que se encuentra integrado por inversión mexicana en su mayoría (Grupo Carso) y por inversión extranjera en menor proporción (Southwestern Bell y France Telecom), con lo que se cumplimentó la condición de que la mayoría del capital permaneciera en manos de empresarios mexicanos. Este consorcio adquirió el 20% de las acciones de TELMEX en la cantidad de 1.757 billones de dólares, las cuales, por su calidad (acciones con derecho a voto), le otorgaron a dicho grupo el 51% del control de la compañía; el 1.4% fue vendido por el gobierno a los empleados de la empresa, con lo que se cumplimentó la condición de permitir la participación de los trabajadores en el capital de la empresa y el 14% que tenía restante el gobierno, fue vendido a través de un ADR internacional (por sus siglas en inglés: "American Depositary Receipts").

A efecto de cumplir con la condición de elevar la calidad del servicio hacia niveles internacionales y con el objeto de facilitar el éxito de la expansión de la nueva empresa privada, el gobierno concedió a TELMEX un período de exclusividad (por no decir de monopolio) para la prestación del servicio de telefonía básica de larga distancia por 7 años; dicho período terminó en 1997, fecha en que nuevas empresas fueron autorizadas por la SCT para operar, entre ellas destacan: AVANTEL, ALESTRA, MIDITEL, MARCATEL, etcétera.

2.4. La Privatización del Sistema Satelital Mexicano

Como señalamos anteriormente, en 1995 el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue modificado con el objeto de eliminar a la comunicación vía satélite como un área estratégica del estado mexicano, e incorporarla a las áreas prioritarias del desarrollo nacional, a efecto de que los sectores social y privado pudieran participar en esta actividad, es decir, privatizar los satélites mexicanos.

El proceso fue más o menos complicado, y se llevó a cabo de la siguiente forma: Antes de 1995, existía Telecomunicaciones de México (TELECOM), un órgano desconcentrado¹¹ de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), el cual era

¹¹ Los órganos desconcentrados se caracterizan por estar jerárquicamente subordinados a un órgano centralizado (Secretaría de Estado), y actuar con la personalidad jurídica de estos últimos. Su creación está prevista en el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y se puede dar mediante ley o decreto.

quien operaba las actividades de los telégrafos y de los satélites mexicanos. Después de la reforma constitucional de 1995, la SCT a efecto de llevar a cabo la privatización del sistema satelital mexicano, creó una sociedad anónima de capital variable (S.A. de C.V.) denominada Satélites Mexicanos S.A. de C.V. (SATMEX, S.A. de C.V.). La SCT transmitió la propiedad de los satélites a SATMEX, el cual creó una deuda a favor de la SCT, deuda que capitalizó realizando un aumento del capital social en SATMEX. Más adelante, y a través de una licitación pública, la SCT vendió el 75% de las acciones de SATMEX siendo la mejor propuesta (técnica y económica), la presentada por el consorcio de Grupo Autrey y una empresa estadounidense denominada Loral Space & Communications LTD, el 25% restante continúa en manos del gobierno, y en caso de que desee enajenarlo, deberá hacerlo a través de la Bolsa Mexicana de Valores.

2.5. La Ley Federal de Telecomunicaciones y la COFETEL

Como colofón a esta fase histórica, cabría destacar que en 1995 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Telecomunicaciones, misma que tiene por objeto el regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, de las redes de telecomunicaciones, y de la comunicación vía satélite.¹² Asimismo, y en cumplimiento del artículo Undécimo Transitorio del citado ordenamiento jurídico, el 9 de agosto de 1996 se crea a la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL), como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes encargado de regular y promover el eficiente desarrollo de las telecomunicaciones en el país.

3. La Teoría General de la Concesión

Sostenida y expuesta por diversos juristas, esta teoría —que hoy en día consideramos es la más aceptada—, define a la concesión como "*el acto administrativo discrecional¹³ por medio del cual la autoridad administrativa faculta a un particular para utilizar bienes del Estado, dentro de los límites y condiciones que señale la ley, y/o para establecer y explotar un servicio público, también dentro de los límites y condiciones que señale la ley*".¹⁴

Del mismo modo, nuestra Ley Fundamental, en su artículo 28, párrafos 9 y 10,¹⁵ reconoce lo anterior al señalar que "*El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, **concesionar** la prestación de servicios públicos o la explotación,*

12 Artículo 1o. de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

13 Consideramos que es un acto discrecional, y no obligatorio o reglado, puesto que las distintas leyes en donde se contiene esta figura administrativa, no obligan a la autoridad a otorgar la concesión, sino al contrario, la facultan para tomar esa decisión discrecionalmente.

14 Acosta Romero, Miguel. "Teoría General del Derecho Administrativo"; Ed. Porrúa, México, D.F., 1996. P. 856.

15 Reformas al artículo 28 Constitucional. publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de febrero de 1983.

uso y aprovechamiento de bienes del dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley".

De esta manera, se desprende que la concesión, como figura del derecho público, y en concreto del derecho administrativo, procede exclusivamente cuando algún particular desee:

1. Utilizar y aprovechar bienes del dominio público¹⁶ de la Federación.
2. Prestar y explotar un servicio público,¹⁷ que como tal, originariamente debería ser prestado por el Estado.

Ahora bien, ya en los primeros párrafos del presente apartado definíamos que la naturaleza jurídica de la concesión es de un acto administrativo; lo anterior lo sustentamos en contraposición a diversos juristas que consideran a la concesión como un contrato, y algunos más que definen su naturaleza jurídica como de un acto mixto, es decir, con rasgos de contrato y con rasgos de acto administrativo.¹⁸ Diferimos completamente de éstos, pues en un contrato, la relación jurídica existente es de coordinación, es decir, entre iguales, mientras que en el acto administrativo de la concesión, la relación jurídica existente entre el Estado y el particular es de supra-subordinación, es decir, el Estado actúa con su *imperium*, y por lo tanto, el particular se ve revestido del calificativo "gobernado" y por ende constituye claramente un acto de derecho público, además de que en la actualidad, la administración pública y el probable concesionario no negocian de ninguna manera las cláusulas o condiciones de la concesión.

La jerarquía del Estado en la relación mencionada, y con ello el revestimiento de "público" del acto de referencia, se ve claramente reflejada en figuras relacionadas con la concesión y en concreto con el modo de terminación de la misma, tales como: el rescate, la reversión y la revocación.

16 Se señala que solamente procede para bienes del dominio público de la federación pues éstos son inalienables, mientras que en los bienes del dominio privado de la federación, la concesión no es necesaria, pues este tipo de bienes si son alienables, es decir, se pueden enajenar, arrendar, dar en comodato o donar (en ciertos casos), etc. Lo anterior, de conformidad con la Ley General de Bienes Nacionales.

17 Por servicio público se debe entender a la "actividad encaminada a satisfacer necesidades básicas o fundamentales de la sociedad, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho Público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares (mediante concesión)". *Op. Cit.*, p. 894.

18 Sustentan esta última postura juristas tales como el Dr. Andrés Serra Rojas (Premio Nacional de Jurisprudencia 1999) y el Dr. Gabino Fraga.

—El Rescate: Es un acto administrativo, mediante el cual la autoridad administrativa recupera los bienes que había concedido —concesionado— previamente, por causas de utilidad pública; similar a lo que sucede en la expropiación, la autoridad debe indemnizar al concesionario, pero en este caso, dicha indemnización es por el tiempo faltante del plazo de la concesión.

—La Reversión: Por virtud de la reversión, una vez transcurrido el plazo de la concesión, los bienes afectos ya sea al servicio público o a la explotación de bienes del Estado revierten a favor de éste, es decir, pasan a ser de su propiedad (los bienes afectos al servicio público), o regresan a su posesión (los bienes del dominio público de la Federación), sin necesidad de contraprestación alguna. Cabe destacar que no en todas las concesiones existe el derecho de reversión.

—La Revocación: Es un acto administrativo por virtud del cual, la autoridad administrativa que otorgó la concesión, puede dejar sin efectos la misma por virtud de un incumplimiento de leyes, reglamentos o estipulaciones de la misma concesión por parte del concesionario. Quienes consideran a la concesión como un contrato o como un acto mixto, señalan que la revocación es similar a la figura de la rescisión existente en los contratos.

Así pues, las figuras anteriores constituyen un claro ejemplo del *imperium* con que actúa el Estado en el otorgamiento y la duración de las concesiones, pues al poder este último rescatar, revertir o revocar las mismas, resulta claro la jerarquía con la que se desempeña y la subordinación que debe existir por parte del gobernado hacia el Estado, por lo que la naturaleza jurídica de la concesión no es ni la de un contrato, ni la de un acto mixto, sino la de un mero acto administrativo de derecho público.

Del mismo modo, cabe destacar que las concesiones sobre los bienes del dominio público de la federación no crean derechos reales; y únicamente otorgan frente a la Administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el título de la concesión (Artículo 20 de la Ley General de Bienes Nacionales).

Por otro lado, los derechos derivados de la concesión son personalísimos, lo que significa que el concesionario debe ejercitarlos todos por sí mismo, quedando prohibida cualquier enajenación de la concesión a terceros, so pena de que la misma se revoque, y por supuesto, sin que dicha operación pueda producir efectos jurídicos, permitiéndose únicamente la misma en algunos casos y siempre con el avenio del Estado.

4. La Concesión en la Ley Federal de Telecomunicaciones

El artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones señala que se requiere concesión de la Secretaría (de Comunicaciones y Transportes)¹⁹ para:

¹⁹ Artículo 3, fracción XI de la Ley Federal de Telecomunicaciones, mismo que a la letra dice: "Para los efectos de esta Ley se entenderá por XI. Secretaría: la Secretaría de Comunicaciones y Transportes".

I. Usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, salvo el espectro de uso libre y el de uso oficial;

II. Instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones;

III. Ocupar posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales asignadas al país, y explotar sus respectivas bandas de frecuencias, y

IV. Explotar los derechos de emisión y recepción de señales de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional.

Por otra parte, por lo que hace a las figuras jurídicas relacionadas con la terminación de la concesión abarcadas en el inciso anterior, cabe destacar que las concesiones en materia de telecomunicaciones pueden ser revocadas cuando el concesionario incurre en cualquiera de las causales de revocación señaladas en el artículo 38 de la Ley Federal de Telecomunicaciones; asimismo, conforme al artículo 40 del mismo ordenamiento legal, los bienes privados afectos a la concesión, no revierten a favor del Estado al término de la misma, sino sólo por lo que hace a las bandas de frecuencias, posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales, con el derecho preferente del Estado para adquirir de los ex-concesionarios, las instalaciones, equipos y demás bienes utilizados directamente durante la explotación de la concesión.

A continuación, analizaremos cada uno de los supuestos que el citado artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones señala que requieren concesión:

4.1. Usar, Aprovechar o Explotar una Banda de Frecuencias en el Territorio Nacional, Salvo el Espectro de Uso Libre y el de Uso Oficial

Primeramente cabría hacernos la siguiente pregunta: ¿Qué es el espectro radioeléctrico? Así pues, el artículo 3, fracción II de la Ley Federal de Telecomunicaciones dispone que para efectos de esta Ley se entenderá por Espectro a "*el espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas cuyas bandas de frecuencias se fijan convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz*".

Asimismo, el artículo 10 de la Ley Federal de Telecomunicaciones establece que "*el uso de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico se clasificará de acuerdo con lo siguiente*:"

I. *Espectro de uso libre: son aquellas bandas de frecuencias otorgadas mediante concesión y que pueden ser utilizadas por el público en general sin necesidad de concesión, permiso o registro;*

II. *Espectro para usos determinados: son aquellas bandas de frecuencias otorgadas mediante concesión y que pueden ser utilizadas para los servicios que autorice la Secretaría en el título correspondiente;*

III. *Espectro para uso oficial: son aquellas bandas de frecuencias destinadas para el uso exclusivo de la administración pública federal, gobiernos estatales y municipales, otorgadas mediante asignación directa;*

IV. *Espectro para usos experimentales: son aquellas bandas de frecuencias que podrá otorgar la Secretaría, mediante concesión directa e intransferible, para comprobar la viabilidad técnica y económica de tecnologías en desarrollo tanto en el país como en el extranjero, para fines científicos o pruebas temporales de equipo, y*

V. *Espectro reservado: son aquellas bandas de frecuencias no asignadas ni concesionadas por la Secretaría".*

Por otra parte, el mismo ordenamiento legal dispone que por banda de frecuencias se debe entender a *"la porción del espectro radioeléctrico que contiene un conjunto de frecuencias determinadas"*.²⁰

De las definiciones anteriores, se desprende que sin el uso de cables, hilos o cualquier otro medio físico, las ondas electromagnéticas se desplazan por el espacio a través de una especie de supercarreteras (bandas de frecuencias) a efecto de prestar el servicio de que se trate (televisión, radio, telefonía celular, etc.).²¹

A manera de ejemplo, y a efecto de que la idea expresada en el párrafo anterior quede más clara, una compañía de telefonía celular, digamos TELCEL, tiene asignada una determinada banda de frecuencia del espectro radioeléctrico, a través de dicha banda la compañía permite que sus usuarios se comuniquen entre sí mediante ondas electromagnéticas emitidas al espacio a través de sus aparatos celulares, dichas ondas son captadas a través de antenas repetidoras que retransmiten la señal a efecto de tener una mayor cobertura territorial y para que finalmente la misma llegue a los distintos aparatos celulares a efecto de poder entablar una conversación.

Ahora bien, en relación con el espectro radioeléctrico y la *concesión*, tenemos que conforme a la Ley Federal de Telecomunicaciones se requiere concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional del espectro radioeléctrico para usos determinados o para usos experimentales; de aquí se desprende la siguiente pregunta: ¿Porqué se requiere concesión?

20 Artículo 3, fracción I de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

21 No olvidemos que conforme al artículo 13 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, "las concesiones o permisos para el uso, aprovechamiento o explotación de bandas de frecuencias atribuidas a los servicios de radiodifusión de radio y televisión abierta, y su programación, estarán sujetas a lo dispuesto en la Ley Federal de Radio y Televisión".

A efecto de responder la pregunta anterior, y con base en los conceptos utilizados, utilizaremos una figura silogística²² que nos permitirá a través de sus premisas comprender claramente el porqué se requiere concesión para la utilización del espectro radioeléctrico, además de que nos permitirá concluir si es jurídicamente correcto o no la utilización de esta figura en la asignación de bandas de frecuencias del citado espectro radioeléctrico.

Premisa Mayor: Conforme a la Teoría General de la Concesión expuesta anteriormente, se requiere concesión para utilizar y aprovechar bienes del dominio público de la Federación y/o para prestar y explotar un servicio público, que como tal, originariamente debería ser prestado por el Estado.

Premisa Menor: El artículo 42, fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el artículo 2 en relación con el 29, fracción I, ambos de la Ley General de Bienes Nacionales, disponen que el territorio nacional comprende "*el espacio situado sobre el territorio nacional,...*"; además, el artículo 1o. de la Ley Federal de Radio y Televisión (antes transcrito) nos refiere el dominio directo que tiene la Nación sobre su espacio territorial.

Conclusión: Las ondas electromagnéticas, que fluyen a través del espectro radioeléctrico no son subterráneas, sino que como ya dijimos, se desplazan a través del espacio por medio de bandas de frecuencias, por lo que podemos concluir que el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la Federación y como tal, **es jurídicamente correcto la utilización del mismo a través de concesión.**

Asimismo, resulta lógico, que el espectro de uso libre, el espectro para uso oficial y el espectro reservado no sean sujetos de concesión, pues el primero contiene bandas de frecuencias de muy baja calidad, generalmente utilizadas por los denominados radioexperimentadores, los cuales buscan captar señales de otros radioexperimentadores o de otras frecuencias (por ejemplo, de otros Estados); mientras que por lo que hace a las frecuencias del espectro para uso oficial o del espectro reservado, como su mismo nombre lo indica, se utilizan para actividades gubernamentales o se encuentran reservadas respectivamente.

Igualmente, cabe destacar que conforme a los artículos 14 y 19 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, las concesiones sobre bandas de frecuencias para usos determinados, se otorgarán mediante licitación pública, por un plazo hasta de 20 años prorrogables por un período igual al originalmente establecido a juicio de la Secretaría; mientras que las concesiones para el uso, aprovechamiento o explotación de bandas de frecuencia para uso experimental, se otorgarán por un plazo hasta de 2 años y debe-

²² Recordemos que los silogismos como parte de la lógica (ciencia que estudia el correcto pensamiento), a su vez auxilian al derecho, ayudándonos a comprender más claramente la relación entre el supuesto jurídico y la consecuencia jurídica.

rán sujetarse, invariablemente, a las disposiciones reglamentarias respectivas. Lo anterior, de conformidad con el artículo 21 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

A mayor abundamiento sobre nuestra afirmación de la correcta utilización de la figura administrativa de la concesión en el presente caso, cabe destacar que la Ley Federal de Derechos, en su artículo 239, establece una cuota fija por el uso, utilización y aprovechamiento del espectro radioeléctrico, misma que varía según la cobertura de la banda de frecuencia asignada (regional o nacional). Mencionamos lo anterior, pues recordemos que conforme al artículo 2, fracción IV del Código Fiscal de la Federación, los derechos "*son las contribuciones establecidas en Ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público,...*", lo cual, sin duda, viene a reafirmar nuestra postura de considerar al espectro radioeléctrico como un bien objeto de concesión.

Asimismo, cabe destacar que una vez terminado el plazo de la concesión, las bandas de frecuencia quedan vacantes y revierten a favor del Estado por tratarse, como ya dijimos, de un bien del dominio público de la federación, y éste, a su vez, por conducto de la Secretaría, podrá ser concesionado nuevamente a través de los medios legales establecidos (licitación pública en bandas de frecuencia para usos determinados); asimismo, la Secretaría podrá revocar o rescatar una banda de frecuencias concesionadas cuando lo exija el interés público, por razones de seguridad nacional, para la introducción de nuevas tecnologías, para solucionar problemas de interferencia perjudicial o bien, para dar cumplimiento a los tratados internacionales suscritos por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior, de conformidad con el artículo 23 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

4.2. Instalar, Operar o Explotar Redes Públicas de Telecomunicaciones

Primeramente cabría preguntarnos: ¿Qué es una red de telecomunicaciones?

El artículo 3, fracción VIII nos señala que una red de telecomunicaciones es aquel "*sistema integrado por medios de transmisión, tales como canales o circuitos que utilicen bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, enlaces satelitales, cableados, redes de transmisión eléctrica o cualquier otro medio de transmisión, así como, en su caso, centrales, dispositivos de conmutación o cualquier equipo necesario*".

Cabe destacar que las redes de telecomunicaciones pueden ser públicas o privadas; ahora bien, ¿qué es lo que hace que una red de telecomunicaciones sea pública o privada?

El mismo artículo 3, en sus fracciones IX y X, nos define el concepto de redes privadas y redes públicas de telecomunicaciones respectivamente; así, la fracción IX se-

ñala que por red privada de telecomunicaciones debemos entender a "la red de telecomunicaciones destinada a satisfacer necesidades específicas de servicios de telecomunicaciones de determinadas personas que no impliquen explotación comercial de servicios o capacidad de dicha red "; mientras que la fracción X nos señala que por red pública de telecomunicaciones se debe entender a "la red de telecomunicaciones a través de la cual se explotan comercialmente servicios de telecomunicaciones. La red no comprende los equipos terminales de telecomunicaciones de los usuarios ni las redes de telecomunicaciones que se encuentren más allá del punto de conexión terminal".

De lo anterior se desprende, que lo que hace que una red de telecomunicaciones sea pública o privada, es la explotación comercial de los servicios de telecomunicaciones que se pueden prestar a través de dicha red, siendo pública cuando exista dicha explotación comercial, y privada cuando no impliquen explotación comercial alguna o capacidad de dicha red.

Ahora bien, el comercio, en su acepción económica original, consiste esencialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro,²³ por lo que una explotación comercial de servicios de telecomunicaciones es la realización del supuesto anterior, con la finalidad de obtener una ganancia pecuniaria por parte del propietario de dichos servicios, constituyendo por ende un claro acto de comercio tal y como lo señala la fracción I del artículo 75 del Código de Comercio. (*Se reputan actos de comercio: I. Las adquisiciones y enajenaciones verificadas con propósito de especulación comercial de artículos, muebles o mercaderías*).²⁴

Como un ejemplo simplista, y a efecto de que los conceptos anteriores queden más claros, hablemos de un cable instalado de las oficinas centrales de Banamex Ciudad de México a las oficinas de Banamex Monterrey; independientemente de las servidumbres de paso que pudieran existir en todo el trayecto que recorre dicho cable, el mismo está diseñado para satisfacer la necesidad específica que tiene Banamex Ciudad de México de mantener una constante comunicación por razones del negocio, con Banamex Monterrey, en una línea de calidad, sin interferencia y segura. Hasta ahí estamos en presencia de una red privada de telecomunicaciones, pues satisface las necesidades específicas de servicios de telecomunicación entre Banamex Ciudad de México y Banamex Monterrey, sin implicar una explotación comercial; pero ¿qué pasa si Banamex Ciudad de México y Banamex Monterrey, comienzan a utilizar la red privada de telecomunicaciones para que sus empleados de México y Monterrey se comuniquen con sus familias en ambas ciudades con el cobro de una cantidad por parte del

23 De Pina, Rafael, "Derecho Mercantil Mexicano". 25a. Edición; Ed. Porrúa, México, D.F., 1996.

24 Si bien, los bienes materia de las telecomunicaciones en su mayoría constituyen un intangible, también es cierto que conforme al artículo 759 del Código Civil ("En general son bienes muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles"), de aplicación supletoria al Código de Comercio los mismos califican como bienes muebles.

banco? En ese caso, la naturaleza jurídica de la red habrá cambiado y se habrá convertido entonces en una red pública de telecomunicaciones, pues el cobro del servicio por parte del banco a sus empleados claramente constituye un acto de comercio, y por ende una explotación comercial, además de que ya no estaría siendo utilizada para satisfacer una necesidad de comunicación del propio banco.

En el mismo ejemplo, supongamos que la comunicación entre Banamex Ciudad de México y Banamex Monterrey se realiza utilizando el espectro radioeléctrico, a través de antenas transmisoras y receptoras de frecuencia en ambas instituciones sin implicar una explotación comercial (*i.e.*, enlace de microondas punto a punto); en ese caso, nos encontramos ante una red privada de telecomunicaciones, misma que conforme a la Ley Federal de Telecomunicaciones no requiere concesión,²⁵ más sin embargo, el uso de la banda del espectro a través de la cual ambas instituciones realizan su comunicación si requiere concesión, ya que como mencionamos en el inciso anterior, el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la federación, y por lo tanto, su uso, aprovechamiento o explotación requiere concesión.

Existen casos en que las empresas necesitan tramitar dos concesiones para poder operar, ejemplo claro de esto son las empresas de telefonía celular, TELCEL y IUSACEL, las cuales requieren de una concesión por el uso, aprovechamiento o explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, pues recordemos que en la comunicación celular, las ondas viajan a través del espacio llegando a repetidoras que se encargan, como su nombre lo indica, de continuar enviando las señales a efecto de tener una cobertura más amplia (nacional, regional, internacional) y localizar al usuario que recibirá la comunicación en su aparato celular; y otra por constituir una red pública de telecomunicaciones, pues es clara la especulación comercial con que actúan estas compañías, debido al lucro que obtienen de parte de sus usuarios a través de los distintos planes y programas de comunicación que ofrecen. Cabe mencionar que, de conformidad con el último párrafo del artículo 18 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, ambas concesiones pueden otorgarse en el mismo acto administrativo.

Una vez que quedó abarcado a través de las distintas explicaciones, definiciones y ejemplos, qué es una red pública de telecomunicaciones, pasemos a la materia de nuestro artículo: ¿Es correcto el uso de la figura administrativa de la concesión para poder operar una red pública de telecomunicaciones? La verdad consideramos que no, por virtud de las siguientes consideraciones:

—Como ya dijimos, conforme a la teoría general de la concesión, el uso, aprovechamiento o explotación de un bien del dominio público de la federación, o bien la prestación de un servicio público por cuenta de un particular, ameritan el otorgamien-

25 Artículo 28 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

to de una concesión administrativa a efecto de que un particular pueda realizar cualquiera de las dos o las dos actividades.

—Es el caso, que el hecho de que una persona jurídica explote comercialmente una determinada actividad, digamos, la telefonía celular por ejemplo, no constituye de ninguna manera alguno de los dos supuestos que prevé la Teoría General de la Concesión como requisitos para el otorgamiento de concesiones, puesto que en este caso, la telefonía celular por ningún motivo constituye un servicio público, y aunque utiliza un bien del dominio público de la federación (para lo cual sí es necesario el tener una concesión por parte de la autoridad administrativa respectiva —SCT—), eso no justifica el que la persona deba solicitar una segunda concesión sólo porque se explote comercialmente un servicio de telecomunicaciones.

—Sentimos que el legislador confundió "servicio al público" con "servicio público", sin recordar como mencionamos anteriormente que un servicio público es aquella actividad prestada por el Estado o por los particulares (mediante concesión) encaminada a satisfacer necesidades básicas o fundamentales de la sociedad, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho Público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Es claro, en el ejemplo mencionado, que la telefonía celular de ninguna manera constituye un servicio público.

—Por lo tanto, resulta jurídicamente incorrecto el que al explotarse comercialmente una red de telecomunicaciones la Ley exija la solicitud de una concesión, puesto que las actividades económicas de los particulares, y en concreto un mero acto de comercio no puede ser gravado por la autoridad a un grado de considerarlo como un servicio público, máxime que ninguna Ley contempla a las telecomunicaciones como tal.

4.3. Ocupar Posiciones Orbitales Geoestacionarias y Órbitas Satelitales Asignadas al País, y Explotar sus Respectivas Bandas de Frecuencias

"Las concesiones para ocupar y explotar posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales asignadas al país, con sus respectivas bandas de frecuencias y derechos de emisión y recepción de señales, se otorgarán mediante el procedimiento de licitación pública a que se refiere la Sección II del presente capítulo, a cuyo efecto el Gobierno Federal podrá requerir una contraprestación económica por el otorgamiento de dichas concesiones.

Tratándose de dependencias y entidades de la administración pública federal, la Secretaría otorgará mediante asignación directa dichas posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales". (Artículo 29 de la Ley Federal de Telecomunicaciones).

Los satélites son cuerpos que giran alrededor de un planeta describiendo una trayectoria elíptica, denominada órbita. Existen satélites naturales, como la Luna (único satélite natural de la Tierra) y artificiales, los cuales son fabricados por el hombre, para satisfacer diversas necesidades de Telecomunicación. por ejemplo, el Morelos II.²⁶

Por órbita satelital debemos entender a la trayectoria que recorre un satélite al girar alrededor de la tierra (artículo 3, fracción VI de la Ley Federal de Telecomunicaciones); mientras que una posición orbital geoestacionaria es aquella ubicación en una órbita circular sobre el Ecuador que permite que un satélite gire a la misma velocidad de rotación de la Tierra, permitiendo que el satélite mantenga en forma permanente la misma latitud y longitud (artículo 3, fracción VII de la Ley Federal de Telecomunicaciones).

La órbita geoestacionaria es una órbita que se encuentra aproximadamente a 36,000 Km.²⁷ de altura sobre el nivel del mar de la tierra; dicha órbita es un recurso limitado en virtud de que solamente un número determinado de satélites (satélites geoestacionarios) pueden ocupar una posición (posición orbital geoestacionaria) en la misma, además de que debe haber una separación entre los satélites que ocupan diversas posiciones en la misma para evitar interferencia.²⁸ Los satélites que principalmente se utilizan en la órbita geoestacionaria son de telecomunicaciones y meteorológicos. Actualmente, México cuenta con las siguientes posiciones orbitales geoestacionarias: 109.2° W para el satélite Solidaridad I, 113.0° W para el Solidaridad II y 116.8° W para el recientemente lanzado SATMEX 5.²⁹

Asimismo, México cuenta con otras cuatro posiciones orbitales geoestacionarias (69° W, 78° W, 127° W y 136° W) las cuales actualmente tiene vacantes, mismas que le fueron asignadas al país por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

La UIT, cuyo antecedente fue la Unión Telegráfica Internacional fundada en París en 1865, es un órgano especializado de Naciones Unidas (ONU) encargado de regular conjuntamente con los gobiernos de los distintos Estados y el sector privado, el establecimiento y operación de las redes y servicios de telecomunicaciones; asimismo, es responsable de la regulación, homologación, coordinación y desarrollo de las telecomunicaciones internacionales, así como la armonización de las políticas estata-

26 Cabe destacar que el satélite Morelos II. fue recientemente desorbitado (1998), en virtud de que su vida útil terminó, y su posición orbital (116.8° W) fue ocupada por el satélite denominado Satmex 5, cuya operación inició en Enero de 1999. Cabe destacar que la vida de un satélite dura promedio 15 años, pues el combustible que llevan se termina con su uso, y no es factible recargarlo debido a la distancia a la que se encuentra.

27 35,786 Km.

28 Estos satélites deben tener una separación de por lo menos dos grados de arco, equivalentes a 1500 Km.

29 No debemos olvidar que los satélites geoestacionarios no son los únicos tipos de satélites artificiales existentes, pues además de éstos, existen satélites de órbita baja denominados LEO's por sus siglas en inglés (Low Earth Orbit Satellites), los cuales se encuentran a una altura aproximada de 8,000 Km. sobre el nivel del mar; un ejemplo de éstos lo constituye el conjunto de satélites de órbita baja que conforman el sistema IRIDIUM, mismo que constituye, según dicen, uno de los mayores fracasos financieros de la historia debido a la reciente quiebra de la empresa cuyo propósito era entrelazar telefónicamente a manera de celular a distintos usuarios alrededor del mundo, con un costo de \$10.00 USD por minuto.

les en materia de telecomunicaciones. Actualmente, casi todos los países son miembros de dicha organización (187 países), y por supuesto, México forma parte de la misma.³⁰

Cabe destacar, que la UIT emite diversas normatividades en relación con el uso, aprovechamiento y explotación de la órbita geoestacionaria, todo esto para evitar la interferencia de las señales de los distintos satélites que se encuentran posicionados en la misma; asimismo, se encarga de asignar las posiciones orbitales geoestacionarias a los Estados que las soliciten; lo anterior, conforme al Convenio Constitutivo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ver artículo 1o., número 11, inciso a) del mismo).

Lo anterior, no quiere decir que las posiciones orbitales geoestacionarias sean propiedad de la UIT, sino que ésta, como ente regulador y con el avenio de los Estados parte (como ya vimos en el párrafo anterior), simplemente se encarga de su asignación; lo que nos lleva a la siguiente pregunta, ¿quién es el propietario de la órbita geoestacionaria?

El vigente artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su fracción VI nos señala: *El territorio nacional comprende: VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional.*

Cabe destacar que el derecho internacional no se ha pronunciado al respecto, es decir, no ha señalado hasta qué límite debe considerarse como espacio aéreo³¹ y a partir de dónde comienza el espacio ultraterrestre.

Derivado de lo anterior han surgido diversas teorías, algunas de las cuales señalan que el espacio aéreo constituye la altura máxima de vuelo de una aeronave, otras dicen que el espacio aéreo llega hasta donde se pierde la gravedad, otras señalan que el espacio aéreo llega hasta el límite superior de la atmósfera, y algunas más pretenden establecer una distancia concreta de altura que va desde los 20 hasta los 800 Km. Cabe destacar que todas las teorías anteriores son inconsistentes y poco sustentables.

En virtud de lo anterior, y toda vez que a la fecha no existe un límite de altura establecido hasta dónde se pueda considerar que termina el espacio aéreo, México no pue-

30 El presidente Carlos Salinas de Gortari firmó *Ad-Referendum*, con fecha 30-06-89 la Constitución y Convenio de la UIT en Niza, Francia; mientras que la aprobación de ambos instrumentos por parte del senado se llevó a cabo con fecha 15-12-90.

31 Cabe destacar que la famosa Convención del aire, suscrita en Chicago en el año de 1944 no establece un límite hasta dónde debemos considerar al espacio aéreo, y solamente se concreta a señalar que "Los estados contratantes reconocen que cada estado tiene soberanía exclusiva y absoluta sobre la zona aérea que abarca su territorio". Asimismo, regula diversos supuestos en relación con el despegue y aterrizaje de las aeronaves, así como lo relativo a los pasajeros.

de reclamar soberanía sobre la órbita geoestacionaria y por tanto, la misma no puede ser considerada como un bien del dominio público de la Federación.

Más aún, México es parte del denominado "Tratado sobre los principios que han de regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre incluso la luna y otros cuerpos celestes"³² abierto a firma en Washington, Londres y Moscú el 27 de enero de 1967 y mejor conocido por su nombre en inglés como "The Outer Space Treaty". Dicho Tratado, en su artículo 1o., textualmente señala que "*La exploración y uso del espacio ultraterrestre, incluyendo la luna y otros cuerpos celestiales, deberá ser llevado a cabo para el beneficio e interés de todos los Estados, independientemente de su grado de desarrollo económico o científico y **deberá ser propiedad de toda la humanidad***"; asimismo, el artículo 2 del citado Tratado dispone que "*El espacio ultraterrestre, incluyendo la luna y otros cuerpos celestiales **no está sujeto a apropiación nacional por razón de soberanía, uso u ocupación ni por cualquier otra razón***".³³

Lo anterior, que en virtud del artículo 133 constitucional es Ley Suprema, y que de conformidad con el principio de derecho internacional de "*pacta sunt servanda*" que señala que los acuerdos deben cumplirse, constituye el fundamento jurídico para declarar al espacio ultraterrestre como patrimonio de la humanidad y por tanto, un bien del dominio de la humanidad, lo que nos lleva a concluir que es **jurídicamente incorrecto** el que el artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones en relación con el 29 del mismo ordenamiento jurídico, requieran la solicitud de una concesión para ocupar posiciones orbitales geoestacionarias asignadas al país, ya que si bien es cierto que es el Estado Mexicano quien gestiona ante la UIT la asignación de estas posiciones,³⁴ también es cierto que en el momento en que la UIT asigna una posición orbital geoestacionaria a México, éste se convierte única y exclusivamente en "poseedor" de la misma, más nunca en propietario, pues como ya señalamos, conforme al "Outer Space Treaty" las posiciones orbitales geoestacionarias son un bien propiedad de la humanidad.

Asimismo y en relación con lo anterior, cabe destacar que igualmente la comunicación vía satélite no constituye servicio público alguno que pudiera justificar el otorgamiento de concesiones, esto en virtud de que ni la Ley Federal de Telecomunicaciones ni el Reglamento de Comunicación Vía Satélite,³⁵ lo señalan, al contrario de lo

32 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de noviembre de 1967.

33 Cabe destacar que en noviembre de 1976, ocho países (Brasil, Colombia, Congo, Ecuador, Indonesia, Kenia, Uganda y Zaire) suscribieron la denominada "Declaración de Bogotá", la cual es un tratado internacional fundamentado en la afirmación de que la órbita geoestacionaria no es parte del espacio ultraterrestre, y que todo objeto colocado en algún segmento de la órbita geoestacionaria que se encuentre sobre el territorio de alguno de los países participantes en la Declaración, deberá tener la autorización expresa del estado afectado; con esto, vemos la clara intención de estos países de reclamar soberanía sobre la órbita, pero afortunadamente esta Declaración no ha recibido apoyo por parte de otros países.

34 Artículo 3 del Reglamento de Comunicación Vía Satélite "Corresponde a la Secretaría la gestión de los procedimientos de coordinación ante la Unión Internacional de Telecomunicaciones y otros países, para la asignación al país de posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales con sus respectivas bandas de frecuencias asociadas".

35 Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 1o. de agosto de 1997.

que sucede con la otra área prioritaria del desarrollo nacional, los ferrocarriles, los cuales sí son considerados como un servicio público en términos de lo previsto por el artículo 1o. de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 12 de mayo de 1995;³⁶ sin embargo, podemos decir que el Estado encontró en la concesión la figura que resultaba más idónea para otorgar a un particular un bien, sino del dominio público de la federación, sobre el cual tiene posesión.

4.4. Explotar los Derechos de Emisión y Recepción de Señales de Bandas de Frecuencias Asociadas a Sistemas Satelitales Extranjeros que Cubran y Puedan Prestar Servicios en el Territorio Nacional

"La Secretaría podrá otorgar concesiones sobre los derechos de emisión y recepción de señales y bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional, siempre y cuando se tengan firmados tratados en la materia con el país de origen de la señal y dichos tratados contemplen reciprocidad para los satélites mexicanos. Estas concesiones sólo se otorgarán a personas morales constituidas conforme a las leyes mexicanas. Asimismo, podrán operar en territorio mexicano los satélites internacionales establecidos al amparo de tratados internacionales multilaterales de los que el país sea parte". (Artículo 30 de la Ley Federal de Telecomunicaciones).

El 28 de abril de 1996, el Senado de la República aprobó el Tratado de Reciprocidad Satelital entre México y Estados Unidos para servicios satelitales, con lo cual se dio cabal cumplimiento a los requisitos que establece el citado artículo 30 de la Ley Federal de Telecomunicaciones (antes transcrito) a efecto de que satélites estadounidenses pudieran prestar servicios en el territorio nacional, y viceversa. Con esto, además de existir reciprocidad, se logra ampliar la oferta de servicios en México, y se valoran las posiciones orbitales asignadas al país.

Al amparo de dicho instrumento, el 8 de noviembre de 1996, se firmó el primer protocolo relativo a la transmisión y recepción de señales de satélites para la prestación del los servicios de Difusión Directa al Hogar (DTH) por sus siglas en inglés "Direct to Home". A través de dicho protocolo, se permitió que concesionarios constituidos conforme a la Ley introdujeran en México los nuevos servicios de difusión directa a los hogares, utilizando satélites norteamericanos, por su parte, concesionarios mexicanos que utilicen el satélite Solidaridad II, por ejemplo, podrán prestar dicho servicio en el territorio estadounidense.

³⁶ "Artículo 1o. La presente ley es de orden público y de observancia en todo el territorio nacional, y tiene por objeto regular la construcción, operación, explotación, conservación y mantenimiento de las vías férreas cuando sean vías generales de comunicación, así como el servicio público de transporte ferroviario que en ellas opera y los servicios auxiliares. El servicio ferroviario es una actividad económica prioritaria y corresponde al Estado ser rector de su desarrollo. Al ejercer sus funciones de rectoría, el estado protegerá en todo momento la seguridad y la soberanía de la Nación y promoverá el desarrollo del servicio ferroviario en condiciones que garanticen la libre competencia entre los diferentes modos de transporte".

Hoy en día, existen en México dos empresas autorizadas para prestar los servicios de difusión directa a los hogares (DTH) utilizando satélites norteamericanos, siendo éstas: Corporación de Radio y Televisión del Norte de México, S.A. de C.V. y Grupo Galaxy Mexicana, S.A. de C.V., estas dos compañías reportaron en sus primeros siete meses de operación un total de 180,000 suscriptores en el territorio nacional.

Asimismo, el Gobierno Federal se encuentra actualmente llevando a cabo los trabajos requeridos para concluir la coordinación de la posición orbital 78° W la cual, gracias al multicitado Protocolo de reciprocidad Satelital para Transmisión Directa al Hogar, presenta un mayor potencial de penetración en el mercado estadounidense.

Por otro lado y no menos importante, el 16 de octubre de 1996, México y Estados Unidos firmaron el Protocolo concerniente a la transmisión y recepción de señales de satélites para la prestación de servicios fijos por satélite. A través de este Protocolo, se establecen las condiciones y los criterios técnicos para el uso de satélites de México y de los Estados Unidos, para la prestación de servicios fijos por satélite hacia, desde, y dentro de los territorios de las partes y con licencia de las partes.

Ahora bien, y en relación con la materia de nuestro artículo, **consideramos jurídicamente incorrecto** el que la explotación de derechos de emisión y recepción de señales de bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicio en el territorio nacional **requieran de una concesión** de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT). Lo anterior se sustenta conforme a lo siguiente:

Primero, como claramente se señala en el párrafo anterior, nos encontramos en presencia de la prestación de un servicio de un satélite extranjero al territorio nacional, y no de la utilización de un bien del dominio público de la federación, por lo que cabría hacer las mismas consideraciones que hicimos en el apartado anterior (4.3 OCUPAR POSICIONES ORBITALES GEOESTACIONARIAS Y ORBITAS SATELITALES ASIGNADAS AL PAIS, Y EXPLOTAR SUS RESPECTIVAS BANDAS DE FRECUENCIAS.) en el sentido de que dichos satélites que se encuentren ocupando posiciones de la órbita geoestacionaria, no se encuentran de ninguna manera utilizando o explotando un bien del dominio público de la Federación, sino un bien patrimonio de la humanidad, pues como quedó asentado en el citado apartado, y que en obvio de repeticiones referimos en este momento, las posiciones orbitales geoestacionarias constituyen un bien del dominio de la humanidad.

Segundo, la transmisión de señales de un satélite extranjero al territorio mexicano y viceversa, tampoco constituye de ninguna manera, la prestación de un servicio público, pues a manera de ejemplo, consideramos que sería absurdo que el llamado DIRECTV (Sistema de Televisión de paga de transmisión directa al hogar —Direct to Home—), fuera considerado como una actividad encaminada a satisfacer necesida-

des colectivas básicas o fundamentales de la sociedad, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho Público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Es claro, en el ejemplo mencionado, que la televisión de paga de ninguna manera constituye un servicio público.

Y tercero (y más importante), el artículo 8 del Reglamento de Comunicación Vía Satélite dispone que: *"Los interesados en obtener concesión para explotar los derechos de emisión y recepción de señales de bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional, una vez celebrados los tratados a que se refiere el primer párrafo del artículo 30 de la Ley y, de requerirse, los demás instrumentos complementarios, deberán presentar, a satisfacción de la Secretaría, solicitud que contenga cuando menos:*

I.....

IX. D.....

Una vez recibida la solicitud por parte de la Secretaría, la Comisión analizará y evaluará la documentación correspondiente, y podrá requerir a los interesados información adicional.

Previa opinión de la Comisión y una vez cumplidos, a satisfacción de la Secretaría, los requisitos exigidos, ésta otorgará la concesión correspondiente.

Las concesiones se otorgarán en un plazo no mayor de 120 días naturales a partir de que se integre debidamente la solicitud".

De lo anterior se desprende que una vez cumplimentados los requisitos que señalan las fracciones I a IX D del citado artículo 8 del Reglamento de Comunicación Vía Satélite, la Secretaría dará parte a la COFETEL a efecto de que esta última analice y evalúe la documentación presentada por el particular, y en su caso requiera otra adicional, para que posteriormente y en un plazo no mayor a 120 días naturales a partir de que se integró debidamente la solicitud, (es decir, de que se cumplimentó con cualquier requerimiento de documentación adicional de COFETEL), la Secretaría *otorgue* la concesión correspondiente.

Es importante destacar que la palabra *otorgará*, prevista en el penúltimo párrafo del mencionado artículo 8, misma que se encuentra subrayada en párrafos anteriores, adverbialmente se encuentra en imperativo, no en facultativo u optativo, lo que desvirtúa completamente la Teoría General de la Concesión, pues apreciamos que la discrecionalidad de la autoridad, como elemento característico de la concesión, no es tal desde el momento en que el Reglamento de Comunicación Vía Satélite ordena a la Secretaría a expedir el título de concesión correspondiente una vez que sean cumplimen-

tados todos los requisitos enunciados en el mismo, y en un plazo no mayor a 120 días naturales.

5. Propuesta de Reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones

La libertad como garantía individual consiste en la facultad inherente a la persona para elegir diversas conductas, motivos y fines para la consecución de su felicidad.

Este derecho no puede ni debe ser irrestricto, pues se corre el riesgo de caer en el denominado libertinaje y llegar a dañar a terceros, es por ello que el Estado debe imponer ciertas limitaciones a la libertad de los individuos a efecto de que la armonía social perdure.

Consideramos correcta la pretensión del Estado de regular y supervisar áreas que a su juicio son de vital importancia para nuestro desarrollo nacional, pero también creemos poco afortunado, como señalamos en los primeros párrafos del presente estudio, el que el Estado realice dicho control a través de figuras jurídicas que nada tienen que ver con la realidad imperante en el sector en cuestión (telecomunicaciones).

Es por ello que proponemos una reforma a la Ley Federal de Telecomunicaciones a efecto de que la figura administrativa de la autorización o permiso³⁷ sustituya en lo referente a redes públicas de telecomunicación, asignación de posiciones orbitales geostacionarias y emisión y recepción de señales de bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional, a la también figura administrativa de la concesión, pues consideramos que definitivamente otorga una mayor seguridad jurídica a los particulares que pretenden participar en las actividades a que hicimos mención, esto en virtud de que en la autorización existe una expectativa de derecho para realizar la actividad sujeta al otorgamiento de la misma, pues con sólo cumplir con una serie de requisitos la autoridad deberá concederme dicho derecho, mientras que en la concesión, dicha expectativa no existe, sino que la autoridad por simple apreciación discrecional está facultada para otorgar o negar una determinada petición, cuestión a mi entender inconstitucional, pues al no estar acotadas las facultades de las autoridades, los abusos y en muchos casos la corrupción afloran pues permiten revestir de legalidad un acto que en virtud de su falta de limitaciones en la Ley pudiera ser ilegal,³⁸ aflorando en muchos casos los abusos y la corrupción.

37 El Diccionario de Derecho de Rafael de Pina define a la *autorización* como el acto de naturaleza judicial, *administrativa* o simplemente privado, en virtud del cual una persona queda facultada para ejercer determinado cargo o función o para realizar determinado acto de la vida civil; asimismo, señala que el *permiso* es aquella autorización de autoridad competente para hacer o decir algo. En virtud de lo anterior, consideramos que ambas figuras son sinónimas.

38 Lo anterior, en virtud de que conforme al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cualquier acto de molestia de alguna autoridad para con un particular, deberá estar debidamente fundado y motivado, siendo en la especie que al ser discrecional dicho acto, el mismo estaría fundado pero carecería de la debida motivación legal.

Ahora bien, no olvidemos que muchos de los recursos a los que nos referimos en el presente artículo son limitados (como las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico o las posiciones orbitales geoestacionarias), de ahí la necesidad de las licitaciones, mismas que buscan otorgar estos recursos a quienes presenten la mejor propuesta técnica y económica. Lo anterior, consideramos es lo adecuado, pues a través del método licitatorio, se da equidad y transparencia a la participación de los particulares en los asuntos del Estado.

Derivado de lo anterior, cabría hacer las siguientes consideraciones:

1. Con relación al uso, aprovechamiento y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, estimamos correcto el tratamiento con el que la Ley Federal de Telecomunicaciones lo regula, en virtud de que como señalamos anteriormente, el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la federación, el cual es limitado y por ende la necesidad de concesionarlo a través de licitaciones en aquellos casos en que se trate de espectro para usos determinados. Asimismo, consideramos correcto que el espectro para usos experimentales no se licite, pero si se concesione, lo anterior en virtud de que su naturaleza es igualmente la de un bien del dominio público de la federación, mas su finalidad es exclusivamente la de probar nuevas tecnologías para el beneficio científico y tecnológico, y porque el término de duración de la concesión es muy breve (2 años).

2. En relación con las redes públicas de telecomunicaciones, proponemos un sistema de autorizaciones o permisos, el cual deberá encontrarse bien acotado a efecto de otorgar una mayor seguridad jurídica a los interesados. Lo anterior, se sustenta en virtud de nuestra afirmación de que un mero acto de comercio no puede encontrarse gravado por la autoridad al grado de considerarlo como un servicio público, máxime que ninguna Ley contempla a las telecomunicaciones como tal.

3. En relación con la ocupación de posiciones orbitales geoestacionarias asignadas a México por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) se propone la utilización de la figura jurídica de la autorización o permiso en lugar de la concesión, ya que como señalamos en el apartado referente al particular, de conformidad con el denominado "Outer Space Treaty", el espacio ultraterrestre es patrimonio de la humanidad, y luego entonces el Estado Mexicano no goza de capacidad jurídica para reclamar soberanía sobre él mismo, y por ende, sobre la órbita geoestacionaria. La autorización que proponemos deberá ser por un tiempo limitado, esto es, por el tiempo de vida útil del satélite, y una vez finalizado el mismo, las posiciones orbitales geoestacionarias cuyo uso fue autorizado al gobierno mexicano por la UIT, y que éste a su vez volvió a autorizar a un particular, podrán volverse a gestionar por el Estado Mexicano ante la UIT (pero no para que la autorización dada al particular subsista), o bien, quedarán vacantes. Asimismo, y en virtud de la escasez de este recurso como señalamos anteriormente, en caso de que existan varios interesados en ocupar una determinada

posición orbital geoestacionaria asignada al Estado Mexicano, la autorización deberá de licitarse.

4. En relación con la explotación de derechos de emisión y recepción de señales de bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional, actividad que como ya expresamos y desarrollamos en el apartado respectivo no constituye la explotación de un bien del dominio público de la Federación, ni mucho menos la de un servicio público, consideramos que la misma debiera ser objeto de autorización o permiso, ya que si bien jurídicamente su realización se encuentra sujeta al requisito de una concesión conforme a la Ley Federal de Telecomunicaciones y al artículo 8 del Reglamento de Comunicación Vía Satélite, *de facto* la misma sólo requiere de una autorización o permiso, pues como señalamos anteriormente, con el hecho de cumplimentar los requisitos que establece dicho artículo, se genera para el particular una expectativa de derecho, pues obliga a la autoridad a otorgar "la concesión" correspondiente en un plazo de 120 días naturales, eliminando cualquier discrecionalidad de la que pudiera estar revestido el acto y desvirtúa por ende a la figura administrativa de la concesión.

Además, por lo que toca a las consideraciones 3. y 4. señaladas anteriormente, las cuales se encuentran íntimamente ligadas con la comunicación vía satélite, la reforma que proponemos, constitucionalmente no acarrearía ningún tipo de controversia, pues nuestra misma Ley Fundamental, como ya vimos en el apartado referente a la Reforma Constitucional de 1995 (Apartado 2.2.), dispone en su párrafo 4 del artículo 28 que: "*el que el Estado al ejercer en ellas su rectoría protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia*". De lo anterior se desprende la permisión constitucional para el otorgamiento de permisos en las áreas prioritarias del desarrollo nacional (comunicación vía satélite y ferrocarriles).

En virtud de todas las consideraciones expresadas, y a efecto de que nuestra legislación se encuentre jurídicamente correcta y apegada a la realidad, consideramos necesario el modificar los artículos 11 al 30 de la Ley Federal de Telecomunicaciones así como los artículos 3 al 10 y demás relativos y aplicables del Reglamento de Comunicación Vía Satélite. Lo anterior, a efecto de hacerlos congruentes con los diversos razonamientos lógico-jurídicos expresados en este apartado, mismos que justifican la elaboración del presente estudio.