

# **El reconocimiento de la autoridad auxiliar de la FCC por la Corte Suprema de los Estados Unidos: convergencia con la aplicación de la teoría de los poderes implícitos en el derecho brasileño**

**Elena Carlos**

University of Seville

Correo electrónico: [carlos33@gmail.com](mailto:carlos33@gmail.com)

## **Resumen**

Este informe compara los institutos de autoridad auxiliar y los poderes implícitos en el desarrollo de la teoría sobre las competencias administrativas de las agencias reguladoras brasileñas. La delimitación de la competencia auxiliar de la FCC se describió con base en sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos y la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia. Se presentaron lecciones doctrinales y manifestaciones de Ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil sobre el reconocimiento de facultades implícitas al necesario cumplimiento de los deberes legales. Resultados – Se demostró la confluencia de estos dos enfoques teóricos para el reconocimiento de competencias no expresadas directamente por las agencias reguladoras. El trabajo contribuye para el reconocimiento de competencias de la agencia reguladora de telecomunicaciones brasileña que, aunque no previstas expresamente, emergen como un imperativo para el cumplimiento de las responsabilidades directamente asignadas por ley a esa autarquía. El artículo presenta un instituto jurídico vigente en la tradición norteamericana cuya aplicación al área de las telecomunicaciones brasileñas aún no ha sido establecida, a pesar de su compatibilidad con conceptos ya aceptados en el derecho brasileño.

**Palabras clave:** regulación; autoridad auxiliar; poderes implícitos; Brasil; Estados Unidos de América.



## **A. INTRODUCCIÓN**

En campos siempre en transformación provocados por los rápidos cambios tecnológicos y de mercado, como el de las telecomunicaciones, pueden surgir dudas sobre las facultades de los organismos reguladores en nuevos sectores y actividades no previstas expresamente en las reglas anteriores para la creación y atribuciones de estos organismos. Existen precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos que reconocieron la competencia de la Comisión Federal de Comunicaciones – FCC para regular sectores y actividades no mencionadas directa y expresamente en su ley de creación y disciplina de sus facultades y actuación: la Communications Act de 1934. Esta facultad fue reconocida como un medio necesario y auxiliar para el cumplimiento de las responsabilidades asignadas a la Comisión por ese mismo diploma. La noción de competencia cuyo ejercicio requiere el reconocimiento de facultades implícitamente

requeridas para el ejercicio de funciones administrativas encuentra resonancia en el derecho brasileño. Este artículo trata precisamente de la cuestión de la similitud de los institutos de autoridad auxiliar desarrollados en el derecho norteamericano, y de los poderes implícitos presentes en la literatura jurídica brasileña, consciente de la afirmación doctrinal actual en los estudios de derecho constitucional brasileño, que correlacionan la doctrina de los poderes implícitos a la doctrina de los poderes inherentes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

La Ley de Comunicaciones de 1934 precedió al advenimiento de CATV y la televisión por cable. Así, como era de esperarse, dicha ley no contempló originalmente normas expresas para la regulación de este medio de telecomunicaciones.<sup>4</sup> Esta situación se mantuvo en la época de los casos aquí presentados, como lo denotan las manifestaciones de los relatores<sup>5</sup> de las respectivas sentencias. Los sistemas CATV recibían señales de televisión abierta y las amplificaban para retransmitirlas por cable o microondas. Estos sistemas de CATV no remuneraban a los productores o distribuidores de programas de televisión abierta y, en general, cobraban una contraprestación pecuniaria a sus clientes. En un principio y en general, CATV no producía su propia programación. Los sistemas CATV se establecieron inicialmente de forma no comercial en 1949. Sin embargo, el primer sistema comercial se estableció en 1950. Desde entonces, el sector ha experimentado un crecimiento explosivo. A fines de la década de 1950, había 550 sistemas que servían a 2 millones de personas. En 1965 había 1.857 sistemas en operación, más 758 ya licenciados y 938 solicitudes de licencia. Además, en 1959, sólo 50 sistemas operaban en microondas y sus señales alcanzaban un máximo de 300 millas. En 1964 había 250 usando microondas y las señales superaban las 665 millas. Los sistemas CATV cumplieron una o ambas de las siguientes funciones: a) proporcionar la recepción de señales de televisión abierta en lugares donde esto no era posible de otra manera; b) señales transmitidas desde estaciones distantes a antenas locales. A medida que aumentó el número y el alcance de los sistemas CATV, la función principal se convirtió en la importación de señales desde estaciones distantes. Así, aunque originalmente sirvieron como ayudas de distribución local para áreas aisladas y terreno adverso a la recepción de señales abiertas, los sistemas CATV se han extendido a áreas metropolitanas. Ahora estaban en camino de convertirse en un nuevo sistema de comunicaciones a nivel nacional en el que las señales de televisión podrían transmitirse a las áreas metropolitanas de todo el país. La voluntad de la FCC de regular los CATV ha cambiado a lo largo de los años de expansión del servicio. En 1959, la FCC entendió que las CATV no serían emisoras (broadcasters), como la televisión abierta, ni poseedoras de infraestructura esencial (common carriers), por lo que no encajaban entre las actividades entonces expresamente disciplinadas en la Ley de Comunicaciones de 1934 y sujetas a su reglamento. También consideró que, sin perjuicio de los supuestos impactos de las CATV en la televisión abierta, no sería posible determinar de antemano los efectos de ésta. Luego sugirió que el asunto fuera disciplinado por el Congreso, lo que no sucedió a pesar de un intento de enmendar la Ley de Comunicaciones de 1934.

En 1962, al reevaluar la importancia de los CATV para sus poderes regulatorios, la FCC admitió que la probabilidad de efectos adversos de la competencia con los CATV en las audiencias y los ingresos de la televisión abierta local se había vuelto sustancial y ya no podía ignorarse. La agencia impuso entonces dos reglas: a) los CATV debían retransmitir las señales de

todas las estaciones ubicadas en las áreas a las que transmitían (regla de transporte); b) Las CATV no podrán duplicar la programación de estas televisiones locales en el período de 15 días antes y después de la transmisión local (regla de no duplicación). Luego de audiencias celebradas en 1965 y luego de argumentar que la Ley de Comunicaciones de 1934 le otorgaba autoridad reguladora sobre todas las formas de CATV, ya sea por microondas o por cable, la FCC prohibió que los CATV transportaran señales desde estaciones distantes a los 100 principales mercados de televisión abierta. Se harían excepciones para los servicios que ya estaban en funcionamiento antes del 15/2/1966 o cuando la FCC considerara que la transmisión sería compatible con el interés público, en particular con el establecimiento y mantenimiento del servicio de televisión en abierto en el área a ser servido por un CATV. En ese momento, la FCC creó procedimientos sumarios para la aplicación de estas reglas.

## B. MÉTODO

Poco después de que se emitiera la regla que restringía las señales de larga distancia a través de CATV a los principales mercados de televisión, Midwest Television presentó una demanda ante la FCC contra Southwestern Cable Co. de señales de Los Ángeles a San Diego. Siendo San Diego, en ese momento, el mercado televisivo número 54 en Estados Unidos, la FCC, entendiendo que no habría forma de reconocer el interés público para justificar la cuestionada importación de señales, restringió la posibilidad de transmisión de CATV por parte de Southwestern Cable Co. a áreas donde ya operaba este servicio hasta el 15/02/1966, lo que excluiría el área de San Diego. El caso se presentó ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, que sostuvo que, en virtud de la Ley de Comunicaciones de 1934, la FCC carecía de la autoridad para implementar tal restricción. El punto a destacar, para efectos de este trabajo, reside en el análisis y las respuestas de la Corte Suprema a la pregunta de si, bajo la Ley de Comunicaciones de 1934, la FCC tenía competencia para regular los servicios de CATV. Así, argumentando que las características de los CATV, reconocidas por la propia FCC, en 1959, no encajaban perfectamente en las categorías de operadores comunes o de radiodifusión, luego mencionadas expresamente en la Ley de Comunicaciones de 1934 como aquellas sujetas a la regulación de la FCC, no estar cubierto por este estatuto y, por lo tanto, no podría ser regulado por la FCC. El Tribunal Supremo, sin embargo, recordó que la competencia de la FCC para regular los servicios de radiodifusión y otras formas de telecomunicaciones derivaba de la Communications Act de 1934, que, como expresamente disponía, se aplicaría a todas las telecomunicaciones interestatales e internacionales. También señaló que las responsabilidades que el diplomado le asigna a la FCC no serían más estrechas que el campo de aplicación de sus reglas, ya que la Comisión trabajaría para que las telecomunicaciones fueran accesibles a todo el pueblo de los Estados Unidos, rápidas, eficientes y en un escala nacional y mundial.

La Corte Suprema resaltó entonces que nada en el texto o en la historia de la preparación de la Ley de Comunicaciones de 1934 limitaba la competencia de la FCC a aquellas actividades y modalidades de telecomunicaciones específicamente descritas en ella y, además, los sistemas CATV estarían incluidos en las amplias definiciones de telecomunicaciones alámbricas o por radiodifusión allí establecidas. Para la Corte Suprema, como se muestra en el mensaje del

presidente Roosevelt que remitió la legislación propuesta y en los informes de los comités que la analizaron en el Congreso, al editar la Ley de Comunicaciones de 1934, se intentó darle a la FCC una identidad unificada y autoridad integral sobre todas las formas de telecomunicaciones, a fin de mantener bajo control administrativo apropiado los aspectos dinámicos de las telecomunicaciones. Así, aunque en ese momento no se podía prever el rápido crecimiento de los sistemas de CATV, la Ley de Comunicaciones de 1934 dotó a los procesos regulatorios de suficiente flexibilidad para adaptarse a la rápida evolución del sector. La Corte Suprema también determinó que, para cumplir con las responsabilidades de la Comisión relacionadas con la distribución equitativa de los servicios de radiodifusión en virtud de la Ley de Comunicaciones de 1934 y su papel en el desarrollo y preservación de los sistemas de radiodifusión locales, era imperativo reconocer la autoridad reguladora de la FCC sobre CATV, ya que la importación de señales de televisores distantes podría desalentar la actividad de transmisión local. La Corte Suprema concluyó que la autoridad de la FCC sobre todas las telecomunicaciones interestatales por cable o radio, conferida en virtud de la Ley de Comunicaciones de 1934, le permitía regular los sistemas CATV, pero enfatizó que esta autoridad debería limitarse a lo que fuera razonablemente auxiliar para el cumplimiento efectivo de las responsabilidades de la Comisión para regular la radiodifusión. Este caso también abordó la competencia de la FCC para regular los servicios de Televisión Antena Comunitaria (CATV) y siguió la guía del caso precedente antes mencionado, Estados Unidos v. Southwestern Cable Co., de 1968, cuando la Corte Suprema reconoció la competencia regulatoria de la FCC sobre tales servicios, siempre que se restringiera a lo razonablemente auxiliar al cumplimiento de sus deberes legales.

Al momento de dictarse esta sentencia, se mencionó el continuo crecimiento en el número de sistemas de CATV, que ya sumaban 2.678 en operación, 1.916 licenciados aunque inoperativos y 2.804 solicitudes de licenciamiento. También se destacó que la evolución de los sistemas de cable, ya con capacidad multicanal, permitiría ofrecer nuevos y variados servicios, como fax, correo electrónico y transmisión de datos (reproducción de documentos en facsímil, envío de correo electrónico y recuperación de información). Se señaló entonces que, por estas razones, la FCC, todavía en 1972, pero después de la publicación de la norma evaluada en este caso, había adoptado el término televisión por cable en lugar de CATV. Esta vez, la norma en cuestión, además de reforzar la obligatoriedad de que las CATV operen en la transmisión y distribución de contenidos locales, pretendía impulsar a estas CATV a actuar también como productoras de nuevos programas, en tanto comenzaba a exigir que fueran equipado para crear nuevos programas (regla de origen del programa). Poco después de la sentencia de Estados Unidos v. Southwestern Cable Co., 1968, la FCC inició procedimientos para explorar alternativas sobre cómo los CATV podrían servir mejor al público, especialmente en términos de actuar como vehículos para la autoexpresión de la comunidad a través de la producción de programas locales. Al final del proceso, la Comisión, el 24/10/1969, editó una regla, aplicable a las CATV con 3,500 o más suscriptores, que las obligaba a operar como distribuidoras de contenido local y a contar con equipos para la producción de programas locales. , bajo Lástima que no puedan transmitir las señales de televisión abierta. Para la FCC, esta regla estaría en sintonía con el propósito principal de su creación, de conformidad con la Ley de Comunicaciones de 1934, para hacer accesibles los servicios de comunicación por radio o cable a todo el pueblo estadounidense, además de cumplir con otros objetivos también previstos. en el citado estatuto, para fomentar el uso más eficaz de la

radio en el interés público y promover la distribución equitativa de los servicios de televisión entre los diversos estados y comunidades. Ante la provocación de Midwest Video Corp., la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito anuló la regla, entendiendo que la FCC carecía de competencia para imponerla, ya que las disposiciones irían mucho más allá del límite dado por el criterio de lo que sería razonablemente subsidiario a las responsabilidades y objetivos de creación de la Comisión. Como ya se señaló, a medida que se ampliaron los usos potenciales de los servicios de los entonces conocidos CATV, la FCC comenzó a adoptar el término más amplio televisión por cable para referirse a esta actividad que ya se presentaba como una nueva industria de las telecomunicaciones. En mayo de 1976, la FCC emitió una regla imponiendo que los sistemas de televisión por cable con más de 3,500 suscriptores y que transmitieran señales de televisión abierta tuvieran capacidad para al menos 20 canales y dedicar uno a cuatro de estos canales para el acceso de terceros, en particular, por entidades públicas, instituciones educativas, gobiernos locales o arrendadores de accesos (usuarios públicos, educativos, de gobiernos locales y de acceso arrendado), además de disponer de todo el equipamiento necesario para tal fin. Bajo estas reglas, la televisión por cable no tendría elección sobre quién usaría los canales de acceso dedicados o control sobre lo que se transmitiría en ellos. También se regularon los montos que podrían cobrarse por el uso de estos canales de acceso y las instalaciones y equipos de los operadores de televisión por cable. La FCC entendió que estas reglas impondrían una carga menor que la regla de generar programación propia para llevar a cabo los fines legales para los cuales fue creada la Comisión, entre ellos los consagrados en el caso Estados Unidos v. Midwest Video Corp., 1972, para aumentar la cantidad de vehículos para la autoexpresión en las comunidades locales, así como programas y tipos de servicios para que el público elija.

Para la Comisión, la oferta de canales de acceso representaría un bien social y la normativa en este sentido se guiaba por los objetivos que debía perseguir en la actividad de regular la radiodifusión, de manera similar a los que así reconoció la Corte Suprema en el anterior casos Estados Unidos v. Southwestern Cable Co., 1968, y Estados Unidos v. Midwest Video Corp, desde 1972. Midwest Video Corp. protestó alegando que los requisitos de acceso a los canales dedicados a los usuarios especificados por la FCC y sin que los operadores de televisión por cable pudieran seleccionar a estos usuarios o controlar la programación emitida por ellos implicaba un grado considerable de sustracción de autonomía editorial y la imposición de obligaciones típicamente exigibles contra los titulares de infraestructura esencial (compañías comunes), lo que sería contrario a la exclusión expresa de los radiodifusores de la definición de titulares de infraestructura esencial (compañías comunes) dada por la Ley de Comunicaciones de 1934<sup>15</sup>. de acceso configuró una interferencia en las operaciones de cable televisión cualitativamente diferente de aquellas reglas reconocidas como válidas en los casos United States v. Southwestern Cable Co., 1968, y Estados Unidos v. Midwest Video Corp., 1972. Para la Comisión, dado que las reglas estaban relacionadas con el logro, en términos razonables, de los objetivos para los cuales fue establecida su autoridad, no podían ser consideradas como exorbitantes de su competencia por el solo hecho de identificarse con la naturaleza de las normas que afectan a la regulación de los transportistas comunes. Para la FCC, el factor decisivo fue que las reglas adoptadas promovieron sus objetivos legales. En cuanto a los valores de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos<sup>16</sup>, para la FCC, en cuanto a la regulación de la radiodifusión y actividades afines, serían honrados por las medidas que favorecieran la circulación de ideas. La

Corte de Apelaciones del Octavo Circuito invalidó las reglas de acceso, aforo e instalaciones en discusión, por entender que atentan contra un mandato legal expreso, prohibiendo la extensión a la actividad afín a la de los radiodifusores, como en este caso, televisión por cable, tratamiento de portador común. Dicho esto, la Corte concluyó que las reglas discutidas en Estados Unidos v. Corporación de Video del Medio Oeste. de 1979 no sería razonablemente auxiliar a la autoridad de la FCC para regular la actividad de radiodifusión. Para la Corte de Apelaciones, tales reglas también equivalían a ofensas graves contra la Primera Enmienda.

En este caso, la decisión de la mayoría<sup>17</sup> de la Corte Suprema fue reafirmar la decisión de la Corte de Apelaciones, señalando que la llamada autoridad auxiliar no sería ilimitada y no podría desconocer las disposiciones de la Ley de Comunicaciones de 1934 que protegían la libertad editorial de los radiodifusores y, por extensión, también de los operadores de televisión por cable. La Corte Suprema confirmó el argumento de Midwest Video Corp. que las reglas de acceso a los canales de cable extrapolaban el ámbito de competencia de la FCC reconocido en sentencias anteriores sobre la actividad de las CATV. Para la Corte Suprema, a diferencia de esas otras normas, las reglas de acceso suponían una elisión del control de los operadores de televisión por cable sobre el contenido de la programación que debían transmitir, relegándolos, en estas situaciones, a la condición de common carriers. La Corte Suprema señaló que, en la Ley de Comunicaciones de 1934, había un lenguaje que estipulaba inequívocamente que las emisoras no deberían ser tratadas como portadoras comunes, lo que sería consistente con los propósitos de la misma ley, como se reconoció en un caso anterior, Columbia Broadcasting sistema, inc. v. Comité Nacional Demócrata<sup>18</sup>, para preservar para la emisora autorizada el control editorial de la programación sin interferencia de la FCC. Según la decisión de la Corte Suprema, tal protección a la libertad periodística no sería aplicable sólo a las emisoras y no vería mermada su fuerza por la innovación tecnológica que trajo consigo la televisión por cable que, al igual que la televisión abierta, debería haber preservado la discrecionalidad en cuanto a la programación que presenta. transmisiones. Denominada televisión digital e identificada por las siglas DTV, la televisión digital representó una importante evolución tecnológica al permitir la transmisión de más información a través de un canal del espectro electromagnético de lo que sería posible a través de la televisión analógica. De esta forma, la televisión analógica hizo posible la transmisión de señales de vídeo de muy alta calidad, lo que se conoce como televisión de alta definición, o contenidos múltiples y simultáneos de vídeo, voz y datos en el mismo rango de frecuencias utilizado tradicionalmente para una única transmisión. Según las normas de la FCC y del Congreso, la transmisión analógica debería cerrarse por completo a finales de 2006. Todos los receptores de señales de televisión digital, fabricados a partir de julio de 2005, reconocerían un código incrustado en la transmisión y eso impediría la redistribución de contenidos. El código se denominó bandera de radiodifusión, razón por la cual las referidas normas se denominaron reglamentos de bandera de radiodifusión o reglas de bandera de radiodifusión u Orden de Bandera. El código de bandera de transmisión está diseñado para afectar solo a los receptores después de que se haya completado toda la transmisión.

## C. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Entendiendo que la tecnología de la televisión digital conllevaba el riesgo de una redistribución masiva no autorizada de las señales de los organismos de radiodifusión y, por lo tanto, disuadiéndolos de producir contenido de alto valor, la FCC emitió la Orden de bandera con el argumento de que era necesario preservar la viabilidad económica de la televisión abierta (más de -la televisión por aire) y no perjudicaría el disfrute del consumidor de los servicios de estas empresas. Al justificar la adopción de regulaciones de banderas de radiodifusión, la FCC no se refirió a ninguna disposición expresa y basó su competencia para editar las reglas de banderas de radiodifusión solo en su competencia auxiliar que resulta del Título I de la Ley de Comunicaciones de 1934. La Comisión, por mayoría<sup>21</sup>, entendió que las normas serían razonablemente accesorias a su competencia para garantizar la diversidad de contenidos en la programación televisiva y promover la transición de la transmisión analógica a la digital. Ante el tribunal, la Comisión recordó que tenía la facultad de dictar normas que hicieran efectivos sus objetivos legales, incluso en ausencia de una disposición expresa sobre la materia específica regulada. En este sentido, la FCC se ha basado únicamente en las disposiciones del Título I de la Ley de Comunicaciones de 1934 que le otorgaba autoridad sobre todas las comunicaciones por radio o cable y que incluía en la definición de comunicación por radio no solo la transmisión de señales sino también todos instrumentos, equipos y aparatos relacionados con todo el ciclo de emisión y captación de señales, incluidos los receptores de televisión digital. La Asociación Estadounidense de Bibliotecas alegó que las reglas de la bandera de transmisión no se ocupaban de la transmisión interestatal como se define en el Título I de la Ley de Comunicaciones de 1934, ya que el código en sí (la bandera) no era necesario para la transmisión y la forma en que se transmitía era no modificada daría recepción y no tendría efecto hasta que se terminara toda transferencia de señales digitales. La decisión de la FCC fue impugnada con argumentos en el sentido de que: 1) la FCC carecía de competencia para imponer que los dispositivos de recepción se fabriquen con un dispositivo para reconocer la bandera de transmisión; 2) las normas chocarían con las reglas de la ley de propiedad intelectual; y 3) la medida hubiera sido arbitraria. También se alegó que la autoridad auxiliar no sería ilimitada y que la FCC no podría regular una actividad que no caracterizaría la comunicación interestatal por radio o cable y, además, que las reglas cuestionadas no se ocupaban de la transmisión de señales digitales, sino de el uso del contenido transmitido después de que se complete su recepción. Por tanto, con estos argumentos se sosténía que la FCC habría extrapolado los límites de sus competencias expresas o accesorias. Recordando el axioma de que las agencias reguladoras (organismos administrativos) sólo pueden regular materias dentro de las atribuciones que les delega el Congreso, la Cámara de Apelaciones se refirió a otras decisiones de la Corte Suprema que ratificaron el entendimiento de que los organismos sólo pueden actuar con base en competencias expresas sobre , o en el ejercicio razonable de la autoridad accesoria a sus objetivos legales. Sin embargo, la Corte de Apelaciones enfatizó que, de acuerdo con las decisiones de la Corte Suprema descritas en este trabajo, el ejercicio lícito de la potestad accesoria requería que el acto normativo fundado en ella cumpliera dos condiciones: la materia regulada debía estar dentro de las competencias y objetivos establecidos en el Título I de la Ley de Comunicaciones de 1934; y el contenido de las reglas debe

ser razonablemente auxiliar para el desempeño efectivo de las responsabilidades legales expresas de la FCC. Para la Corte de Apelaciones, las facultades y objetivos generales de la FCC definidos en el Título I de la Ley de Comunicaciones de 1934 alcanzarían a la regulación de los dispositivos para recibir señales de televisión, pero solo en lo que respecta a la función de estos dispositivos en el proceso de recepción en sí. Al señalar que, en la definición de comunicación por radio, ese estatuto se referiría solo a instrumentos, equipos y dispositivos relacionados con la transmisión, el Tribunal de Apelaciones declaró que la FCC no podía garantizar el funcionamiento de estos dispositivos después de que se completara la transmisión. También afirmó que la medida adoptada por la FCC habría excedido el alcance de la autoridad que le delegó el Congreso y, por lo tanto, no habría cumplido con la primera condición para el ejercicio de la autoridad accesoria, ya que la Orden de Bandera no se ocupaba específicamente de servicios de seguridad comunicación por radio o cable.

El Tribunal de Apelaciones señaló que su entendimiento también estaba respaldado por el contenido y la redacción de otros estatutos de telecomunicaciones, la Ley de Receptores de Canales de 1962 y la Ley de Enmiendas de Comunicaciones de 1982, por lo que quedó claro que el Congreso nunca confirió a la FCC el poder para regular el uso por parte de los consumidores de los equipos de recepción de televisión una vez finalizada la transmisión de señales por parte de los organismos de radiodifusión. Finalmente, coincidiendo con los argumentos de la American Library Association de que la FCC habría excedido los límites de sus competencias, la Corte de Apelaciones anuló las reglas de la bandera de transmisión. En este caso, se trataba de decidir si la FCC tenía o no autoridad sobre las prácticas de gestión de red de los proveedores de Internet por cable. Más concretamente, se atendió a la competencia de la Comisión para regular la interferencia del proveedor en el uso de la red por parte de los consumidores en el tráfico de información peer-to-peer<sup>24</sup> que ocupa grandes cantidades de ancho de banda. En 2005, la FCC publicó sus políticas y principios sobre Internet en un documento conocido como Declaración de Políticas de Internet de la FCC, en el que afirmaba el derecho de los consumidores a elegir el contenido al que acceden, así como a ejecutar aplicaciones y disfrutar de los servicios disponibles en la red. red (los consumidores tienen derecho a acceder al contenido legal de Internet de su elección). En 2007, se descubrió que Comcast estaba interfiriendo con el uso del servicio de Internet de alta velocidad de sus suscriptores para aplicaciones diseñadas para intercambiar información entre pares. Las asociaciones que defienden los intereses colectivos presentaron una denuncia formal ante la FCC contra la práctica de Comcast. En respuesta, la empresa argumentó que su interferencia en el uso de programas peer-to-peer era necesaria para administrar la capacidad limitada de la red. Ao final do processo administrativo, em 2008, a FCC manifestou-se por meio de declaração de que a Comcast violara a sua Internet Policy Statement, pois: 1) havia impedido, de maneira significativa, a possibilidade dos consumidores acessarem conteúdos e usarem aplicações de su elección; y 2) tenía a su disposición varias otras opciones para administrar el tráfico de la red de una manera que no discriminaba las comunicaciones entre pares. Además de esta declaración, la FCC, ante el compromiso de Comcast de adoptar nuevas formas de gestionar la demanda de banda ancha, ordenó a la compañía que presente en detalle las medidas que adoptaría al respecto. La Comisión también planteó la posibilidad de sanción si Comcast no cumplió con su compromiso o no cumplió con las determinaciones de proporcionar información. Comcast impugnó esta orden de la FCC en el Tribunal de Apelaciones del Distrito

de Columbia, alegando, entre otras razones, que la Comisión no demostró su competencia para regular las prácticas de gestión de redes. Los argumentos sobre la competencia de la FCC, entre los llevados a juicio, fueron considerados por la Corte de Apelaciones como determinantes para la resolución del caso y en ellos radica también el interés de este trabajo. Finalmente, la FCC argumentó que podría actuar para dar efecto a cualquier disposición de la Ley de Comunicaciones de 1934 que declare la voluntad de la legislatura y que la Corte Suprema habría reconocido la responsabilidad y, en consecuencia, su competencia auxiliar para implementar las diversas metas, objetivos y políticas previstas por el Congreso y expresadas en la Ley de Comunicaciones de 1934. Comcast, en preliminar, calificó de obtener dictum, no parte de la sentencia sobre el fondo de la causa, la manifestación pendiente de la Corte Suprema en el caso Marca X., en su momento, se pronunció únicamente sobre la legalidad del marco otorgado por la FCC a los proveedores de acceso a Internet por cable como servicios de información, sin manifestar que su autoridad auxiliar confiere legitimidad a cualquier norma que edite en este campo. Comcast admitió que, dado que sus servicios de Internet podrían considerarse comunicaciones por cable y, por lo tanto, entrar dentro de las disposiciones generales de la Ley de Comunicaciones de 1934, se cumpliría la primera condición para ejercer la autoridad auxiliar de la FCC. Sin embargo, alegó que la Comisión no había demostrado que la orden impugnada cumpliera con el segundo requisito. Para Comcast, los dispositivos mencionados por la FCC para justificar sus actos serían declaraciones de política y, además de no ser normas de eficacia concreta (disposiciones operativas), no aumentarían ni conferirían facultades a la agencia, por lo que no constituirían responsabilidades jurídicas expresas. (responsabilidades establecidas por ley). En su defensa, la FCC añadió además otros dispositivos que, a su juicio, no serían declaraciones políticas, sino textos expresamente delegantes de facultades, y complementarían los fundamentos de su competencia para regular las prácticas de gestión de red por parte de los proveedores de acceso a internet por cable.

La primera de estas disposiciones, presente en la Ley de Telecomunicaciones de 1996, establece que la Comisión debe fomentar el desarrollo, en forma razonable y oportuna, de medios avanzados de telecomunicaciones para todos los estadounidenses, utilizando para ello la regulación de precios tope, o suspendiendo el requisito de ciertas reglas u otros métodos regulatorios que eliminen las barreras a la inversión en infraestructura. La Comisión también argumentó que existe subsidiariedad entre la regulación de las prácticas de gestión de redes y la disposición del Título II de la Ley de Comunicaciones de 1934 de que los precios cobrados por los transportistas comunes deben ser justos y razonables. La Comisión agregó que las prácticas de Comcast interrumpieron algunos servicios de voz por Internet (voice over Internet Protocol - VoIP) y que esto perjudicó el efecto de estos servicios en los precios de la telefonía tradicional, sujeto a los términos de la. La FCC también alegó que la transmisión de videos por Internet afecta a la industria de la radiodifusión, con influencias en la generación de programación local, la diversidad de opiniones y el atractivo de llevar señales a determinados mercados. En ese contexto, su orden a Comcast sería accesoria a su autoridad para regular los servicios de radiodifusión previstos. Finalmente, la FCC alegó que la orden a Comcast estaría relacionada con su competencia para asegurar precios razonables para los servicios de televisión por cable, ya que, en ausencia de obstáculos para acceder a videos a través de Internet, el consumidor

encontraría una alternativa al video on demand. que ofrece la televisión por cable, lo que presionaría a la baja los precios de la televisión por cable.

## D. CONCLUSIÓN

En resumen, la comparación de los institutos de autoridad auxiliar y los poderes implícitos esboza el desarrollo de una teoría que podría posibilitar el reconocimiento de competencias administrativas de las agencias reguladoras brasileñas que, aunque no estén expresamente dispuestas, emergen como un imperativo para el cumplimiento de responsabilidades directamente dados por la ley, de acuerdo con los contornos definidos en la misma legislación vigente. Se trata, por tanto, de la adecuada traducción de los institutos jurídicos de enriquecimiento argumentativo de la tradición administrativa de vínculo funcional de competencias a los efectos de una adecuada explicación interpretativa de los límites de las facultades no expresamente previstas en los instrumentos jurídicos que autorizan la actuación reglamentaria en general, y de el sector de las telecomunicaciones en particular.

## REFERENCIAS

1. Asociación Americana de Bibliotecas v. FCC 403 F. 3d 689 (2005). Corporación Comcast v. Comisión Federal de Comunicaciones 600 F. 3d 642 (2010).
2. Comisión Federal de Comunicaciones v. Corporación de Video del Medio Oeste. 440 US 589 (1979).
3. Tribunal Supremo Federal de Brasil. Auto de Mandamus No. 26.547, j. 6/6/2007, Dje del 25/09/2009.
4. Tribunal Supremo Federal de Brasil. Recurso Extraordinario N° 603.583, j. 26/10/2011, Dje del 25/05/2012.
5. Estados Unidos v. Compañía de cable del sudoeste 392 US 157 (1968).
6. Estados Unidos v. Corporación de Video del Medio Oeste. 406 US 649 (1972).