



## SERVICIO PÚBLICO Y SERVICIO UNIVERSAL EN LAS TELECOMUNICACIONES MEXICANAS. UNA TRANSICIÓN REGULATORIA INACABADA

César E. HERNÁNDEZ OCHOA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Del servicio público al servicio universal*. III. *Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones mexicanas*. IV. *Una transición regulatoria inacabada*.

### I. INTRODUCCIÓN

La figura del “servicio público”, una de las instituciones tradicionales clave del derecho administrativo, ha experimentado importantes transformaciones en el derecho comparado (especialmente el europeo) en las últimas décadas, mismas que comienzan a perfilarse de manera cada vez más evidente en el derecho mexicano. En particular, en algunos países europeos como España y Francia se observa la erosión gradual del “servicio público” tradicional, y su paulatina substitución por la novedosa institución del “servicio universal”. En el sector mexicano de las telecomunicaciones encontramos paralelismos con el proceso de cambio jurídico que observamos en el derecho comparado. Sin embargo, entre nosotros el proceso de cambio se encuentra inconcluso, no ha alcanzado a consolidarse. Más aún, el proceso de cambio institucional del servicio público al servicio universal no ha sido digerido e interpretado por la doctrina mexicana en un sentido similar al de la doctrina española o francesa. Si en las telecomunicaciones europeas el servicio universal se ha venido construyendo sobre los cimientos del servicio público, en las tele-

\* Investigador en el Centro de Investigación para el Desarrollo, A. C. (CIDAC).

comunicaciones mexicanas la construcción del servicio universal procede tímidamente y a tropezones, ignorando los antiguos fundamentos, sin reconocer la tradición del servicio público de la que surge, y sin pretender reconciliar la nueva arquitectura jurídica con la vieja.

El limbo en el que vive actualmente la regulación del servicio público y del servicio universal en México es preocupante, porque posterga el acceso de muchos mexicanos a los servicios de telecomunicaciones indispensables para su adecuado desarrollo en una sociedad moderna. En general, la regulación mexicana vigente en materia de la provisión y cobertura social de los servicios telefónicos, padece de varios defectos, pero lo más preocupante es que sus resultados son notablemente pobres: los más básicos servicios de telecomunicaciones siguen sin estar al alcance de amplios sectores de la población mexicana.

El presente ensayo se divide en tres apartados. En el primero buscaré mostrar cómo se ha dado el proceso de cambio jurídico del servicio público al servicio universal en el derecho comparado, fundamentalmente en los casos español y francés. En el segundo apartado trazaré la trayectoria del servicio público y del servicio universal en la normatividad mexicana de las telecomunicaciones, así como los problemas de política pública que se observan como consecuencia de lo que considero es una transición regulatoria inacabada. En el tercer apartado presentaré las conclusiones.

## II. DEL SERVICIO PÚBLICO AL SERVICIO UNIVERSAL

### 1. *El servicio público y el servicio universal: dos instituciones expansivas*

La institución del servicio público, muy importante en la regulación de las telecomunicaciones de algunos países durante gran parte del siglo XX, ha comenzado a transformarse y está siendo paulatinamente reemplazada en algunos sectores por el servicio universal. Para entender la interacción entre ambas instituciones jurídicas vale la pena pasar brevemente revista a sus orígenes y trayectoria.

El servicio público es una institución fundamental del derecho administrativo continental. Fruto de las ideas de los juristas franceses Léon Duguit y Gaston Jèze, y desarrollado por la jurisprudencia y la legislación francesas, el servicio público se volvió una pieza fundamental del

derecho administrativo y de la vida pública francesa.<sup>1</sup> La aparición de la institución del servicio público produjo una revolución copernicana en el derecho público europeo. Bajo esta doctrina, las potestades extraordinarias del Estado dejaron de fundarse en su autoridad soberana, y pasaron a justificarse en el servicio prestado a los individuos.<sup>2</sup>

Con el paso del tiempo, la institución administrativa del servicio público fue “recibida” por otros sistemas legales afines al francés como el español y el mexicano, incorporándose también a su doctrina, legislación y jurisprudencia.<sup>3</sup> Hoy día pueden distinguirse diversos conceptos del servicio público en diferentes sistemas jurídicos, pero entre éstos se observa una afinidad general indudable,<sup>4</sup> no muy lejana de la concepción que la doctrina francesa maduró inicialmente, conforme a la cual, en palabras de Gastón Jèze:

Decir que en un determinado caso existe un servicio público, es decir que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades

<sup>1</sup> Para un recuento relativamente reciente de la trayectoria del servicio público en Francia, véase Fournier, Jacques, *Les services publics. Analyses et réflexions*, mimeo, mayo 2001, 16 pp. Disponible en línea en [http://www.vie-publique.fr/dossier\\_polpublic/regulation\\_sp/fournier.shtml](http://www.vie-publique.fr/dossier_polpublic/regulation_sp/fournier.shtml) (liga válida al 29 de enero de 2004).

<sup>2</sup> Véase Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto de derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 83-94.

<sup>3</sup> Un recuento de la recepción del servicio público en Europa con énfasis especial en el caso del sistema jurídico español, puede consultarse en Muñoz Machado, Santiago, *Servicio público y mercado. I: Los Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 43-137. Un recuento de la recepción del servicio público en México puede encontrarse en Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (Servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995, pp. 24-30.

<sup>4</sup> En el derecho francés el servicio público es “toda actividad destinada a satisfacer una necesidad de interés general y que, por lo tanto, debe ser garantizada o controlada por la Administración...” (voz “Service public”, en Guillien, Raymond y Jean Vincent (dirs.), *Lexique de termes juridiques*, 4a. ed., Paris, Dalloz, 1978, p. 354, trad. del original en francés por el autor). En el derecho español se trata de aquella “modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de manera directa por órganos de la propia Administración creadas al efecto y con exclusión o en concurrencia de los particulares” (voz, “Servicio público”, en Fundación Tomás Moro, *Diccionario Espasa Jurídico*, Madrid, Espasa Calpe, 1998, p. 912). Finalmente, en el derecho mexicano se trata de una “institución jurídico-administrativa en la que el titular es el Estado y cuya única finalidad consiste en satisfacer de una manera regular, continua y uniforme necesidades públicas de carácter esencial, básico o fundamental” (Voz “Servicio Público” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. P-Z, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 2906).

de interés general, existe un régimen jurídico especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y los reglamentos.<sup>5</sup>

En relación a las actividades económicas e industriales, el servicio público frecuentemente ha implicado un régimen de fuerte intervención gubernamental, que ocasionalmente se ha traducido en que las actividades sujetas al servicio público sean monopolio de la administración o que estén sujetas a un régimen especial de derecho público que incluye restricciones a la entrada de particulares y competidores, controles sobre las tarifas, y obligaciones de provisión de servicio o de inversión. Este régimen de servicio público normalmente excede las normas propias de los regímenes de derecho privado aplicables a los particulares que participan en actividades económicas o industriales.

A diferencia del “servicio público” que llegó a América desde Europa, el “servicio universal” recorrió un camino inverso, se expandió desde América a Europa. El concepto se desarrolló a lo largo del siglo XX en Estados Unidos vinculado a la regulación de las telecomunicaciones. En su trayectoria histórica el servicio universal tuvo varios significados diferentes, siendo inicialmente utilizado para justificar el monopolio telefónico de ATT<sup>6</sup> o los subsidios cruzados al interior de ATT entre tipos de servicio telefónico, usuarios y regiones.<sup>7</sup> A fines del siglo XX, y particularmente con la reforma a la Ley de Telecomunicaciones de 1996, el servicio universal estadounidense se ubicó en su significado actual, como un mínimo de servicios de telecomunicaciones accesibles a los habitantes y cuyo contenido específico es definido y revisado periódicamente y al alza.<sup>8</sup> Pero la

<sup>5</sup> Gastón Jèze, citado en Parejo Alfonso, *op. cit.*, nota 2, p. 91 (trad. del original en francés de Carlos García Oviedo).

<sup>6</sup> El lema de la campaña de ATT, “un solo sistema, servicio universal”, recoge este significado inicial justificador de una integración industrial monopólica. Véase Mueller, Jr., Milton, *Universal Service: Competition, Interconnection, and Monopoly in the Making of the American Telephone System*, Boston, Mass., MIT Press y AEI Press, 1997, p. 191.

<sup>7</sup> De acuerdo a Thomas G. Krattenmaker, el “servicio universal se convirtió en el término utilizado para describir y justificar la práctica de subsidiar a los residentes de zonas apartadas o poco pobladas a través del cobro de tarifas muy por arriba de costos a los residentes de zonas urbanas y a los usuarios de rutas de uso intenso.” Krattenmaker, Thomas G., *Telecommunications Law and Policy*, 2a. ed., Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 1998, p. 352 (trad. del original en inglés por el autor).

<sup>8</sup> En ese tenor, la sección 254 de la Ley de Telecomunicaciones de 1996 de Estados Unidos definió al servicio universal como “un nivel de servicios de telecomunicaciones que la Comisión [Federal de Comunicaciones] establecerá periódicamente... tomando en

institución estadounidense del servicio universal no se limitó a definir un objetivo, sino que lo acompañó con los indispensables “dientes”. Por ello, los estadounidenses establecieron en la referida ley una obligación de financiamiento del servicio universal a cargo de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.<sup>9</sup> Asimismo, las autoridades administrativas introdujeron un elemento crucial para el desarrollo futuro de la institución del servicio universal: la neutralidad competitiva.<sup>10</sup>

A la par que la competencia se fue extendiendo en los sectores de las telecomunicaciones alrededor del mundo, la institución del servicio universal encontró eco en la normatividad de otros países,<sup>11</sup> en los instrumentos internacionales de la Comunidad Europea,<sup>12</sup> en los de la Organización Mundial del Comercio, y en los documentos y recomendaciones de organismos internacionales especializados en la materia.<sup>13</sup>

## 2. La recepción del servicio universal en Europa

En Europa, la transformación jurídica del servicio público al servicio universal se dio como consecuencia de la aplicación de normas del derecho comunitario europeo, en particular del artículo 90 (ahora 86) del Tra-

cuenta los avances en los servicios y tecnologías de información y telecomunicaciones.” Section 254 (c) (1), *Telecommunications Act of 1996* (trad. del original en inglés por el autor).

<sup>9</sup> “Todos los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberá contribuir de manera equitativa y no discriminatoria, a la preservación y desarrollo del servicio universal”. Section 254 (b) (4), *Telecommunications Act of 1996* (trad. del original en inglés por el autor).

<sup>10</sup> Curiosamente, este elemento no fue producto de la Ley estadounidense de 1996, sino de una recomendación del Consejo Conjunto sobre Servicio Universal (*Joint Board on Universal Service*), aceptada por el regulador estadounidense. Véase Krattenmaker, *op. cit.*, nota 7, p. 465.

<sup>11</sup> Véase Carril, Héctor Mario (coord.) y Graciela Mealla (redactora), *El servicio universal en las Américas*, Washington, Comisión Interamericana de Telecomunicaciones, febrero de 2000.

<sup>12</sup> Una buena recopilación de las Directivas (y otras normas) de la Comunidad Europea en materia de telecomunicaciones (hasta 1998), incluyendo un buen índice con referencias al servicio universal puede consultarse en Watson, Christopher y Wheadon, Tom (ambos del despacho jurídico Simmons & Simmons), *Telecommunications. The EU Law*, Embridge, Reino Unido, Palladian Law Publishing, 1999.

<sup>13</sup> Véase Unión Internacional de Telecomunicaciones, *Informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones 1998. Acceso Universal*, Ginebra, UIT, 1998.

tado de Roma, que impedía que se preservaran los privilegios jurídicos de las empresas públicas, exigía que se les sujetara a la disciplina de las normas de competencia económica aplicables a empresas privadas, y permitía a la Comisión Europea emitir directivas en esta materia que los estados miembros estarían obligados a acatar.<sup>14</sup>

La aplicación de la norma comunitaria referida poco a poco comenzó a afectar el funcionamiento de los servicios públicos comerciales e industriales de los países miembros de la Comunidad Europea. Su primer impacto se dio vía la jurisprudencia comunitaria,<sup>15</sup> pero su impacto definitivo tuvo lugar a través de las Directivas Comunitarias en el sector de las telecomunicaciones que comenzaron a exigir que la legislación y reglamentación nacional del sector telecomunicaciones se ajustaran a las normas y disciplinas comunitarias asociadas a la institución del servicio universal. Estas directivas fueron incorporando la definición del servicio universal en el derecho comunitario europeo y en el de los estados miembros de la comunidad.<sup>16</sup> La última norma comunitaria en la materia, la Directiva de Servicio Universal en materia de telecomunicaciones del 2002<sup>17</sup> provocó la más reciente modificación al Código Postal y de Telecomunicaciones francés al inicio del 2004<sup>18</sup> y la expedición de la

<sup>14</sup> Véase artículo 90 (ahora 86) (1), (2) y (3) del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, subsecuentemente enmendado (en lo sucesivo Tratado de Roma).

<sup>15</sup> En aplicación de las normas procompetitivas del Tratado de Roma, las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea comenzaron a exigir la igualación del comportamiento mercantil de las empresas públicas (*i. e.*, los servicios públicos industriales y comerciales) y las privadas, así como a aplicar el derecho de la competencia a los reglamentos y actos de las Administraciones nacionales. Véase el recuento de este proceso (hasta 1997) en Muñoz Machado, Santiago, *op. cit.*, nota 3, pp. 167-217.

<sup>16</sup> La norma comunitaria que introdujo el concepto de “servicio universal” es la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 28 de junio de 1990 relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones (90/387/CEE), publicada en el *Diario Oficial* núm. L 192 de 24/07/1990 p. 0001-0009 de la Unión Europea.

<sup>17</sup> Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), publicada en el *Diario Oficial* núm. L 108 de 24/04/2002 p. 0051-0077 de la Unión Europea.

<sup>18</sup> Loi n° 2003-1365 del 31 de diciembre de 2003, publicada en el *Journal Officiel* francés del 1o. de enero de 2004 (esta Ley modificó el capítulo tercero sobre obligaciones de servicio público del Código Postal y de Telecomunicaciones francés).

nueva Ley General de Telecomunicaciones española de noviembre de 2003.<sup>19</sup> Ambas reformas legislativas mostraron la decisión de Francia y España de introducir en su sector de telecomunicaciones la institución del servicio universal moderno.

La reformulación del servicio público en el sector de las telecomunicaciones de Europa ha ido de la mano con la eliminación de la concesión como título habilitante y su sustitución por un régimen de autorizaciones generales y particulares.<sup>20</sup> En este sentido, las Directivas de Servicio Universal han ido en la Europa comunitaria de la mano de las llamadas Directivas de Licencias. En el caso español, por ejemplo, el uso de la figura de la concesión para la prestación de servicios telefónicos se abandonó en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones a raíz de la Directiva 97/13/CE,<sup>21</sup> sustituyéndose por el uso de una menos restrictiva licencia individual.<sup>22</sup> Más recientemente, en su nueva Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, obligados por la Directiva 2002/20/CE,<sup>23</sup> los españoles abandonaron incluso el uso de la licencia individual para la prestación del servicio telefónico, sustituyéndola por una autorización concedida con carácter general e inmediato por la ley (previa notificación a la autoridad del inicio de prestación del servicio).<sup>24</sup> La figura de la concesión —estrechamente ligada al concepto tradicional del servicio público— ha dejado de existir en el derecho español de las telecomunicaciones a la par que ha avanzado el nuevo servicio universal.

En cualquier caso, debe destacarse que la novedad europea no fue la recepción del modelo de servicio universal y sus instituciones caracterís-

<sup>19</sup> Ley 32/2003 del 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (el capítulo I, del título III, de esta Ley regula las obligaciones de servicio público, e incluye en su sección 2a. la regulación del servicio universal).

<sup>20</sup> Sobre este proceso ver en general Cuétara Martínez, Juan Miguel de la, Tzana Zago Pavesa y Ariño Sánchez, Rafael, *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Granada, Comares, 2000.

<sup>21</sup> Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones.

<sup>22</sup> Véase artículo 15 (2), Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones de España.

<sup>23</sup> Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>24</sup> Véase Exposición de Motivos, I, Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones de España. Véase también artículo 60. (2), de esa Ley.

ticas (ese fue y es un proceso que se repite en múltiples jurisdicciones), sino la adaptación de ese modelo dentro del molde continental del servicio público. Los juristas españoles y franceses que realizaron dicha adaptación no siguieron la misma ruta conceptual, ni llegaron a las mismas conclusiones, pero muchos de los más prestigiados administrativistas de ambos países acabaron compartiendo un mínimo común denominador que sirvió de respaldo doctrinal a las soluciones legislativas nacionales: el servicio público y el servicio universal son dos instituciones jurídicamente compatibles y armonizables.

### A. *La recepción del servicio universal en España*

Inicialmente, la irrupción del servicio universal en la normatividad española llevó a algunos autores a declarar prematuramente la muerte del servicio público.<sup>25</sup> Pero el acta doctrinal de defunción no dejó de ser principalmente retórica y preliminar. Con el tiempo, una parte importante de la doctrina administrativa española —incluyendo al signatario del acta de defunción— se apresuró a moverse en otra dirección: la de caracterizar al servicio universal del sector de las telecomunicaciones como el nuevo servicio público.<sup>26</sup>

Para algunos, la decisión de parte de la doctrina española de proclamar al servicio universal como el nuevo servicio público reflejaba una mera necesidad psicológica de darle continuidad al lenguaje tradicional.<sup>27</sup> Pero

<sup>25</sup> Gaspar Ariño Ortiz, proclamaba en 1997: “El servicio público fue un instrumento de progreso, y también de socialización, especialmente en los Estados pobres de Europa, que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy... hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, por si de esta forma pudiésemos mantenerlo vivo”. Ariño Ortiz, Gaspar, “Servicio Público y Servicio Universal en las Telecomunicaciones”, en Cremades, Javier (coord.), *Derecho de las Telecomunicaciones*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 757 y 758.

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, Fernando Pablo, Marcos M., *Derecho general de las telecomunicaciones*, Madrid, Colex, 1998, p. 211; Ariño Ortiz, Gaspar (con la colaboración de Juan Miguel de la Cuétara Martínez y Lucía López de Castro García-Morato), *Principios de derecho público económico. (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Granada, Comares, 1999, pp. 572-591; Chinchilla Marín, Carmen, “Comentario [a los artículos 36 a 39]”, en García de Enterría, Eduardo y Cuadra-Salcedo, Tomás de la (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 270-298 (en cuyo texto alude al “servicio público universal”).

<sup>27</sup> Aludiendo a la solución adoptada en la Ley General de Telecomunicaciones española de 1998 se señalaba que: “para evitar el salto al vacío que supondría abandonar defi-



para varios juristas españoles se trataba de una transición conceptual en la que subsistía la continuidad. De hecho, para algunos, ciertos aspectos del servicio público tradicional se ven retomados y potenciados en el nuevo concepto de servicio universal. En este sentido, el jurista español De la Cuétara señalaba: “la noción de servicio universal no sería más que un desarrollo de la nota de universalidad propia de las prestaciones de servicio público tradicional”.<sup>28</sup>

Esta visión de continuidad dentro del cambio en el servicio público se reflejó en el más influyente texto básico de derecho administrativo español: el de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Al respecto, los autores reconocieron que, la situación general del servicio público español “es típicamente de transición” entre el viejo modelo orgánico y monopólico del servicio público, por un lado, y el nuevo concepto funcional y procompetitivo del servicio público (*i.e.*, el servicio universal), por el otro.<sup>29</sup> En esa transición, subrayaron, la normatividad del sector de las telecomunicaciones representa la vanguardia del nuevo modelo.<sup>30</sup> Al respecto señalaron:

La nueva situación parece haberse estabilizado ya cristalizando en una síntesis en la que el concepto orgánico de servicio público, ...ha dejado el paso al concepto funcional de *servicio universal*... para cuya satisfacción efectiva basta con que las leyes reguladoras de los sectores liberalizados impongan a todos los operadores sin distinción unas concretas *obligaciones de servicio público* que la Administración... se encargará de hacer

nítidamente la noción de servicio público substituyéndola por la de servicio universal, lo que se hace es introducir un concepto nuevo, las obligaciones de servicio público, y subsumir dentro de las mismas el capítulo de servicio universal; con lo cual se recupera un lenguaje que nos es familiar y que permite mantener una cierta continuidad.” Maciá Valldeperas, Santi, “El tímido proceso de definición del servicio universal de telecomunicaciones en España”, en Jordana Jacint y David Sancho (eds.), *Políticas de telecomunicaciones en España*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 189.

<sup>28</sup> Citado en Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 3, p. 198 n205. Véase también Fernando Pablo, *op. cit.*, nota 26, p. 199.

<sup>29</sup> Véase García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II*, 8a. ed., Madrid, Civitas, 2002, pp. 69 y 70 (en lo sucesivo *Curso de derecho administrativo de García de Enterría de 2002*).

<sup>30</sup> “[La Ley española de telecomunicaciones de 1998] refleja mejor que ninguna otra el sentido de esta evolución y el alcance concreto de los cambios en curso, no en vano el de las telecomunicaciones es el sector en el que el proceso de liberalización está más avanzado.” *Curso de derecho administrativo de García de Enterría de 2002*, p. 69.

cumplir... asegurando de este modo la infraestructura básica de la vida individual y colectiva en un contexto nuevo de competencia sin exclusivas, ni privilegios para nadie.<sup>31</sup>

No obstante la importancia evidente de los cambios que refieren, los autores reiteran la continuidad dentro del cambio: “Lo que había de esencial en la vieja doctrina del servicio público permanece así, sin variaciones apreciables, en el nuevo contexto de las actividades liberalizadas...”.<sup>32</sup>

Pero en su evaluación del cambio jurídico, García de Enterría y Fernández fueron todavía más allá. Para ellos no sólo se trataba de una transición conceptual en la que subsistía la continuidad, sino de una en la que incluso se daba una decantación dialéctica, una síntesis evolutiva del concepto de servicio público. En su opinión, el nuevo modelo de servicio público (*i. e.*, el servicio universal), tiene elementos que lo hacen superior al viejo servicio público, particularmente cuando se establecen derechos —judicialmente exigibles— a un mínimo de servicios públicos.

Es más fácil entender la optimista evaluación del cambio jurídico que presentan García de Enterría y Fernández, si se revisa su insatisfacción histórica con la operación de la institución del servicio público tradicional en España. Por muchos años (al menos hasta la edición de 1990 de su texto básico sobre derecho administrativo español), ambos autores señalaban que la más importante limitación de la institución administrativa del servicio público tradicional se refería a que no existía en ésta un pleno derecho de los individuos al servicio público. En su opinión, bajo las formulaciones del servicio público tradicional, los administrados gozaban de meros intereses jurídicos tenues que distan de constituir verdaderos derechos judicialmente ejercitables, oponibles a auténticas obligaciones del Estado.<sup>33</sup> Por lo anterior, los autores señalaron por muchos años la necesidad de llevar a cabo una reconstrucción dogmática de la institución administrativa del servicio público para hacer que dicho servicio adquiriera el carácter de auténtico derecho.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> *Curso de derecho administrativo de García de Enterría de 2002*, p. 69.

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1990. p. 67 (en los sucesivos *Curso de derecho administrativo de García de Enterría de 1990*).

<sup>34</sup> *Curso de derecho administrativo de García de Enterría de 1990*, pp. 75 y 76.

Dada su pobre opinión sobre el servicio público tradicional español, la introducción del servicio universal en la normatividad española fue vista por García de Enterría y Fernández como un paso en dirección hacia la reconstrucción dogmática del servicio público por ellos propugnada. Para ellos, el desarrollo de la institución del servicio universal vino a compensar precisamente la debilidad más notoria del servicio público de viejo cuño, al poner énfasis precisamente en establecer un mínimo de servicios garantizados a los que todos los ciudadanos tuvieran derecho a acceder.<sup>35</sup> El establecimiento de esos mínimos exigibles de derechos a los servicios públicos constituyó —de acuerdo con estos juristas— “una enseñanza clara del proceso de liberalización que conviene retener, como éste en efecto ha retenido las que le ofrecía la vieja doctrina del servicio público”.<sup>36</sup>

### B. La recepción del servicio universal en Francia

El servicio universal fue recibido por la doctrina jurídica francesa,<sup>37</sup> pero su recepción fue notablemente menos entusiasta que la observable

<sup>35</sup> Al respecto señalaban: “Las leyes reguladoras de los servicios de interés general ahora liberalizados [e. g. las de telecomunicaciones] constituyen la mejor prueba de la corrección de esta tesis, que venimos sosteniendo en esta obra edición tras edición. Todas ellas definen, siguiendo la pauta de las directivas comunitarias correspondientes, en qué consiste y hasta dónde llega en cada caso lo que ha de considerarse como *servicio universal*, es decir, ese ‘servicio de calidad a un precio asequible para todos’, para cuya efectiva satisfacción se imponen a todos los operadores unas concretas obligaciones de servicio público, que deben cumplir sin excusa bajo la intimación de graves sanciones”. *Curso de derecho administrativo de García de Enterría de 2002*, pp. 81 y 82.

<sup>36</sup> *Curso de derecho administrativo de García de Enterría de 2002*, p. 82.

<sup>37</sup> Diversos artículos publicados en revistas académicas francesas ilustran la discusión sobre los efectos del servicio universal en telecomunicaciones sobre el servicio público clásico francés. Entre otros Véase Esplugas, Pierre, “Le service universel” en *Droit administratif*, vol. 12, diciembre 2002, pp. 6-11; Chisari, O., Estache, A. y Laffont, J.-J., “Les besoins du pauvre dans le financement privé d’infrastructure: Le rôle des obligations de service universel”, *Revue des concessions et des délégations de service public*, núm. 10, septiembre 2000, pp. 32-42; Bailleul, David, “Le service universel, futur service public?”, *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, núm. 2/2000, abril 2000, pp. 561-575; Foulquier, Norbert, “Le financement du service universel des télécommunications”, *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, núm. 35, octubre 2003, pp. 1888-1893; Karayannis, Vassilios, “Le service universel de télécommunications en droit communautaire: entre intervention publique et concurrence”, *Cahiers de droit européen*, núms. 3-4, octubre de 2002, y Melleray, Fabrice, “Fonction publique et service public: le cas de France Télécom”, *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, núm. 39, noviembre de 2003, pp. 2078-2082.

en algunos sectores de la doctrina española,<sup>38</sup> quizá porque la realidad del servicio público francés tradicional era muy superior a la del español. Donde el cambio jurídico del servicio público al servicio universal representaba una mejora para la doctrina española, para la francesa significaba —hasta cierto punto— una amenaza.

Inicialmente, la transformación de la noción tradicional francesa de servicio público generó un intenso debate en la doctrina jurídica francesa que trascendió más allá de los debates jurídicos e involucró a sectores más amplios de la sociedad.<sup>39</sup> Lo anterior es explicable debido al enorme prestigio y peso social y político que en Francia revisten los servicios públicos y las empresas paraestatales que los prestan. Las grandes paraestatales francesas —como France Télécom— son ejemplo mundial de eficiencia y buena administración pública, a través de ellas se canalizaban múltiples apoyos públicos a la sociedad francesa. Por ello, transformar las reglas de servicio público sobre las que operaban para ajustarlas a la normativa comunitaria necesariamente generó resistencia y fuertes debates sociales.

La reticencia inicial de los administrativistas franceses a adoptar la noción anglosajona del servicio universal puede observarse en las dudas que expresa un reporte del Consejo de Estado francés que analizó el tema en 1994. En dicho reporte, el Consejo expresa su temor de que el concepto de servicio universal sea meramente asistencialista, generando una pérdida a la población respecto a los derechos más amplios de los franceses al amparo del servicio público.<sup>40</sup> Asimismo, el Consejo de Estado cri-

<sup>38</sup> Ciertamente existen destacados administrativistas españoles que han sido escépticos a la liberalización de sectores de servicios públicos. Ver, por ejemplo, las críticas a algunas instituciones características de la nueva regulación económica presentadas en Parejo Alfonso, Luciano, “El Estado social y la administración pública. Algunas reflexiones a propósito de la llamada crisis del primero”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, núm. 1, febrero de 2001, pp. 121 y 122.

<sup>39</sup> Sobre las reacciones en Francia contra la introducción del servicio universal ver, por ejemplo, Karayannis, *op. cit.*, nota 37, pp. 326-328. No todas las reacciones fueron a favor del servicio público francés, ver por ejemplo la crítica de dicho servicio público, que el autor llama “estatismo a la francesa” o “centralismo jacobino”, en Brachet, Philippe, *L'étatisme à la française: Peut-on relégitimer le 'service public'?*, Paris, Publisud, 1999.

<sup>40</sup> Al respecto señaló: “¿No nos arriesgamos, por lo tanto, a inmolarse sobre el altar de la competencia los intereses de la colectividad y de los usuarios o consumidores que no puedan asimilarse a intereses vitales, a reducir las estrategias de servicio público... a estrategias de tipo asistencial, un poco como si, en materia de protección social, no se ga-

tica la noción evolutiva de la institución de origen anglosajón, en la que percibe el riesgo de que los servicios garantizados por el Estado queden permanentemente rezagados respecto al cambio tecnológico y a las necesidades sociales.<sup>41</sup>

Respecto a la posición de la doctrina francesa sobre la introducción del servicio universal, una voz representativa es la de Jacques Fournier, quien fuera consejero de Estado y relator de la Ley de reglamentación de las telecomunicaciones de 1996 ante el Consejo de Estado francés. En los escritos de este autor sobre la introducción del servicio universal a la normativa francesa se advierten ecos de esa opinión crítica del servicio universal que ya se advertía en las opiniones del Consejo de Estado. Fournier dice: “podemos decir que la noción de servicio universal es más restrictiva, pero el contenido de esta prestación es más pobre que el del servicio público francés”.<sup>42</sup>

No obstante su postura crítica, la doctrina francesa no vaciló en caracterizar a la introducción del servicio universal en la legislación francesa de telecomunicaciones como un intento de armonizar la nueva institución con la del servicio público francés.<sup>43</sup> Asimismo, los franceses también

rantizara ya, fuera del mercado, una cobertura mínima (cuidados urgentes, ingreso mínimo garantizado)?”. Conseil d’Etat, *Rapport Public du Conseil d’Etat 1994*, Paris, Conseil d’Etat, 1994, p. 115 (trad. del original en francés por el autor).

<sup>41</sup> Al respecto el Consejo de Estado advertía: “¿No corremos también el riesgo de estar siempre rezagados respecto a la evolución tecnológica y social al no reconocer más que de manera tardía, o no hacerlo en absoluto, como susceptibles de ser incluidos en el servicio universal a nuevas categorías de servicios prestados disponibles gracias al progreso de la tecnología, pero que podrán eventualmente aparecer como elementos esenciales de la presencia del mundo, y del establecimiento de relaciones sociales normales, en el estado del desarrollo económico y social, y eso al precio de una dualización o de una mayor segmentación de la sociedad?”. *Idem* (trad. del original en francés por el autor).

<sup>42</sup> Fournier, Jacques en *Les entretiens de l’autorité. Le droit des télécommunications: bilan et perspectives*, Paris, Autorité de régulation des télécommunications, mimeo, 23 de marzo de 1999, p. 55 (trad. del original en francés por el autor).

<sup>43</sup> Dice Jacques Fournier: “En la época de la discusión de la Ley de 1996, el gobierno quiso llenar el hueco que existía entre el servicio universal y la concepción francesa de servicio público. Por ello definimos el servicio público en tres etapas: el servicio universal, los servicios obligatorios que deben ser provistos por France Télécom., pero que no deben ser objeto de un financiamiento particular en la ley, un cierto número de misiones de interés general que pueden ser impuestas a los operadores”. Fournier, Jacques, en *Les entretiens de l’autorité. Le droit des télécommunications : bilan et perspectives*, Paris, Autorité de régulation des télécommunications, mimeo, 23 de marzo de 1999, p. 55 (trad. del original en francés por el autor).

reconocieron la identidad, al menos parcial, del servicio universal con el servicio público. A diferencia de los españoles, para los franceses no se trataría del “nuevo servicio público”, sino de una especie del servicio público que se presenta en el sector telecomunicaciones. Así, Jacques Fournier afirma: “En el sector [francés] de las telecomunicaciones, a la par del derecho comunitario, el servicio público asume la forma de servicio universal”.<sup>44</sup> Asimismo, el autor galo precisa: “El servicio universal es una forma posible de servicio público. Pero la noción de derecho europeo que corresponde al servicio público francés es aquella de actividad de interés general del artículo 90 del tratado [de Roma]...”.<sup>45</sup>

En un texto posterior, Jacques Fournier explica que la incorporación del servicio universal dentro del molde del servicio público francés representó un esfuerzo deliberado de preservar a su institución tradicional. Al respecto dijo:

Francia, aunque inicialmente con reservas, se ha visto obligada a inscribirse en esta evolución, poniendo fin al monopolio del que disponían, por ejemplo, France Télécom o EDF. Pero se esforzó al mismo tiempo de mantener en estos sectores el reconocimiento del servicio público, por una parte obteniendo que se tenga en cuenta en los textos comunitarios, por otra parte afirmándolo en las leyes implementadoras francesas...<sup>46</sup>

En todo caso, la defensa francesa del servicio público —y su aceptación reticente del servicio universal— no debe verse como la defensa de una institución tradicional anquilosada en las glorias de su pasado histórico, ni opuesta a transformarse. Por el contrario, en la doctrina francesa moderna el servicio público asume características que muchos asocian con el servicio universal moderno: en particular la transparencia, la concertación y la apertura.<sup>47</sup> Es ese servicio público en transformación constante el que los franceses defienden y al que ahora han incorporado la noción del servicio universal. Como lo señala Jacques Fournier:

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> Fournier, *op. cit.*, nota 1, pp. 12 y 13.

<sup>47</sup> Además de la corriente de la globalización que los franceses han aceptado con reticencia, Jacques Fournier nos habla de una “segunda corriente del cambio en los servicios públicos” que se inscribe en la tradición francesa y cuyas palabras clave son la transparencia, la concertación, y la apertura. Fournier, *op. cit.*, nota 1, p. 14.

...la teoría del servicio público sigue bien viva y hay muchas razones para que Francia le permanezca fiel. No es la única en haber impulsado estos valores. Pero quizá lo haya hecho más sistemáticamente que otras. [ ] La concepción francesa del servicio público recibe su fortaleza de su pasado. Pero sólo garantizará su futuro si, por una parte, sigue enriqueciéndose al contacto de la experiencia de otros países y si, por otra parte, consigue imponerse como un componente real de la construcción europea.<sup>48</sup>

### III. SERVICIO PÚBLICO Y SERVICIO UNIVERSAL EN LAS TELECOMUNICACIONES MEXICANAS

#### 1. *El servicio público en las telecomunicaciones mexicanas*

En el sector mexicano de las telecomunicaciones, la institución administrativa del servicio público puede válidamente ser caracterizada como errática e impropia. “Errática”, porque la consideración de unos u otros servicios de telecomunicaciones como públicos varió constantemente a lo largo del siglo XX. “Impropia”, porque aunque los servicios de telecomunicaciones han sido regulados como servicios públicos, la normatividad aplicable a los mismos exhibe serias deficiencias y no resulta claro que siempre hayan cumplido —o cumplan hoy día— con los requisitos que la Constitución mexicana requiere para considerar válidamente a determinados servicios como públicos.<sup>49</sup> La revisión de la trayectoria del servicio público en la normatividad mexicana de las telecomunicaciones evidencia lo anterior.

Hasta antes de la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones en 1995, el único fundamento legal de la regulación del sector de las telecomunicaciones se encontraba en las diversas leyes de vías generales de comunicación.<sup>50</sup> La última de esas leyes —la Ley de Vías

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>49</sup> La denominación “servicios públicos impropios” es utilizada por parte de la doctrina para referirse a aquellos servicios que, si bien exhiben muchos de los rasgos característicos de los servicios públicos, no cumplen cabalmente con los requisitos para ser considerados “servicios públicos” (*e. g.*, por no ser prestados o concedidos directamente por el Estado). Véase Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (Servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995, pp. 88-90 (que retoma este concepto de administrativistas como Arnaldo de Valles y Rafael Bielsa).

<sup>50</sup> Con base en las facultades que la Constitución mexicana de 1917 otorga al Congreso federal para legislar en materia de vías generales de comunicación se han expedido

Generales de Comunicación de 1940 (en lo sucesivo Ley de Vías)— sigue vigente y sigue siendo aplicable a los servicios de telecomunicaciones en México.<sup>51</sup> La Ley de Vías utiliza y regula la categoría de servicios públicos, pero no la define, ni establece claramente su relación con las demás categorías de servicios consideradas en la Ley.<sup>52</sup> Para un estudio de la Ley de Vías los “servicios públicos” pueden considerarse incluidos dentro de la más amplia categoría de “servicios conexos a vías generales de comunicación”.<sup>53</sup> Para otro estudioso del derecho mexicano de las telecomunicaciones, las vías de comunicación mismas se identifican con los “servicios públicos”.<sup>54</sup> Esta última interpretación fue eventualmente desautorizada por la jurisprudencia.<sup>55</sup>

El traslape entre tipos de servicios y la falta de claridad sobre cuáles servicios deben ser considerados públicos conforme a la Ley de Vías se incrementa por la multiplicidad de ordenamientos administrativos que, con anterioridad a la emisión del Reglamento de Telecomunicaciones de 1990,

sucesivamente las siguientes leyes de vías generales de comunicación: 29 de agosto de 1931, 28 de septiembre de 1932, y 19 de febrero de 1940.

<sup>51</sup> Véase artículo 8o., fracción I, de la Ley Federal de Telecomunicaciones. También Transitorio Segundo, fracciones I y III, de la misma ley.

<sup>52</sup> Ya en 1984 Miguel Orrico Alarcón se quejaba del “desorden existente en materia de servicios relacionados con las vías generales de comunicación.” Al respecto señalaba que “[n]o existe doctrina ni criterio alguno que establezca una diferencia entre los servicios a los que aluden la Ley de Vías Generales de Comunicación y otros ordenamientos legales en vigor. Los dispositivos legales se concretan a enunciar los términos auxiliares o conexos sin formar catálogo alguno de ellos.” Orrico Alarcón, Miguel, *Los transportes y las comunicaciones en el derecho mexicano*, México, Secretaría de Comunicaciones y Transportes, 1984, p. 46.

<sup>53</sup> De acuerdo a Orrico Alarcón, “la ley [*i. e.*, la Ley de Vías] sólo debe interpretarse en función de dos tipos de servicios; los auxiliares que forman parte de la vía y los conexos, que incluye a los principales [*i. e.*, los servicios públicos]”. Orrico Alarcón, *op. ult. cit.*, p. 47.

<sup>54</sup> La idea de que las vías generales de comunicación son servicios públicos encuentra respaldo en la exposición de motivos de la Ley de Vías Generales de Comunicación de 1939, que señaló como “principal objetivo” de la misma “hacer que las vías generales de comunicación se exploten como verdaderos servicios públicos, es decir, actividades técnicas prestadas de manera regular y continua para la satisfacción de necesidades generales.” Citada en Fernández, José Luis, *Derecho de la radiodifusión*, México, Olimpo, 1960, p. 160. José Luis Fernández compartía la idea referida en dicha exposición de motivos.

<sup>55</sup> Véase Vías Generales de Comunicación, Ley de. Servicio Público. (*Apéndice de 1995*, t. III, Parte HO, Segunda Sala, tesis de jurisprudencia núm. 1093).



y sin ninguna referencia a las principales categorías regulatorias de la Ley de Vías, declararon “públicos” a diversos servicios de telecomunicaciones, como el “servicio de giros telegráficos nacionales e internacionales”,<sup>56</sup> el “servicio telefónico móvil”,<sup>57</sup> el “servicio público de procesamiento remoto de datos”,<sup>58</sup> y el “servicio público telefónico”.<sup>59</sup> La falta de claridad en la relación entre la normatividad administrativa y la Ley de Vías se vio también reflejada en la doctrina que analizó la aplicación de dicha Ley. En 1984 Miguel Orrico Alarcón se refiere al servicio de procesamiento remoto de datos, al Telex y a las radioayudas para la navegación aeronáutica como servicios públicos.<sup>60</sup> Adicionalmente, el autor consideraba servicios públicos concesionables, entre otros, a los de “televisión por cable”, “localización de personas” y “música continua”.<sup>61</sup>

Con la expedición del Reglamento de Telecomunicaciones en 1990 se da la consagración de la institución jurídica del servicio público en el sector de las telecomunicaciones.<sup>62</sup> Dicho ordenamiento señaló de manera expresa el carácter de servicio público de varios servicios de telecomunicaciones, incluyendo a los siguientes: telegrafía, telefonía básica, comunicación nacional por satélite, conducción de señales por satélite, radiocomunicación móvil terrestre, radiocomunicación móvil marítima, aeronáutica, radiotelefonía móvil con tecnología celular y convencional, radiolocalización móvil de personas, radiocomunicación móvil especializada con tecnología de frecuencias portadoras compartidas, radionavegación aeronáutica, radionavegación marina, radiolocali-

<sup>56</sup> Considerando Cuarto, Reglamento del Servicio de Giros Telegráficos Nacionales e Internacionales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de enero de 1962.

<sup>57</sup> Considerando Tercero, Acuerdo que señala que la operación de los sistemas telefónicos móviles deberán ser duplex, y el servicio ser proporcionado con privacidad y llamada selectiva, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1976.

<sup>58</sup> Artículo Primero, inciso c, Acuerdo que regula el establecimiento y operación de los sistemas de transmisión de señales de datos y su procesamiento, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de febrero de 1981.

<sup>59</sup> El “Título de concesión que se otorga a la empresa de participación estatal denominada Teléfonos de México S. A.” del 10 de marzo de 1976, fue para “construir, operar y explotar una red de *servicio público* telefónico” (Título de Telmex de 1976). Este título sustituyó los contratos de concesión anteriores de las compañías Mexicana y Ericsson.

<sup>60</sup> Orrico Alarcón, *op. cit.*, nota 52, pp. 204 y 205.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 204-206.

<sup>62</sup> Reglamento de Telecomunicaciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de octubre de 1990.

zación de objetos y personas, y comunicación de larga distancia nacional o internacional.<sup>63</sup>

No obstante el fuerte uso que el Reglamento de 1990 hace de la institución administrativa del servicio público, el Ejecutivo que lo expidió omitió subsanar un problema jurídico fundamental: la falta de fundamento legal expreso para el servicio público en el sector de las telecomunicaciones. Lo anterior no obstante que la reserva de ley en esta materia había sido introducida expresamente en la Constitución desde 1983,<sup>64</sup> y a pesar de que la Ley de Vías Generales de Comunicación que constituyó el fundamento legal del Reglamento de 1990 sólo contenía vagas disposiciones respecto a servicios públicos y que no se refería ningún servicio de telecomunicaciones en específico como concesionable.

La falta de fundamento legal para los servicios públicos de telecomunicaciones tampoco se resolvió con la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995, la primera ley mexicana especializada en la materia. Por el contrario, la nueva Ley dejó el carácter público de los servicios de telecomunicaciones en un limbo legal lleno de contradicciones. En primer lugar, la Ley de 1995 omitió de manera casi absoluta las referencias expresas al carácter público de los servicios del sector. En todo el texto de la Ley sólo encontramos el término “servicio público” mencionado en tres disposiciones (dos de ellas de carácter transitorio) y en relación a únicamente tres servicios de telecomunicaciones: telégrafos, radiotelegrafía y telefonía básica de larga distancia. En general, la Ley utilizó el término “servicios de telecomunicaciones” omitiendo el adjetivo “públicos”. Esa ausencia de referencias expresas al “servicio público” en la Ley contrasta significativamente con su abundancia en el Reglamento de 1990.

A pesar de la evidente despublificación observada en algunos aspectos de la Ley de 1995 (y referida en los anteriores dos párrafos), la preservación misma de la figura de la concesión como título habilitante para explotar redes de telecomunicaciones es sintomática de la subsistencia de la

<sup>63</sup> Véase artículo 2o., fracción II, V, § quinto, noveno y § décimo tercero, Reglamento de Telecomunicaciones. También artículo 5o., fracción II; artículo 110, fracciones II y III, y Transitorio segundo del mismo Reglamento.

<sup>64</sup> El 3 de febrero de 1983 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma que introdujo en el artículo 28 de la Constitución el texto: “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley”.

institución del servicio público tradicional en la legislación mexicana de las telecomunicaciones. A decir del administrativista español Juan José Montero Pascual, en México: “La exigencia de concesión como título habilitante para instalar y operar redes públicas de telecomunicación supone la pervivencia de la institución del servicio público...”<sup>65</sup>

Pero no es sólo la utilización de la figura de la concesión lo que revela la continuidad (jurídicamente irregular) del servicio público en el sector telecomunicaciones. La revisión de las condiciones de los títulos de concesión y de los permisos otorgados con posterioridad a la Ley de 1995 muestra que la regulación característica del servicio público ha subsistido en el sector telecomunicaciones.<sup>66</sup>

Como lo muestra la revisión de su trayectoria en el siglo XX, hoy día, el servicio público sobrevive —de manera irregular y poco sistemática— en la Ley Federal de Telecomunicaciones, pero también en el Reglamento de Telecomunicaciones y en la Ley de Vías que se mantienen parcialmente vigentes. No obstante lo anterior, debe reconocerse que es difícil hablar con certeza jurídica de la vigencia plena de la institución del servicio público de telecomunicaciones en la normatividad mexicana. Existen demasiados factores contradictorios en la regulación de nuestro servicio público en el sector. El fundamento legal —tanto en la Ley de Vías como en la Ley Federal de Telecomunicaciones— no es claro, o no lo es para todos los servicios. El uso de instituciones ligadas a la concepción tradicional del servicio público —como la concesión— es poco sistemático. La vigencia misma del catálogo de servicios públicos de telecomunicaciones del Reglamento de 1990 es cuestionable. La subsistencia irregular del servicio público en las telecomunicaciones mexicanas, sugiere la necesidad de apuntalar la institución para dotarla de la vigencia plena

<sup>65</sup> Montero Pascual, Juan José, “Una aproximación a la regulación del sector de las telecomunicaciones en México”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre 1998, p. 178.

<sup>66</sup> Así, por ejemplo, en varios títulos de concesión de redes públicas que prestan el servicio de telefonía inalámbrica, el concesionario “se obliga a prestar los servicios... *en forma continua y eficiente*”, a “poner a disposición de la Comisión... un plan de acciones para *prevenir la interrupción de los servicios*”, y a “*atender toda solicitud de servicio* que se encuentre dentro de su área de cobertura, donde tenga señal de calidad aceptable conforme a las normas establecidas”. Condiciones 2.1., 2.7, y A.8.1. en el Título de Concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones, otorgada en favor de Telefonía Inalámbrica del Norte, S. A. de C. V. publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de julio de 1999.

y la coherencia que le han faltado en los momentos más críticos de la historia del sector.

## 2. *El servicio universal en las telecomunicaciones mexicanas*

A diferencia del servicio público, la adopción del servicio universal en la normativa jurídica mexicana es reciente, aunque se perfila para ocupar un papel preponderante en el futuro. Al igual que el servicio público, la adopción normativa del servicio universal ha sido poco sistemática y contradictoria.

El primer instrumento normativo interno que incorporó expresamente al servicio universal en materia de telecomunicaciones en nuestro país fue el Título de Concesión de Teléfonos de México, S. A. de C. V. de 1990 (en lo sucesivo el Título de Telmex de 1990). En dicho título se define al “servicio universal” como el objetivo consistente en: “lograr que en el menor plazo posible cualquier persona pueda tener acceso al servicio telefónico básico, en su modalidad de caseta telefónica pública o de servicio domiciliario”.<sup>67</sup>

El objetivo de “servicio universal” incorporado en el Título de Telmex de 1990 se sujetó expresamente a diversas condiciones y obligaciones.<sup>68</sup> Entre las obligaciones más importantes se encontraba expandir el número de líneas del servicio telefónico básico en operación a una tasa promedio de 12% anual hasta fin de 1994,<sup>69</sup> a y ofrecer el servicio telefónico a través de caseta pública o agencia de servicio de larga distancia en todas las poblaciones del país con más de 500 habitantes antes de diciembre de 1994.<sup>70</sup> A partir de 1994 dos fueron las principales obligaciones de servicio universal que Telmex debió cumplir. Primero, ofrecer el servicio de telefonía rural en poblaciones en las cuales pueda recuperar al menos el 75% de los costos de instalar y mantener operando el servicio a partir de

<sup>67</sup> Condición 3-1, párrafo primero, Modificación al Título de Concesión de Teléfonos de México, S. A. de C. V., 10 de agosto de 1990 (Título de Telmex de 1990).

<sup>68</sup> Por ejemplo, se señaló que Telmex “avanzará hacia ese objetivo de servicio universal, de acuerdo a su capacidad financiera, la demanda por servicios telefónicos, y conforme a los programas [de expansión y modernización] que concierte con la ‘Secretaría’ [de Comunicaciones y Transportes]”. Condición 3-1, párrafo segundo, Título de Telmex de 1990.

<sup>69</sup> Condición 3-2, párrafo segundo, Título de Telmex de 1990.

<sup>70</sup> Condición 3-4, párrafo tercero, Título de Telmex de 1990.

1995. Segundo, aumentar la densidad de telefonía pública a cinco casetas por cada mil habitantes para diciembre de 1998,<sup>71</sup> es decir, instalar aproximadamente 500 mil teléfonos públicos para dicha fecha.

Después de 1998 las obligaciones de servicio universal del título de Telmex se volvieron más débiles y quedaron vinculadas a los programas que la empresa *pactara* con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Como es natural, al requerirse el consentimiento de Telmex para definir los contenidos de estos programas, a partir de 1998 se debilitó significativamente lo que el gobierno puede exigir de la principal empresa telefónica del país en materia de cobertura social. El fin de la etapa de obligaciones fuertes de Telmex en materia de telefonía pública y rural coincidió con los primeros años de inicio de la competencia telefónica<sup>72</sup> y con el inicio de la regulación que obligó a Telmex a congelar tarifas y transferir ganancias de productividad a sus usuarios.<sup>73</sup>

La Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995 fue el segundo instrumento jurídico mexicano en el que se estableció una disposición que podría denominarse de servicio universal, aunque formulada en sus artículos 7o. y 50 de una manera tan débil que difícilmente resulta representativa de dicha institución. El artículo 7o. señala que es objetivo de la Ley “promover una adecuada cobertura social”. Por su parte el artículo 50, con el que inicia la sección de “cobertura social” de la Ley, dice literalmente:

La Secretaría [de Comunicaciones y Transportes] procurará la adecuada provisión de servicios de telecomunicaciones en todo el territorio nacional, con el propósito de que exista acceso a las redes públicas de telecomunicaciones para la atención de servicios públicos y sociales, de las unidades de producción y de la población en general.<sup>74</sup>

Una vez establecido el objetivo de servicio universal mexicano, la Ley de 1995 establece la obligación de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de elaborar “los programas de cobertura social y rural”. En la elaboración de dichos programas, la referida Secretaría debe tomar “en cuenta las propuestas de los gobiernos de las entidades fede-

<sup>71</sup> Condición 3-5, párrafo segundo, Título de Telmex de 1990.

<sup>72</sup> Misma que inició en el servicio telefónico de larga distancia en enero de 1997.

<sup>73</sup> Misma que inició formalmente en 1997, aunque solo comenzó a ser evidente para los usuarios a partir del 2000.

<sup>74</sup> Artículo 50, primer párrafo, Ley Federal de Telecomunicaciones.

rativas, de los concesionarios de redes públicas de telecomunicación y otras partes interesadas”. Dichos programas, dice el artículo 50, “podrán ser ejecutados por cualquier concesionario”. Los programas de cobertura social y rural son, pues, el medio expresamente contemplado en la Ley de 1995 para la realización de los objetivos de servicio universal. Sin embargo, al regular la elaboración de los programas de cobertura social y rural, el artículo 50 de la Ley de 1995 no estableció ninguna obligación fuerte del Estado o de los prestadores de servicios de contribuir al financiamiento, situación que ha probado ser fatal en la aplicación de la norma, puesto que ha ocasionado que se inviertan pocos recursos. Además, en la Ley de 1995 no se tocó los otros temas cruciales del servicio universal, los relativos a su definición precisa y evolutiva, al pago del déficit de acceso, a la transparencia en su operación, y a la preservación de la equidad competitiva.

No obstante las limitaciones de la Ley de 1995, la normatividad mexicana dio un importante paso en la dirección del servicio universal moderno al adoptar el Cuarto Protocolo del Anexo sobre Telecomunicaciones Básicas del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (en lo sucesivo Documento de Referencia de la OMC).<sup>75</sup> Al suscribir esta norma internacional en 1997, México introdujo en su normativa varios de los principios básicos del servicio universal moderno. La disposición relevante del Documento de Referencia de la OMC establece lo siguiente:

*Servicio Universal.* Cualquier miembro tiene el derecho de definir la clase de obligación de servicio universal que desee mantener. Tales obligaciones no serán consideradas como anticompetitivas per se, con tal de que sean administradas de manera transparente, no discriminatoria y de forma competitivamente neutral y no sean más gravosas que lo necesario para el tipo de servicio universal definido por el miembro.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> El Documento de Referencia se encuentra incorporado la propuesta de Lista de Compromisos Específicos anexa al Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, S/L/2 del 30 de abril de 1996. La aceptación del Documento de Referencia por México consta en México. Lista de compromisos específicos. Suplemento 2., GATS/SC/56/Suppl.2, del 11 de abril de 1997 (Que a la letra dice: “México adopta las obligaciones contenidas en el documento de referencia anexo a la presente”).

<sup>76</sup> Numeral 3, Compromisos Adicionales de los Miembros, Cuarto Protocolo, Anexo sobre Telecomunicaciones Básicas, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (en adelante Documento de Referencia de la OMC).

La anterior normativa impone varias limitantes a la facultad del gobierno para establecer obligaciones de servicio universal. De acuerdo al Documento de Referencia de la OMC, la administración de las obligaciones debe ser transparente, es decir, debe ser posible para el público conocer dichas obligaciones y observar su administración por la autoridad. También debe ser competitivamente neutral, es decir, las obligaciones no deben ser más ventajosas para unos competidores que para otros. Además, la administración de las obligaciones de servicio universal deben ajustarse a la definición de servicio universal establecida por cada país, y no ser más gravosa de lo necesario para cumplir con dicha definición. Esta última obligación parecería requerir que la autoridad mexicana estableciera una definición pública del servicio universal (pues de otra manera no podría cumplirse).

La principal aportación del Documento de Referencia de la OMC consistió en incorporar al derecho mexicano de las telecomunicaciones dos de las características fundamentales de la concepción moderna del servicio universal: neutralidad competitiva y transparencia. Por otra parte, en el primer caso en que fue aplicado a México,<sup>77</sup> el Documento de Referencia de la OMC mostró ser efectivo en obligar a las autoridades administrativas mexicanas a cambiar la regulación interna para ajustarla a los principios procompetitivos acordados a nivel internacional.<sup>78</sup> En ese sentido —y guardando las diferencias en las respectivas proporciones— la normatividad internacional de la OMC pareciera estar jugando sobre la regulación interna mexicana del sector telecomunicaciones, un papel de presión similar al que las normas comunitarias tuvieron sobre las normas internas de los países europeos.

<sup>77</sup> Organización Mundial del Comercio, *México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones, Informe del Grupo Especial*, WT/DS204/R, 2 de abril de 2004.

<sup>78</sup> Véase “México y los Estados Unidos alcanzan un acuerdo para resolver controversia sobre telecomunicaciones”, *Boletín de Prensa* núm. 63, Secretaría de Economía, 10 de junio de 2004 (en el que el gobierno mexicano da cuenta de un acuerdo con el gobierno de Estados Unidos que “implementa las recomendaciones del Grupo Especial [de la OMC] contenidas en el informe emitido el 2 de abril de 2004, y que han sido adoptadas el día de hoy”). Las principales modificaciones regulatorias realizadas por México para dar cumplimiento al fallo de la OMC se reflejaron en las Reglas de Telecomunicaciones Internacionales publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de agosto de 2004.

La cuarta y última muestra de la incorporación de la institución del servicio universal a la normatividad mexicana fue la creación de un modesto fondo de servicio universal, por virtud de una disposición transitoria del presupuesto federal para el 2002.<sup>79</sup> Su denominación fue la de “Fondo de Cobertura Social de Telecomunicaciones”.<sup>80</sup> El objetivo que se le dio fue el de “incrementar la cobertura, penetración y diversidad de servicios de telecomunicaciones entre la población de escasos recursos del medio rural y urbano”.<sup>81</sup>

La Cámara de Diputados asignó a este fondo recursos presupuestales por 750 millones de pesos, monto que no podía ser modificado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.<sup>82</sup> Las Reglas de Operación del fideicomiso que administra el Fondo y los Mecanismos de Asignación de los recursos correspondientes se publicaron más de un año después del plazo establecido para su formulación y aprobación en el Presupuesto federal del 2002.<sup>83</sup>

Aunque los Mecanismos de Asignación del Fondo de Cobertura Social contienen varios elementos dignos de interés,<sup>84</sup> quizá el aspecto más importante de la nueva regulación consista en que dichos Mecanismos adoptan un diseño que retoma conceptos compatibles con la normatividad internacional aplicable, incluyendo los de transparencia y neutralidad competitiva en materia de servicio universal por el Documento de Referencia de la OMC. Al respecto los Mecanismos señalan que: “Los Proyectos de

<sup>79</sup> Transitorio Décimo Noveno, Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2002, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 2001 (en lo sucesivo Presupuesto 2002).

<sup>80</sup> Transitorio Décimo Noveno, párrafo primero, Presupuesto 2002.

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> Transitorio Décimo Noveno, párrafos primero y quinto, Presupuesto 2002. Sin embargo, se previó que los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios, los concesionarios y permisionarios de telecomunicaciones, así como cualquier otra persona física o moral, pudiera hacer aportaciones adicionales al Fondo. Véase párrafo tercero, *Id.*

<sup>83</sup> Acuerdo mediante el cual se aprueban las Reglas de Integración y Operación del Comité Técnico y los Mecanismos para la Asignación y Distribución Eficaz, Eficiente, Justa y Transparente de Recursos, del Fideicomiso del Fondo de Cobertura Social de Telecomunicaciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 2003 (en lo sucesivo Reglas de Operación y Mecanismos de Asignación del Fondo, respectivamente).

<sup>84</sup> Véase capítulo IV, incisos b, c y d, Mecanismos de Asignación del Fondo. También capítulo V, tercer párrafo, incisos a, b y c, de los citados Mecanismos.



Cobertura Social que se incluyan en el Programa Anual de Cobertura Social serán adjudicados cumpliendo con las leyes y reglamentos aplicables y mediante procedimientos transparentes, neutrales competitivamente y no discriminatorios”.<sup>85</sup>

La figura del Fondo de Cobertura Social de Telecomunicaciones representa una adición institucional saludable para el sector, pero su efecto es significativamente marginal, habida cuenta de que desde el presupuesto de 2002 no se le han vuelto a asignar recursos federales adicionales y de que —a tres años de su creación— los recursos disponibles en el Fondo todavía no han sido aplicados. Dado que la licitación pública para asignar los recursos finalmente inició en 2004, es probable que los 835 millones de pesos con que contaba el fondo a fines de ese año, sean invertidos a partir de 2005.<sup>86</sup> Sin embargo, y a pesar de algunas evidentes mejoras en el proceso y concepción de los programas de servicio universal que el Fondo introdujo en la normatividad mexicana, su impacto en el conjunto de una política de servicio universal sigue siendo marginal e incipiente.

En su conjunto, la trayectoria del servicio universal en la normatividad mexicana de las telecomunicaciones es, al menos, tan importante como la del servicio público. El servicio universal ha venido adquiriendo en México forma y legitimidad derivada de la suma de los precedentes sentados en el Título de Telmex de 1990, la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995, el Documento de Referencia de 1997 y el Fondo de Cobertura Social de 2002. No obstante, lo revisado nos muestra que se trata de una incorporación dispersa y poco sistemática, que evidencia todavía numerosas carencias respecto al servicio universal en otros países, que hacen que nuestro servicio universal incipiente —al igual que nuestro servicio público de telecomunicaciones— no funcione adecuadamente para atender los importantes rezagos del sector.

<sup>85</sup> Capítulo VI, Mecanismos de Asignación del Fondo.

<sup>86</sup> Véase Guadarrama H., José de Jesús, “Telefónicas, listas para llevar servicios a comunidades rurales”, *El Financiero*, 9 de noviembre de 2004, p. 12 (que da cuenta del avanzado estado de la licitación de los recursos del Fondo —aportación inicial de 750 millones más los intereses acumulados— hacia fines del 2004).

### 3. *La problemática pública de los servicios de telecomunicaciones en México*

El principal problema de las telecomunicaciones mexicanas es su reducida cobertura, incluso en relación a los servicios telefónicos, considerados como los más elementales e indispensables para la adecuada interacción de los individuos en la sociedad moderna. La reducida cobertura de los servicios telefónicos mexicanos no se da sólo en términos absolutos, sino también en relación a la cobertura disponible en otros países de desarrollo comparable al mexicano. De acuerdo a un análisis de panel realizado por el CIDE, y en términos de nuestro nivel de desarrollo, para 2000 México debió haber contado con 20.3 líneas telefónicas principales por 100 habitantes y no las 12.47 que alcanzó a tener ese año.<sup>87</sup> Los datos más recientes de cobertura de los servicios telefónicos en México siguen siendo elocuentes respecto al rezago mexicano: para 2004 México sólo tenía 16.85 líneas telefónicas principales por cada 100 habitantes.<sup>88</sup> El número equivalente para países de desarrollo comparable al mexicano como Chile y Uruguay es de 24.7 y 25.3 líneas por cada cien habitantes respectivamente.<sup>89</sup> Por otra parte, incluso si se revisa la cobertura provista por la telefonía inalámbrica en la que el desarrollo de la competencia ha permitido a México tener relativamente un buen desempeño, el nivel de desarrollo mexicano sigue sin ser equivalente al de los mejores estándares internacionales de países similares. Mientras que en 2004 México tiene 33.7 teléfonos móviles por cada cien personas, países como Malasia y Corea del Sur tenían en 2003 una densidad telefónica móvil de 49.2 y 69.4 teléfonos móviles por cada cien habitantes respectivamente.<sup>90</sup>

Ciertamente en la evaluación del mediocre desempeño telefónico mexicano deben tomarse en cuenta otros factores —como los orográficos o de distribución del ingreso—, pero al menos una parte del problema puede atribuirse a problemas en el diseño y efectividad de la regulación del sector: a) la regulación de servicio público subsiste sin fundamento legal

<sup>87</sup> Véase Mariscal, Judith, “La brecha digital en México”, *Política Digital. Suplemento Especial Telecomunicaciones*, núm. 16, abril-mayo 2004, p. XI.

<sup>88</sup> Estimación basada en datos de Presidencia de la República, *Cuarto Informe de Gobierno, Anexo Estadístico*, México, Talleres Gráficos de la Nación, 2004, p. 12 y 451 (en lo sucesivo *Anexo Estadístico, Cuarto Informe de Gobierno 2004*).

<sup>89</sup> Anexo Estadístico, *Cuarto Informe de Gobierno 2004*, p. 435.

<sup>90</sup> *Idem*.

claro, ni el apoyo de la comunidad jurídica que requiere para funcionar, b) parte importante de la regulación se ha vuelto obsoleta en los últimos años (*i. e.*, el título de Telmex), c) otra parte genera infraestructura duplicada (regulación del nuevo servicio de larga distancia), d) otra más introduce distorsiones competitivas (regulación del nuevo servicio local), y e) otra tiene efectos meramente marginales en relación al universo de usuarios (telefonía rural y Fondo de Cobertura Social).

### A. Deficiencias del servicio público de telecomunicaciones

La presencia irregular y técnicamente impropia del servicio público en la normatividad mexicana de las telecomunicaciones a lo largo del siglo XX ha afectado históricamente la capacidad del Estado mexicano de regular al sector. Ciertamente, el caso más importante en el que la ausencia de un fundamento de servicio público claro afectó la regulación del sector se presentó hace mucho, a fines de los años treinta, cuando el gobierno del general Lázaro Cárdenas fracasó en su intento de obligar a las empresas telefónicas dominantes a interconectar sus redes. En esa ocasión el gobierno de Cárdenas alegó infructuosamente por la vía judicial el carácter público de los servicios concesionados,<sup>91</sup> pero sin contar con un sustento expreso ni en la ley de vías entonces vigente, ni en los contratos de concesión de las telefónicas involucradas, ni en la misma doctrina del servicio público (todavía incipiente en México).<sup>92</sup> Fue sólo años después,

<sup>91</sup> Véase en general Múgica, Francisco J., *El enlace de los sistemas telefónicos de las Cias. Ericsson y Mexicana. Sus fundamentos legales y sociales*, México, Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, 1938, p. 179. El argumento central del gobierno en su litigio contra las compañías telefónicas era que resultaba necesario ligar la explotación de los servicios públicos concesionados a una idea de interés social. *Idem*, pp. 177-179. El gobierno cardenista no tuvo éxito en su pretensión de obligar a las empresas a enlazar sus redes.

<sup>92</sup> Al revisar la historia de la doctrina del servicio público en México advertimos que fue inicialmente impulsada por Francisco J. Múgica, el funcionario del gobierno de Cárdenas más involucrado en el conflicto con las telefónicas. Dice Jorge Fernández Ruíz que “en nuestro país, se han ocupado doctrinalmente del tema del servicio público, diversos autores de los cuales recordamos, en primer término, al licenciado David Pastrana Jaimés, autor de un pequeño libro... intitulado *Régimen de servicios públicos*, impreso en 1935 en los Talleres Gráficos de la Nación, con prólogo del eminente jurista Felipe Tena Ramírez y patrocinio del general Francisco J. Múgica, a la sazón secretario de Comunicaciones y Obras Públicas”. Fernández Ruíz, *op. cit.*, nota 3, p. 29 (cursivas introducidas por el autor).

hasta que el gobierno adquirió por la vía económica el control de las telefónicas y las incorporó a Teléfonos de México S. A., que pudo efectuar la interconexión de las dos mayores redes de telecomunicaciones del país. En esa ocasión, la falta de un fundamento jurídico claro para la regulación como el provisto por la institución del servicio público, impidió la implementación de medidas útiles para el desarrollo del sector.

Pero el fracaso de la interconexión cardenista a finales de los años treinta dista de ser el último caso en que la falta de un buen fundamento de servicio público para la regulación del sector se ha echado de menos. Más recientemente, el fracaso de la Comisión Federal de Telecomunicaciones en regular el poder sustancial (*i. e.*, la llamada dominancia) de Teléfonos de México en varios mercados, fue atribuido por un ex funcionario de la Comisión Federal de Telecomunicaciones a la omisión de su fundamento en la figura del servicio público.<sup>93</sup>

No obstante, como vimos al revisar la accidentada y jurídicamente irregular trayectoria del servicio público en el sector mexicano de las telecomunicaciones, la falta de certeza jurídica en esta materia se ha mantenido a lo largo de los años, y sigue siendo hoy día un problema inatendido. El servicio público subsiste poderosamente en el sector, pero lo hace de manera impropia. Esta situación puede derivarse de cuestiones circunstanciales y casuales, pero también refleja el rechazo que la institución del servicio público provoca en una parte influyente de nuestra doctrina. Para muchos autores el servicio público se asocia con el estatismo y con el riesgo de expropiación de patrimonio privado. Dos ejemplos de este rechazo soterrado al servicio público los encontramos en los autores que comentan reformas legales en las que deliberadamente se buscó eliminar el carácter de servicio público de la radiodifusión (1960) y de la banca (1990). En ambos casos los comentaristas (quienes también participaron en el diseño de las normas legales) se inclinan fuertemente por-

<sup>93</sup> Así lo explica Gonzalo Martínez Pous, quien participó destacadamente en la elaboración de la regulación de la dominancia de Telmex expedida por la Comisión Federal de Telecomunicaciones en 2000 y eventualmente anulada por el Poder Judicial: “Es cierto que en México existen carencias legales y regulatorias..., podríamos empezar por reconocer que: El fundamento constitucional de la dominancia es el antepenúltimo párrafo del artículo 28 [constitucional] que se refiere a las modalidades y condiciones que aseguran la eficacia en la prestación de *servicios públicos concesionados...*”. Martínez Pous, Gonzalo, “Melody y la dominancia/Noll y la mediocridad regulatoria”, *El Economista*, 18 de junio de 2003 (cursivas añadidas por el autor).

que ambas actividades no sean consideradas servicios públicos para evitar la operación de figuras discrecionales como la concesión, figuras expropiatorias como la reversión, o de figuras intervencionistas como la regulación tarifaria.<sup>94</sup>

El rechazo que la institución del servicio público provoca en algunos influyentes sectores de la doctrina mexicana es entendible, pero también es cierto que se trata de un rechazo al servicio público tradicional y sus instituciones, no al nuevo servicio universal, mucho más compatible con la participación privada. Por otra parte, como se ha visto históricamente, en ausencia del servicio público se debilitan los fundamentos de regulación de sectores económicos que no pueden conducirse de manera eficiente dentro de los laxos límites del derecho privado. El equilibrio deseable entre ambos extremos debe y puede encontrarse. Pero difícilmente se encontrará si se preserva la indefinición actual en la que el servicio público se asienta en la ley de manera irregular, como si se avergonzara de mostrar abierta y expresamente su tradicional rostro.

### *B. Agotamiento del servicio universal del título de Telmex*

Como se señaló anteriormente, hasta 1998 el Título de Telmex de 1990 fue clave en el desarrollo del acceso universal a servicios telefónicos. Pero después de 1998 las obligaciones de acceso universal del título de concesión de Telmex dejaron de ser importantes. En materia de cobertura de telefonía residencial, pública y rural la empresa ya había cumplido con lo pactado y ninguna nueva regulación en materia de cobertura y acceso vino a ocupar el lugar de la regulación anterior para la más importante empresa de las telecomunicaciones mexicanas. Lo anterior no significó que Telmex dejara de mantener en operación la red que desarrolló en cumplimiento de sus condiciones de servicio universal. Tampoco significó que Telmex dejara de invertir en el sector, pero a partir de 1998 sus inversiones han sido fruto de su voluntad y no de ninguna norma que la obligue a desarrollar su infraestructura.

<sup>94</sup> Véase Fernández, José Luis, *Derecho de la radiodifusión*, México, Olimpo, 1960, pp. 145-175 (sobre la oposición a la figura del servicio público en la nueva Ley Federal de Radio y Televisión del 19 de enero de 1960). También Borja Martínez, Francisco, *El nuevo sistema financiero mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 113 y 114 (sobre la oposición a la figura del servicio público en las reformas a la Ley de Instituciones de Crédito del 18 de julio de 1990).

Sin embargo, el agotamiento de la regulación del Título de Telmex de 1990 es problemático. Siendo Telmex la empresa que en 2004 controla el 97% del mercado de telefonía local fija mexicana,<sup>95</sup> no puede quedarse sin nuevas obligaciones de servicio universal. La situación actual, donde desde 1998 los planes de esa empresa se desarrollan en ausencia de obligaciones exigibles por la autoridad, sólo sería comprensible en un país con una infraestructura de telecomunicaciones mucho más desarrollada que la mexicana. Si los nuevos competidores locales están obligados a contribuir año con año, no puede pensarse apropiado que el principal actor del sector siga operando al amparo de los laureles de sus viejos logros de cobertura y acceso (como lo ha hecho ya por seis años, entre 1998 y 2004).

Ciertamente, un problema que debería abordarse antes de plantear la renovación de las obligaciones de servicio universal de Telmex es el relativo al déficit de acceso de la empresa. Como lo ha mostrado un estudio, es posible que Telmex enfrente un déficit de acceso derivado de mantener en operación amplias partes no rentables de su red,<sup>96</sup>; en ese caso resultaría indispensable que se le permitiera recuperar al menos el costo de mantener el servicio en esas partes de su red. En cualquier caso, la eventual recuperación del déficit de acceso de Telmex debiera estar ligada a la regulación tarifaria de los servicios controlados de la empresa, ya que si, como lo señalan otros estudios,<sup>97</sup> la rentabilidad regulada de tales servicios sigue compensando sobradamente su déficit de acceso, el pago del mismo sin deducir la rentabilidad excesiva sería cuestionable.

<sup>95</sup> Véase Baez, Gabriela, *Communications Markets in Mexico 2004*, Cambridge, Pyramid Research, 2004, p. 9.

<sup>96</sup> De acuerdo a los datos arrojados por un modelo de costos *forward-looking* desarrollado por la Comisión Federal de Telecomunicaciones, en 1999 Telmex no recuperaba los costos de provisión del servicio telefónico en múltiples comunidades del país (e. g., “ninguna localidad de Chiapas recupera los costos con la tarifa típica residencial”, sólo “algunas localidades de Guanajuato alcanzan a recuperar los costos a la tarifa típica residencial”). Véase Butler Silva, Fernando, “La problemática actual de la cobertura social de los servicios de telecomunicaciones en México”, en Mariscal, Judith (ed.), *Primer Encuentro Internacional de Telecomunicaciones. Memorias*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2000, pp. 86-104.

<sup>97</sup> Un estudio del reputado economista regulatorio de la Universidad de Stanford, Roger G. Noll, muestra que la rentabilidad de Telmex es notablemente superior a la de varias empresas internacionales comparables, mientras que el porcentaje de sus ingresos invertidos por la empresa mexicana es más bajo que el de aquéllas. Véase Noll, Roger G., *Telecommunications in Mexico*, mimeo, 2000, pp. 7, 8 y 23.

### C. Inequidad y duplicidad en telefonía de larga distancia

La apertura del sector de telefonía de larga distancia a la competencia en 1997 acabó con el monopolio que Telmex había ejercido hasta esa fecha, y trajo consigo la entrada de 35 nuevos competidores entre 1995 y 2004. Los nuevos competidores recibieron títulos de concesión que incorporaron, entre sus principales obligaciones, la de instalar infraestructura física que enlazara diversas poblaciones del país. Se trataba de obligaciones de servicio público, pues se derivaban del título de concesión para prestar un servicio. La lógica de estas obligaciones de enlazamiento con infraestructura propia era que el Estado obligara a los nuevos concesionarios a contribuir al desarrollo de la red de telecomunicaciones interestatales del país.

No obstante, al revisar las obligaciones de cobertura que se ha impuesto a los concesionarios de redes autorizadas a prestar el servicio de telefonía de larga distancia, se observa una falta de racionalidad en la regulación, ya que, por una parte, no existe proporcionalidad entre las obligaciones de cobertura asumidas por los diferentes concesionarios; y por la otra, frecuentemente se obliga a los concesionarios de larga distancia a instalar infraestructura de comunicaciones para enlazar *las mismas poblaciones* que sus competidores. El frecuente traslape en las obligaciones de instalación de infraestructura de enlace representa un desperdicio para un país con recursos tan escasos como México.<sup>98</sup> Las siguientes dos Tablas muestran los diferentes niveles de compromiso de instalación de infraestructura de una muestra de seis concesionarios de telefonía de larga distancia, así como las poblaciones a ser enlazadas con infraestructura propia repetidas en las obligaciones de los títulos de concesión de esos seis concesionarios.

<sup>98</sup> De acuerdo con el subsecretario de Comunicaciones Jorge Álvarez Hoth, en el “triángulo de cristal: México-Monterrey-Guadalajara, existe duplicación de fibra óptica”, por lo que “debemos preguntarnos para qué queremos dos o tres veces un tendido y cuál es el uso real que se le está dando, así como la importancia de eficientar los recursos y que las empresas, de común acuerdo, puedan optimizarlos”. Citado en Guadarrama H., José de Jesús, “En 2002 las licitaciones para el megaproyecto e-México”, *El Financiero*, 16 de noviembre de 2001.

TABLA I  
DIFERENTES NIVELES DE COMPROMISO

<i>Concesionario</i>	<i>Número de ciudades enlazadas con infraestructura propia</i>
Alestra	32
Avantel	34
Bestel	29
Protel	65
Marcatel	62
Unefon	25

FUENTE: Anexo A de los extractos de los títulos de concesión de las empresas aludidas publicados en el *Diario Oficial de la Federación*.

TABLA II  
COMPROMISOS DUPLICADOS

<i>Ciudades</i>	<i>Concesionarios comprometidos*</i>
Celaya, DF, Querétaro, Saltillo, San Luis Potosí y Toluca	6/6
Aguascalientes, Ciudad Juárez, Cuernavaca, Guadalajara, León, Monterrey, Pachuca, Puebla y Torreón	5/6
Acapulco, Ciudad Victoria, Chihuahua, Matamoros, Nuevo Laredo, Reynosa, Tampico, Tuxtla Gutiérrez y Zacatecas	4/6
Coatzacoalcos, Colima, Córdoba, Guanajuato, Hermosillo, Irapuato, Jalapa, Matehuala, Mexicali, Morelia, Oaxaca, Ocotlán, Poza Rica, Salamanca, Tlaxcala, Tulancingo, Veracruz, Villahermosa	3/6
Ciudad Valles, Culiacán, La Piedad, Los Mochis, Mazatlán, Mérida, Nogales, Puerto Vallarta, Tapachula, Tepic, Tijuana, y Tula	2/6
Acámbaro, Ahorcado, Atacomulco, Benjamín Méndez, Campeche, Durango, Ensenada, Fresnillo, Guasave, Huehuetoca, Manzanillo, Maravatío, Salina Cruz, Tecolman, Tepatitlán, Topolabampo, Uruapan y Zamora	1/6

FUENTE: Anexo A de los extractos de los títulos de concesión de las empresas aludidas publicados en el *Diario Oficial de la Federación*.

\* Número de concesionarios comprometidos a enlazar con infraestructura propia la ciudad. En la Tabla sólo se consideraron los compromisos de una muestra integrada por 6 de los 36 concesionarios (Alestra, Avantel, Bestel, Protel, Marcatel, y Unefon).



La duplicidad en las obligaciones de instalación de enlaces interurbanos observada en las obligaciones de cobertura de los títulos de concesión de larga distancia, es un resultado natural del sistema regulatorio actual basado en el concesionamiento caso por caso. Bajo este sistema se permite a cada solicitante proponer, en su solicitud de concesión de telefonía de larga distancia, sus futuras obligaciones de instalación de infraestructura de enlazamiento, siempre que cumpla con un mínimo de cobertura establecido en una regulación administrativa.<sup>99</sup> Adicionalmente, la autoridad tiene un amplio margen de discrecionalidad para otorgar o no las concesiones del servicio de larga distancia, lo que se presta a que, en el proceso de concesionamiento tenga lugar *de facto* una negociación de las condiciones de cobertura con la autoridad.<sup>100</sup> Del proceso anterior surge una serie de condiciones de cobertura que se incluyen obligatoriamente en los títulos de concesión<sup>101</sup> y que reflejan, por una parte, las obligaciones que el propio prestador de servicios se propuso asumir inicialmente conforme lo manifestó en su solicitud de título de concesión y, en su caso, aquellas que el solicitante añadió posteriormente a su solicitud (quizá influido por presión de la autoridad que dictaminó su solicitud). En el proceso de establecimiento de obligaciones de cobertura anteriormente descrito no existe participación social amplia (sólo participan la empresa solicitante y la autoridad involucrada en el trámite de la concesión), por

<sup>99</sup> El requisito mínimo de cobertura aplicable a los concesionarios que prestan el servicio de telefonía de larga distancia se desprende de la definición regulatoria de “red interestatal” utilizada para la tramitación de las solicitudes de concesión. Dicha definición señala: “Se entenderá por red pública de telecomunicaciones interestatal aquella que enlace con infraestructura propia ciudades ubicadas en cuando menos, tres entidades federativas (en su caso, incluido el Distrito Federal)”. Numeral 1, segundo párrafo, Acuerdo por el que se establece el procedimiento para obtener concesión para la instalación, operación o explotación de Redes Públicas de Telecomunicaciones Interestatales, al amparo de la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de septiembre de 1995.

<sup>100</sup> En esta materia, la redacción de la Ley otorga un considerable margen de discrecionalidad a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes al señalar que para obtener concesión los solicitantes deberán cumplir los requisitos aplicables “a satisfacción” de dicha Secretaría. Véase artículo 25, Ley Federal de Telecomunicaciones.

<sup>101</sup> La Ley obliga a incorporar los compromisos de cobertura en los títulos de concesión otorgados a quienes prestan servicios de telecomunicaciones. Dice: “El título de concesión [de red pública de telecomunicaciones] contendrá como mínimo lo siguiente... VII. Los compromisos de cobertura geográfica de la red pública,” artículo 26, Ley Federal de Telecomunicaciones.

lo que refleja una visión poco democrática de las obligaciones de servicio público (*e. g.*, de cobertura) que deberían ser establecidas. Tampoco existe transparencia en el proceso de establecimiento de estas obligaciones de servicio público. Sólo al final del proceso, una vez que se ha otorgado el título de concesión en el que se consignan las obligaciones de cobertura y que se ha publicado su extracto en el *Diario Oficial de la Federación* es posible consultar las obligaciones concretas de cobertura que efectivamente se impusieron.

#### D. *Inequidad competitiva entre los servicios locales*

El actual mercado mexicano de servicios de telefonía local es fruto de varias etapas sucesivas de apertura a la competencia, pero también de la convergencia tecnológica que ha hecho que los servicios de telecomunicaciones de voz inicialmente diferenciados acabaran siendo vistos por los usuarios como intercambiables. La complejidad de su desarrollo también es responsable de que actualmente exista en el mercado de servicios locales un mosaico de tratamientos regulatorios diferenciados. Los particulares que actualmente compiten en este mercado incluyen a Telmex y a otros concesionarios de telefonía alámbrica, a los prestadores de servicios de telefonía celular, de servicios de *trunking*, y de servicios PCS o WLL. Casi todos los anteriores concesionarios son considerados por las autoridades del sector telecomunicaciones como parte del denominado “servicio local”, salvo por los concesionarios de *trunking*;<sup>102</sup> pero incluso los concesionarios de *trunking* (en su dominante versión digital) son considerados competidores en el mismo mercado por las autoridades mexicanas en materia de competencia económica.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Véase Regla Segunda, fr. XXIV, Reglas del Servicio Local, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de octubre de 1997.

<sup>103</sup> La Comisión Federal de Competencia (Cofeco) ha considerado que la telefonía celular, la telefonía PCS y el *trunking* digital participan como competidores en el mismo mercado relevante. Al respecto, la Cofeco ha señalado que “la instalación del *trunking* digital tendría efectos positivos en eficiencia, costos, precios, calidad y variedad de servicios... Además facilita... la prestación de servicios similares a los de la telefonía celular y de RMP [radiolocalización móvil de personas], sobre bases competitivas”, y que “implificaría efectos procompetitivos notables en el mercado de la telefonía celular”. Véase “II. Concentraciones”, en el *Informe de la Cofeco del 2do. Semestre de 1996*; véase también las resoluciones de Cofeco en los casos de concentración referidos en los expedientes CNT-161-2000 y CNT-162-2000 del 26 de octubre de 2000.

No obstante, el desarrollo del servicio telefónico local se ha dado en un entorno de inequidad competitiva introducida por la regulación. En el apartado anterior vimos cómo el procedimiento de concesionamiento *caso por caso* en el sector de telefonía de larga distancia ha facilitado la creación de un campo de juego dispar para los diferentes concesionarios. En el caso de los servicios locales, el mosaico regulatorio de obligaciones de cobertura es todavía más diferenciado que en el del servicio de larga distancia. Además de tratarse de un concesionamiento *caso por caso*, las obligaciones de los concesionarios que ahora participan en el sector fueron establecidas en muy diferentes momentos, varias de éstas al amparo de los procedimientos contemplados por la Ley de Vías de 1940 (más discrecionales que los vigentes bajo la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995). Incluso los concesionarios cuyas obligaciones fueron establecidas al amparo de la misma Ley Federal de Telecomunicaciones y el mismo procedimiento, reciben un trato regulatorio ampliamente diferenciado en materia obligaciones de cobertura. La Tabla III muestra las diferencias entre las obligaciones de cobertura que se ha introducido en los títulos de concesionarios que compiten actualmente en el mercado de la telefonía local.

TABLA III

## OBLIGACIONES DE COBERTURA EN SERVICIO LOCALES

<i>Tipo de concesionario (años de concesionamiento)</i>	<i>Obligaciones</i>	<i>Ejemplos</i>
<i>Servicio público de radiotelefonía móvil celular (1989-1991, 2000)</i>	Cobertura en un número mínimo de ciudades durante los primeros 5 años de su operación.  Algunas de estas ciudades están claramente identificadas en el título de concesión y otras se dejan a la elección del concesionario.	Movitel del Noroeste, S. A. de C. V. (hoy Telefónica Móvistar), debió ofrecer el servicio, en su quinto año, "en 12 poblaciones".  Las poblaciones a ser cubiertas en primer año son identificadas específicamente, mientras que las poblaciones a ser cubiertas en los siguientes cuatro años (a lo largo de un eje carretero) podrán ser determinadas por el concesionario.

<i>Tipo de concesionario (años de concesionamiento)</i>	<i>Obligaciones</i>	<i>Ejemplos</i>
	Adicionalmente existe una obligación de atender las ciudades y localidades en que se concentre un porcentaje determinado de la población de la región para el 5º año de operación.	Al término del quinto año, el concesionario celular esta obligado a “tener una cobertura territorial de la Región 2 “Noroeste” [la que corresponde a Movitel] que sirva a las ciudades y localidades donde habite al menos el 75% de la población.”
<i>Servicio local mediante acceso inalámbrico fijo o móvil (1998)</i>	Cobertura en un número mínimo de municipios o delegaciones políticas (no “poblaciones”) que varía dependiendo de la región concesionada de que se trate.	Telinor (Axtel), Pegaso (hoy Telefónica Móvistar), Telmex y SPC (Unefon), tienen una obligación general de cobertura para el quinto año consistente en ofrecer el servicio en los municipios o delegaciones políticas en que, de acuerdo al último censo disponible, habite el 50% de la población total de la región concesionada (tratándose de las regiones 1, 2, 3, 4 y 9), el 40% de la población total de la región concesionada (tratándose de las regiones 5, 6 y 7), y en 10 municipios (tratándose de la región 8).
<i>Servicio de radiocomunicación especializada de flotillas (trunking) (1991-1995, 2000)</i>	Cobertura en ciudades previamente determinadas.	El título de Ángel Domingo Taboada Marin (hoy cedido a Nextel) lista cinco ciudades en las que debe proveerse el servicio en los tres primeros años de operación.
<i>Servicio de telefonía local fija alámbrica (1996-2003)</i>	Instalación de infraestructura alámbrica (kilómetros de fibra óptica y cable trenzado de cobre) para proveer el servicio en localidades y ciudades previamente determinadas de diversas entidades federativas para los primeros 5 años.	Unión Telefónica Nacional, S. A. de C. V. tuvo la obligación de instalar infraestructura cableada de fibra óptica en 35 (treinta y cinco) localidades y ciudades en los cinco primeros años de operación, y de instalar infraestructura cableada de par físico trenzado de cobre en los cinco

<i>Tipo de concesionario (años de concesionamiento)</i>	<i>Obligaciones</i>	<i>Ejemplos</i>
		<p>cinco primeros años de operación en 113 (ciento trece) localidades y ciudades. Metronet tuvo la obligación de cubrir una ciudad o localidad (el Distrito Federal y su zona conurbada) instalando un kilometraje determinado de infraestructura cableada de fibra óptica durante los primeros 5 años de operación.</p>

FUENTE: Extractos de títulos de concesión de las empresas consultados en el *Diario Oficial de la Federación* o títulos de concesión consultados en el Registro de Telecomunicaciones.

En los casos anteriores podemos ver las amplias diferencias que se presentan entre las obligaciones de cobertura de los diferentes concesionarios del servicio local. En primer lugar, la falta de equivalencia entre las categorías demográfico/geográficas utilizadas: población, ciudad o municipio. En segundo lugar, la amplia variabilidad de obligaciones de cobertura tanto entre tecnologías inalámbricas (celular, PCS, *trunking*), como entre las alámbricas. Compárese, por ejemplo, la obligación del concesionario de telefonía celular de tener cobertura en la región 2 en ciudades y localidades donde habite al menos el 75% de la población, con la obligación del concesionario de telefonía PCS de hacerlo —en la misma región 2— en municipios donde habite al menos el 50% de la población. Véase también la diferencia entre el concesionario de telefonía alámbrica local que debe instalar infraestructura de fibra óptica en 35 ciudades y localidades, e infraestructura cableada de cobre en 113 ciudades y localidades; mientras que otro concesionario sólo debe instalar infraestructura de fibra óptica en una ciudad y su zona conurbada. Desde luego la comparación entre concesionarios de telefonía alámbrica e inalámbrica es también reveladora de amplias diferencias, a las que se suma la dificultad de encontrar fórmulas de comparación.

El problema de inequidad competitiva introducido por el legado (actualizado diariamente) de obligaciones de servicio público incorporado, caso por caso, en los títulos de concesión del sector de las telecomunica-

ciones se agrava en vista del avance de la competencia en el sector. No es apropiado tratar de modo tan diferente a quienes compiten en el mismo mercado; bajo ese esquema frecuentemente se premiará a los ineficientes y se sancionará a los eficientes.

#### *E. Reducido impacto de la telefonía del Estado*

El magro desarrollo reciente de los servicios telefónicos proporcionados o financiados directamente por el Estado mexicano es otro ejemplo de los problemas del servicio público de telecomunicaciones en México. Después de la privatización de Telmex en 1990, el principal programa para aumentar la cobertura telefónica operado por el Estado fue el de telefonía rural financiado por SCT a través de una de sus unidades administrativas, y operado a través de diversas modalidades por diversos concesionarios contratados por el Estado y por la empresa estatal Telecom. Si bien en la década de los años noventa la telefonía rural se expandió significativamente (en gran parte por la contribución de Telmex), a partir del 2000 la cobertura de la telefonía rural prácticamente se estancó.<sup>104</sup>

Aunque existen diversos factores que deben considerarse para evaluar el pobre desempeño reciente, un factor que no debería omitirse es la muy vaga obligación estatal de extender la cobertura social de los servicios de telecomunicaciones (incluyendo al telefónico), que se suma a la muy débil obligación de los particulares de contribuir a ese esfuerzo. Adicionalmente, tanto el proceso de establecimiento de metas de cobertura en los Programas del Sector como el reporte de los resultados de los programas realizados son poco democráticos y transparentes, y no parecen existir consecuencias cuando las metas planteadas no son alcanzadas.

El otro instrumento de que dispone el Estado mexicano para aumentar con financiamiento directo la cobertura de los servicios de telecomunicaciones en México es el llamado Fondo de Cobertura Social que comentamos anteriormente. Como vimos al revisarlo, existen varias críticas que pueden hacerse al diseño y a la operación del Fondo. No obstante, la crítica fundamental debe hacerse a su reducido impacto (más bien nulo hasta ahora), ya que tres años después de provistos los fondos iniciales, to-

<sup>104</sup> En 2000 las localidades con servicio de telefonía rural fueron 47,120 (cubriendo a 23.1 millones de habitantes); en 2004 serían apenas 49,974 (cubriendo a 23.9 millones de habitantes). Véase Anexo Estadístico, Cuarto Informe de Gobierno 2004, p. 451.

davía no se ha gastado un centavo en aumentar la cobertura social de servicios de telecomunicaciones. No obstante, debe subrayarse que incluso si se hubieran ejercido los fondos asignados a este propósito (originalmente 750 millones de pesos), su impacto seguiría siendo muy reducido ante la magnitud de las necesidades y de las inversiones necesarias.

Quizá este último punto —el reducido monto e impacto de la acción estatal directa— es el que deba subrayarse cuando se evalúen los efectos de los servicios telefónicos proporcionados o financiados directamente por el Estado a la población mexicana (ya sea a través del Programa de Telefonía Rural o, eventualmente a través del Fondo de Cobertura Social). A partir de la privatización de Telmex, los montos que el Estado ha canalizado al desarrollo del sector telecomunicaciones (y de la cobertura telefónica) dejaron de ser significativos. Cuando se comparan las inversiones privadas con las públicas en el sector a lo largo de los últimos diez años, se evidencia la importancia crucial del factor privado frente al público. Para 2004, las inversiones públicas en telecomunicaciones totalizaría 147.4 millones de pesos, menos del 0.4% del total de inversiones del sector.<sup>105</sup> Por eso, a partir de 1990 el impacto significativo del Estado en el aumento de la cobertura de servicios de telecomunicaciones del sector tiene lugar a través de la regulación de los concesionarios (y no de la acción directa). Por eso es tan importante concentrar los esfuerzos de cambio en replantear correctamente el marco jurídico general y específico que rige esa regulación.

#### *F. Nuevas iniciativas postergan la transición regulatoria*

La situación regulatoria del servicio universal en México es una de deficiencias y limitaciones. Sin embargo, la senda por la que se está encaminando la reforma venidera del sistema no parece prometedora. A partir de la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones en 1995 se han presentado diversas iniciativas de reforma legal en la materia, ninguna de las cuales ha sido todavía dictaminada ni votada por el Congreso. Entre las presentadas destaca la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria presentada el 28 de agosto de 2002,<sup>106</sup> y cuyo capítulo

<sup>105</sup> Anexo Estadístico, Cuarto Informe de Gobierno 2004, p. 447.

<sup>106</sup> Iniciativa con proyecto de Decreto de Ley Federal de Telecomunicaciones, presentada el 28 de agosto de 2002 por los senadores Javier Corral Jurado, Emilio Gamboa Pa-

relativo a la cobertura social fue copiado casi íntegramente en dos iniciativas legislativas: la Iniciativa Meixueiro<sup>107</sup> y la Iniciativa Legorreta,<sup>108</sup> ambas de 2003.

Las iniciativas contienen elementos deseables. Entre los cambios planteados, se ha propuesto incorporar en Ley una definición de cobertura social como mínimo de servicios muy similar a las definiciones de servicio universal que encontramos en el derecho comparado.<sup>109</sup> Asimismo, al igual que en otras latitudes, y siguiendo las mejores prácticas, en estas Iniciativas se propone una definición evolutiva de cobertura social, susceptible de ser revisada por la propia autoridad.<sup>110</sup>

No obstante, al igual que en el caso de la ley vigente, las Iniciativas establecen una obligación genérica y débil de la autoridad de “procurar” la adecuada provisión de servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional,<sup>111</sup> para lo cual la autoridad debe elaborar programas.<sup>112</sup> Al igual que en la Ley vigente, las iniciativas se quedan notablemente cortas al abordar el crucial tema del financiamiento del Fondo de Cobertura Social que proponen. Ciertamente, el problema no es que las iniciativas comentadas no propongan varios esquemas de financiamiento, sino que los esquemas propuestos son poco adecuados para atender el reto del servicio universal, ya sea porque los recursos contemplados son insuficientes,<sup>113</sup>

trón, Erick Rubio Barthell y Héctor Osuna Jaime; y por los diputados Emilio Goicoechea Luna, Alonso Ulloa Vélez y Ángel Artemio Meixueiro González [en lo sucesivo Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria].

<sup>107</sup> Iniciativa con proyecto de decreto, que adiciona el capítulo de cobertura social de la Ley Federal de Telecomunicaciones, presentada el 24 de abril de 2003 por el diputado priísta Ángel Artemio Meixueiro González.

<sup>108</sup> Iniciativa de decreto por el que se adiciona un capítulo 1-A con la denominación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones y sus respectivas secciones y artículos del 9-A al 9-M, se adicionan los artículos 51-A al 51-K con sus respectivas secciones y subsecciones, se reforman los artículos 50 y 51 y la denominación de la actual sección segunda del capítulo cuarto de la cobertura social de las redes públicas, presentada el 11 de diciembre de 2003 por el diputado del Partido Verde, Jorge Legorreta Ordorica.

<sup>109</sup> Véase artículo 80, segundo párrafo, Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria.

<sup>110</sup> Véase artículo 80, cuarto párrafo, Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria.

<sup>111</sup> *Ibidem*, primer párrafo, Iniciativa de la Conferencia Parlamentaria.

<sup>112</sup> Véase artículo 85 de la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria.

<sup>113</sup> Por ejemplo, la nueva obligación a cargo del Estado de destinar anualmente y vía presupuesto el 30% de lo recaudado por el Estado por concepto de “multas, derechos y



porque se prevean mecanismos probadamente poco efectivos,<sup>114</sup> o porque se sujete el financiamiento del servicio universal a los inestables flujos derivados de las licitaciones del espectro por el gobierno mexicano.<sup>115</sup>

Además, ninguna de las iniciativas comentadas ataca el problema de la inequidad competitiva predominante en las disposiciones de cobertura heredadas del sistema actual. Por una parte, porque ninguna de las iniciativas toca las condiciones de los títulos de concesión o permisos otorgados con anterioridad a la expedición de la Ley. Por la otra, porque subsisten en lo fundamental los mecanismos de concesionamiento y condicionamiento caso por caso cuya aplicación ha generado las inequidades competitivas actuales. De hecho, en el caso de la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria y de sus seguidoras, se profundiza y fortalece el modelo de establecimiento discrecional de obligaciones de servicio público caso por caso, concesión por concesión, que ha propiciado la inequidad regulatoria vigente.<sup>116</sup>

Asimismo, al revisar las iniciativas presentadas resulta preocupante constatar la ausencia de varios temas fundamentales relacionados con la regulación del servicio universal. Es notable que ninguna de las iniciativas aborde los temas del llamado “déficit de acceso” o la reconversión de los títulos de concesión preexistentes, que son centrales para la regulación característica del servicio universal en el derecho comparado y que constituyen pendientes regulatorios preocupantes en el sector de las telecomunicaciones en México.

Por otra parte, las iniciativas de reforma legal comentadas pretenden reformar la regulación de la cobertura social de los servicios de telecomunicaciones, pero ninguna se propone regular expresamente a los servicios de

aprovechamientos en materia de telecomunicaciones”. Véase artículo 91, último párrafo, Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria.

<sup>114</sup> Es el caso del “trueque de espectro por cobertura”, mecanismo ya contemplado en la Ley vigente que ha mostrado ser poco útil en la práctica. Véase artículo 85, segundo párrafo, de la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria.

<sup>115</sup> Véase artículo 35, segundo párrafo, fracción II de la Iniciativa de la Conferencia Parlamentaria; artículos 49, segundo párrafo, fracción II, artículo 51, cuarto párrafo, fracción II, y artículo 59, sexto párrafo, fracción II de la misma Iniciativa. Los montos potenciales no son necesariamente insignificantes, pero sí muy inestables. Entre 1996 y 2000 el gobierno federal recaudó 9 mil 300 millones de pesos a través de este tipo de licitaciones, pero entre 2001 y 2003 la administración federal no recibió ingresos por este concepto.

<sup>116</sup> Véase artículo 43, fracción IV, inciso d), Iniciativa de la Conferencia Parlamentaria; también artículo 81, fracción II, de la misma Iniciativa.

telecomunicaciones como servicios públicos, ni tampoco introducir expresamente el concepto del servicio universal. De hecho, la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria y sus dos seguidoras omiten cualquier referencia al carácter público de los servicios de telecomunicaciones, aunque mantienen —de manera impropia— la figura de la concesión como requisito para la prestación de servicios de telecomunicaciones a través de redes públicas, lo que implicaría que los servicios prestados son considerados públicos. En general, las iniciativas comentadas plantean un esquema que desarrolla el régimen de la Ley vigente en materia de cobertura social, sin apuntalarlo expresamente ni en la institución del servicio público, ni en la del servicio universal. Por lo anterior, estas iniciativas podrían ser válidamente caracterizadas como continuadoras del conjunto regulatorio híbrido e impropio que caracteriza actualmente al sector.

#### IV. UNA TRANSICIÓN REGULATORIA INACABADA

El régimen jurídico de las telecomunicaciones mexicanas vive una transición regulatoria inacabada entre un servicio público que nunca acabó de consolidarse y un servicio universal incipiente que no acaba de reemplazar al primero. El servicio público sigue siendo la institución administrativa que subyace en el tratamiento regulatorio de los servicios de telecomunicaciones en México, pero se trata de un servicio público impropio fatalmente afectado por la carencia de fundamento legal firme y expreso. El servicio universal es la institución jurídica que más claramente ha venido a influenciar la nueva regulación de las obligaciones de los prestadores de servicios del sector, pero su introducción no deja de tener una importancia más simbólica que real, porque se ha dado omitiendo la introducción de muchos de los soportes institucionales que lo hacen funcionar bien en otras latitudes.

Vivir en el limbo de una transición regulatoria inacabada no tiene porqué ser el destino de la regulación mexicana de los servicios de telecomunicaciones. La reformulación europea del servicio público como servicio universal en el sector de las telecomunicaciones mostró que es posible introducir nuevas instituciones y técnicas de intervención administrativa que impulsen los objetivos del servicio público tradicional sin dañar la competencia entre múltiples participantes que caracteriza al sector de las telecomunicaciones en la actualidad. Imbuir al servicio pú-

blico del espíritu y las herramientas del nuevo servicio universal también puede revelarse como la fórmula jurídica idónea para lograr políticas públicas más garantistas, democráticas, transparentes, eficientes y efectivas en el sector.

Como lo muestra la siguiente Tabla IV —en la que resumo puntos argumentados a lo largo de este ensayo—, el modelo europeo de servicio público universal de telecomunicaciones se revela superior al actual modelo híbrido e indefinido mexicano bajo, al menos, cinco criterios de evaluación: derecho al servicio, democracia, transparencia, eficiencia y seguridad jurídica.

TABLA IV  
MODELOS REGULATORIOS COMPARADOS

<i>Criterio Evaluativo</i>	<i>Situación Mexicana (Modelo Mixto Indefinido)</i>	<i>Servicio Público Universal (Modelo Español/Francés)</i>
<i>Derecho al servicio</i>	No otorga auténticos derechos subjetivos a los habitantes, respecto a la existencia de un mínimo de servicios garantizados.	Se establece un mínimo social de servicios garantizados, constante-mente revisable al alza.
<i>Democracia</i>	No hay participación social en definición de obligaciones de servicio de los concesionarios. Las existentes son autodeterminadas por los prestadores sobre mínimo regulado ( <i>e. g.</i> , en telefonía de larga distancia), variable a lo largo del tiempo ( <i>e. g.</i> , en telefonía local).	Contenido del servicio universal y proyectos definidos con participación de diferentes sectores, incluyendo prestadores, funcionarios, consumidores y académicos.
<i>Transparencia</i>	No hay transparencia en el proceso de imposición de obligaciones de cobertura, ni siquiera -en todos los casos- de las obligaciones finalmente impuestas.	Procedimiento de definición de servicio universal abierto a consulta pública con publicación de propuestas. Condiciones aplicables a futuros prestadores públicas, equitativas y predeterminadas.

<i>Criterio Evaluativo</i>	<i>Situación Mexicana (Modelo Mixto Indefinido)</i>	<i>Servicio Público Universal (Modelo Español/Francés)</i>
Eficiencia	Inequidad competitiva (e. g., en telefonía local o de larga distancia). Infraestructura duplicada (e. g., en telefonía de larga distancia).	Financiamiento a base de contribuciones proporcionales y equitativas. Asignación de proyectos competitiva (abierto a todos) y al menor costo Sustitución de la concesión como título habilitante por la autorización general.
Seguridad jurídica	Fundamento constitucional firme para el servicio público, pero en el sector telecomunicaciones no está expresamente previsto en Ley, ni es utilizado por la autoridad como fundamento.	El servicio universal formulado como nuevo servicio público obtiene fundamento firme en sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición de servicio público.

En cualquier caso, es evidente que resulta necesario un cambio jurídico que atienda los fuertes problemas de política pública que se observa en el sector mexicano de las telecomunicaciones, mismos que hunden sus raíces en problemas más profundos de nuestras instituciones jurídicas y de la concepción doctrinal que las respalda. En ausencia de un fundamento legal claro no podrá sostenerse una regulación legal, reglamentaria y administrativa basada —aunque se resista a reconocerlo claramente— en las instituciones características del servicio público tradicional. Más aún, en ausencia de un fundamento firme y congruente con la Constitución, difícilmente podrán imponerse obligaciones efectivas de servicio universal sobre los participantes en el mercado de las telecomunicaciones. En tales condiciones, el desarrollo futuro de las telecomunicaciones mexicanas estará condenado a depender de los frutos que pueda ofrecer el mercado y de lo que los particulares quieran ofrecerle al país por buena fe o relaciones públicas; pero carecerá de lo mucho que puede aportar una política pública obligatoria que aumente la cobertura y universalice los servicios esenciales para la vida en sociedad sin obstaculizar la competencia.

Pero la transición del servicio público al servicio universal puede tener efectos que trasciendan los límites del sector telecomunicaciones. La experiencia del sector eléctrico mexicano muestra que el tema del servicio público es un tema vigente en el debate público mexicano actual, pe-

ro también que se trata de un tema espinoso que nuestras mejores mentes jurídicas prefieren no afrontar de manera directa.<sup>117</sup> Sin embargo, los esfuerzos de reformulación dogmática realizados por la doctrina de España y Francia a raíz de los cambios en el sector telecomunicaciones, muestran que es posible llegar a una nueva concepción del servicio público y que la vieja institución tradicional cobre nueva vida y se adapte provechosamente a las necesidades y características económicas y sociales de los albores del nuevo milenio.

<sup>117</sup> En un ensayo reciente sobre una controversia constitucional en materia eléctrica critican fuertemente la ausencia de un pronunciamiento claro y consistente de la Suprema Corte mexicana sobre el significado constitucional del servicio público en el sector eléctrico. Véase Cossío Díaz, José Ramón y Josefina Cortés Campos, “La inconstitucionalidad del reglamento de energía eléctrica (y las inconsistencias de la sentencia que la declara)”, *Este País*, México, julio 2002, p. 34.