

**VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS EN EL AMPARO EN REVISIÓN 1418/2006.**

- **Razones que sustentan el criterio adoptado.**

En sesiones del Tribunal Pleno del siete y once de mayo de dos mil nueve, los señores Ministros determinaron que los artículos 244-A, 244-B y Décimo, fracción XVII, de las disposiciones transitorias de la Ley Federal de Derechos, publicado el treinta y uno de diciembre de dos mil tres, no son contrarios a los principios de proporcionalidad y equidad previstos en el artículo 31, fracción IV, constitucional.

En el considerando octavo del proyecto aprobado por el Tribunal Pleno se describe la razón principal por la que las disposiciones de mérito son constitucionales, al decirse:

***‘Así, quienes tributen conforme al artículo 244-A de la Ley Federal de Derechos, además de pagar un aprovechamiento enteran la contribución (Derechos) en forma anual en función de los servicios específicos, dado que conforme al título de concesión, el concesionario únicamente puede prestar servicios determinados: radiotelefonía celular, radiotelefonía móvil convencional, radiolocalización móvil de personas, radiolocalización de vehículos, radiolocalización móvil marítima y radiodeterminación, móvil especializado de flotillas y de portadora común y radiocomunicación móvil aeronáutica, razón por la que enteran el gravamen por el uso del servicio público específico concesionado. En cambio, quienes tienen la concesión del uso, goce, aprovechamiento o explotación de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, por cada región en la que operen y por cada kilohertz concesionado o permissionado no prestan un servicio específico, sino múltiple, ya que la***

***explotación de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico se lleva a cabo por región y por cada kilohertz, esto es, se explota todo el espectro radioeléctrico sin restricción alguna.'***

En ese sentido, se partió de la base de que el artículo Décimo, fracción XVII, de la disposiciones transitorias de la Ley Federal de Derechos, en relación con los diversos 244-A y 244-B de la misma, no violan el principio de equidad tributaria atendiendo a la utilidad específica o múltiple del espectro radioeléctrico concesionado, es decir, que la concesión que se otorgó a las personas que tributan con base en el artículo 244-A, no tienen el mismo régimen legal que aquéllas que lo hacen de acuerdo con el artículo 244-B, además de que se advierte que el uso o aprovechamiento no es el mismo.

Como lo expresé en las sesiones de referencia si bien concuerdo con que debe negarse el amparo y protección de la Justicia Federal a la quejosa, creo que existen otras razones para hacerlo sin abordar el estudio de fondo del asunto, además de que quiero puntualizar que no estoy cambiando la postura que tuve al resolverse por unanimidad de votos de la Segunda Sala, el amparo en revisión 1994/2006, en sesión del veintiuno de marzo de dos mil siete, ya que aquel asunto y éste tienen diferencias notables como lo expondré enseguida.

- **Motivos por los que se estima que el presente asunto no es igual al amparo en revisión 1994/2006, promovido por Iusacell PCS, sociedad anónima de capital variable.**

Dicho amparo tuvo los siguientes matices:

**A.** El juez de Distrito concedió el amparo respecto del artículo Décimo Transitorio, fracción XVII, del Decreto de reformas a la Ley Federal de

Derechos, publicado el treinta y uno de diciembre de dos mil tres,<sup>1</sup> al estimar que la fecha en que se dio la concesión no podía ser un parámetro justificado para dar un trato desigual entre situaciones idénticas, toda vez que se aplicaba el cobro de derechos únicamente por el momento en que entró en vigor la referida reforma.

**B.** En la revisión, la Segunda Sala analizó el problema de equidad -en aislado-, dado que también se refirió a la fecha de la concesión para usar o aprovechar el espacio aéreo, ya que el argumento se encaminó únicamente a determinar si el artículo Décimo transitorio, fracción XVII, del decreto del 31 de diciembre de 2003, por el que se reformó la Ley Federal de Derechos, vulnera o no dicho principio tributario a partir de la fecha en que se concesionó el espectro radioeléctrico, al sostenerse:

***“En razón de lo anterior, si como ha quedado de manifiesto, lo relativo al otorgamiento de la concesión como título para que el concesionario use, explote y aproveche el espectro, es totalmente diferente al pago anual a cargo de los concesionarios o permisionarios de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico de la contribución denominada “derecho” para el uso,***

---

<sup>1</sup> **“ARTÍCULO DÉCIMO.** Para las modificaciones previstas en el Artículo Noveno del presente Decreto se estarán a las siguientes disposiciones transitorias:

(...)

XVII. Los derechos establecidos en los artículos 244-B 244-C y 244D de la Ley Federal de Derechos únicamente **se aplicarán a las nuevas concesiones que se otorguen a partir del 1 ° de enero de 2004:** así como a las concesiones y permisos que se prorroguen o renueven después de esa fecha. Los concesionarios y permisionarios de las bandas de frecuencia ubicadas en los rangos señalados en los artículos 244-B, 244-C y 244-D deberán cubrir las obligaciones fiscales contenidas en sus respectivos títulos de concesión o permisos así como los derechos correspondientes.

Los concesionarios y permisionarios que cubran las cuotas señaladas en los artículos 244-B 244-C y 244D no estarán obligados al pago de otros derechos por el uso de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico establecidos en la Sección única del CAPITULO XI del Título II de la Ley Federal de Derechos por las mismas bandas gravadas en los artículos antes citados.”

***aprovechamiento o explotación de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, por cada región en la que operen y por cada kilohertz concesionado o permisionado; ello lleva a la necesaria conclusión de que el señalado precepto legal impugnado, en cuanto determina que los derechos establecidos en los artículos 244-B, 244-C y 244-D de la Ley Federal de Derechos, únicamente se aplicarán a las nuevas concesiones que se otorguen a partir del primero de enero de dos mil cuatro, así como a las concesiones y permisos que se prorroguen o renueven, después de esa fecha; resulta violatoria de la garantía de equidad tributaria, pues establece un trato diferente para aquellos concesionarios que obtuvieron su concesión antes de la fecha indicada respecto de los que la obtuvieron después, fijando el pago de los derechos por el mismo uso de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, de forma diferente.***

***Se insiste, si los referidos conceptos son diferentes, pues uno es el otorgamiento del título habilitante, que obliga al concesionario a cubrir el pago económico por haberlo así convenido con la Administración Pública Federal en el procedimiento de licitación pública, y el otro correspondiente al derecho por el uso de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, como una contribución cuya obligación de pago surge de la propia ley por estar destinado al gasto público de la Federación, no aparece que exista ninguna justificación para que, con base en la fecha del otorgamiento de la concesión para el uso de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, como una cuestión ajena a la explotación del bien del dominio público, los concesionarios paguen diferentes montos en la utilización de sus respectivas concesiones.”***

Como puede verse, aquí nada se dijo directamente sobre el trato desigual entre los artículos 244-A y 244-B de la Ley Federal de Derechos, sino que se hizo depender exclusivamente de cuándo se había concesionado el bien de dominio público, es decir, la litis constitucional en segunda instancia quedó muy limitada o acotada, por

lo que este Alto Tribunal no podía analizar otros aspectos que sirvieran para negar el amparo.

Por su parte, en el asunto promovido por Radiomóvil Dipsa, sociedad anónima de capital variable, se actualizan los siguientes elementos:

**A.** El juez de Distrito concedió el amparo respecto de los artículos 244-A, fracción IV, 244-B, 244-C y 244-D, de la Ley Federal de Derechos, por considerar que preveían consecuencias jurídicas diferentes ante situaciones similares, esto es, analizó directamente tales preceptos a partir de los elementos que contienen cada uno de ellos para graduar el hecho imponible, sin hacer referencia a la fecha en que se concesionó la banda de frecuencia.

**B.** El proyecto aprobado dispone que, en el caso concreto, la revisión debe centrarse únicamente en la inconstitucionalidad declarada en la sentencia recurrida respecto de los artículos 239 y 244-B de la Ley Federal de Derechos, reformados mediante Decreto del treinta de diciembre de dos mil dos, así como el artículo Décimo de las disposiciones transitorias de ese Decreto.

En ese tenor, es evidente que la equidad tributaria no parte de los mismos elementos fácticos y jurídicos, porque en el primer asunto el problema dimana únicamente de la fecha o vigencia de la concesión para usar la banda de frecuencia, y el presente caso se refiere adicionalmente a los distintos elementos que se toman en cuenta para cuantificar la tasa o cuota aplicable de los derechos por uso o aprovechamiento del espectro radioeléctrico entre los artículos 244-A y 244-B de la ley federal respectiva.

Estos motivos me permitieron asumir una postura distinta en el Tribunal Pleno, en tanto que no se actualizan los mismos elementos en ambos asuntos.

- **Motivos por los que se disiente de los argumentos expuestos en el considerando octavo del proyecto aprobado.**

En esas mismas sesiones plenarias anuncié que a la quejosa no le afecta el trato desigual que existe entre los artículos 244-A y 244-B de la Ley Federal de Derechos, con base en las previsiones del artículo Décimo, fracción XVIII, de las disposiciones transitorias, por lo que los conceptos de violación que expuso en la demanda de amparo resultan inoperantes, como lo precisó la autoridad recurrente en vía de agravio.

Para sustentar lo anterior, es conveniente significar que ambas Salas de este Alto Tribunal establecieron la inconstitucionalidad del artículo 244-A, fracción IV, de la Ley Federal de Derechos, en relación con el diverso 244-B de la misma ley, ya que las cuotas tributarias previstas en el primer precepto citado no se sustentan en parámetros de medición objetivos para graduar la utilidad al explotar el espectro radioeléctrico, esto es, ese precepto no cuantifica bien la cuota fiscal, donde cabe insistir que ambos tienen relación directa con el artículo Décimo, fracción XVII, de las disposiciones transitorias.

De acuerdo con tales precedentes, los parámetros que servirán para cuantificar válidamente la tasa o cuota aplicable de los derechos por uso o explotación del espectro radioeléctrico, son los siguientes:

1. Frecuencia o banda de frecuencia que se mide en hertzios.

2. Zona de cobertura (local, regional o nacional) que se mide en watts.

3. Modalidad de uso de la frecuencia (tipo de uso para poder aumentar la capacidad de frecuencia) que no tiene que ver con el servicio.<sup>2</sup>

En las consideraciones expuestas por ambas Salas se destacó expresamente que respecto de los numerales 244-B, 244-C y 244-D de la Ley Federal de Derechos, el legislador cuantificó correctamente

---

<sup>2</sup> Sobre estos elementos, en vinculación con los artículos 244-A, 244-B y 244-C, se estableció: “De igual manera, tiene importancia señalar que los artículos 244-B, 244-C y 244-D de la ley relativa, se adicionaron por Decreto publicado el treinta de diciembre de dos mil dos, cuya exposición de motivos y dictamen de la Cámara de Diputados, dicen: “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. 4 DE NOVIEMBRE DE 2002. **Se modifica el esquema de cuotas relativas a los derechos por el uso del espectro radioeléctrico, con la finalidad de racionalizar el uso de este bien propiedad de la Nación al establecerse cuotas fijas por cada kilohertz: o megahertz concesionado, acordes con el valor de mercado de cada tipo de banda de frecuencia y al ancho de banda asignado y al área de cobertura, que junto al criterio de fijar las cuotas de los derechos en función del tipo de bandas de frecuencias y no de los servicios en las que se utilicen, permitirá a los concesionarios y permisionarios hacer un uso más eficiente de este recurso escaso, al poder destinar las bandas de frecuencia a los servicios que más demande la sociedad. Adicionalmente, se busca otorgar certeza jurídica a los concesionarios y permisionarios, y homologar los cobros de derechos que deban cubrir cuando utilicen el mismo tipo de bandas de frecuencia.” “**DICTAMEN 29 DE NOVIEMBRE DE 2002. En materia de derechos por el uso del espectro radioeléctrico, esta Dictaminadora considera procedente el incluir cuotas fijas por cada Kilohertz o Megahertz concesionado, acordes con el valor de mercado de cada tipo de banda de frecuencia y el ancho de banda asignado, así como el área de cobertura de las mismas, que conjuntamente con el criterio de fijar las cuotas de los derechos en función del tipo de bandas de frecuencias y no de los servicios en las que se utilicen, permitirá a los concesionarios y permisionarios hacer un uso más eficiente de este recurso. (artículos 244-B y 244-C)...**” El examen de las anteriores transcripciones, asociado al texto de los artículos 244-B, 244-C y 244-D de la ley relativa, evidencia que en ellos el legislador ordinario optó por graduar la utilidad del espectro radioeléctrico por parte de los gobernados, con base en los siguientes elementos: --- 1. Banda de frecuencia (medida en kilohertzios). --- 2. Zona de cobertura (regional porque la distancia radial de la frecuencia cubre más de una entidad federativa). --- 3. Modalidad de uso de aquella frecuencia (tipo de banda de frecuencia). --- Por consiguiente, se conoce que el legislador al seleccionar los parámetros de medición para distinguir los grados de utilidad en el uso o aprovechamiento del espectro radioeléctrico, **no lo hizo con base en los diferentes servicios de radiocomunicación, sino que eligió, en esencia, el tipo de banda de frecuencia, tan es así que pretendió ‘homologar los cobros de derechos que deben cubrirse cuando utilicen el mismo tipo de bandas de frecuencias.’**”**

la utilidad del espectro radioeléctrico por parte de los particulares, puesto que el vicio de inconstitucionalidad fue atribuible al artículo 244-A, fracción IV, de la misma ley, no en sí a los primeros o a la disposición transitoria.

Entonces, si la quejosa tributa, según los antecedentes narrados en la demanda de amparo, en el artículo 244-B de la Ley Federal de Derechos, no puede afectarle el trato desigual que existe con el diverso 244-A de la ley, a que hace referencia la norma transitoria, pues ella está obligada a cubrir el derecho en un sistema en que se graduó correctamente la cuota tributaria; en cambio, a los concesionarios o permisionarios que contribuyen al tenor de este último precepto sí les depara un perjuicio el trato diverso, al tributar en un esquema donde la cuota impositiva no se sustenta en parámetros de medición objetivos.

En ese tenor, los únicos que pueden plantear la afectación por el trato diferente que otorgan los artículos 244-A, 244-B, en función del diverso Décimo, fracción XVII, de las disposiciones transitorias, son los concesionarios o permisionarios que tributan en el primer numeral, en la medida de que la cuota tributaria para ellos es inconstitucional, pero los que se ubican en el segundo de los preceptos en nada afecta a su esfera jurídica el desigual trato que otorga la ley, porque ellos, si bien tienen una distinta manera de calcular el monto a pagar, es correcta esta graduación a partir de los criterios sustentados por ambas Salas. De permitirse ahora impugnar la constitucionalidad del artículo 244-B de la Ley Federal de Derechos, por el simple trato diverso con el artículo 244-A de la misma ley, sería tanto como analizar en el juicio de amparo un problema de equidad en donde el quejoso que se ubica en la hipótesis de exención reclame que no se le da el mismo trato que

los contribuyentes que pagan el tributo, lo cual sería jurídicamente inaceptable porque eso en nada lo agravia.

Lo mismo acontece en el presente asunto, quienes tributen con base en el artículo 244-A de la Ley Federal de Derechos tienen legitimación para plantear un problema de equidad en relación con los demás contribuyentes previstos en los artículos 244-B, 244-C y 244-D, pues el primero cuantifica incorrectamente la cuota que se pagará por el uso o aprovechamiento del espectro radioeléctrico, pero no puede suceder a la inversa, como lo pretendió la quejosa en el presente asunto, pues donde ella tributa se cuantificó bien la cuota respectiva, de modo que no cabría la posibilidad de que se le dé el mismo tratamiento.

En conclusión, estimo fundado el argumento del Presidente de la República en cuanto sostiene: *“que no se actualiza la supuesta inequidad a que hace referencia el A quo en el considerando quinto de esa sentencia que se combate ya que es exactamente incongruente, ya que no es procedente comparar el supuesto establecido para el cobro de los derechos en el artículo 244-A, fracción IV, de la Ley Federal de Derechos, con el establecido en el artículo 244-B, del mismo ordenamiento jurídico”* y, por ende, debieron declararse inoperantes los conceptos de violación que la quejosa planteó en este sentido en la demanda de amparo, en lugar de estudiar el fondo de la cuestión litigiosa.

**ATENTAMENTE**

**MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS.**