

CAPÍTULO VI POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (Segunda parte)

La política de competencia efectiva, junto con una institución reguladora fuerte y una administración del espectro radioeléctrico apropiada, son los pilares en los cuales reside el éxito de un sector de telecomunicaciones que redunde en beneficios para todos. Existen muchos instrumentos que favorecen una competencia de tal naturaleza, como la compartición de infraestructura, la obtención oportuna de los derechos de vía y autorizaciones necesarias para el despliegue de redes, la publicidad y la transparencia, el fomento de la calidad en el servicio, así como la portabilidad y la separación contable para identificar subsidios cruzados nocivos para el mercado, según se expondrá en este capítulo.

En el sector de referencia se manifiestan algunas acciones y omisiones de los agentes regulados, que dependiendo de las circunstancias particulares, pueden representar un riesgo para el mercado en competencia. Más adelante se dedica una sección específica para describir prácticas potencialmente anticompetitivas: la negativa de acceso o de información, el uso indebido de la información, el estrangulamiento o estrechamiento de márgenes (*price squeeze*), el *customer lock-in*, la depredación de precios y las ventas atadas.

Un mercado en libre competencia se basa en la libertad tarifaria, pero en ocasiones se justifica una regulación tarifaria; por ello se exponen aquí algunos tipos de ésta, así como el sistema de precios tope al que se encuentra sujeta Telmex.

CAPÍTULO VI

Es frecuente también en el sector que se den fusiones, adquisiciones, alianzas o concentraciones entre agentes económicos que pueden ser competidores directos o en mercados relacionados. De ahí la importancia de poner en práctica también la medida *ex-ante* de autorizar, negar o condicionar ciertas concentraciones y las clases de éstas.

Si bien se asume que existe un mercado en competencia en telecomunicaciones, lo cierto es que siempre se presentan situaciones en las cuales un agente económico tiene o adquiere un poder de tal magnitud que ni sus competidores ni los consumidores pueden contrarrestar sus acciones, a lo cual se le conoce como dominancia. En consecuencia, se expondrá aquí lo relativo al mercado relevante y forma en que se determina de acuerdo con la experiencia comparada. Desde luego, se revisará asimismo el concepto de dominancia.

Las obligaciones específicas o condiciones asimétricas se imponen a un agente económico cuando es dominante en un mercado. La eficacia de un régimen en competencia se puede medir en la posibilidad de sujetar a los dominantes a este tipo de obligaciones, sin que éstas sean desproporcionales o injustas para aquél. En una sección se aborda el tema, junto con aspectos resultantes de la experiencia comparada.

Por último se describen las medidas que posibilitan la competencia efectiva y que sólo deben ponerse en juego cuando las demás han fracasado o resultado insuficientes para corregir las fallas de mercado: la separación y la desinversión o desincorporación.

1. COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA

El despliegue de una red implica grandes inversiones (algunas de las cuales representan costos hundidos), autorizaciones de distintos entes gubernamentales e impactos al medio ambiente, y precisa de tiempo, entre otros muchos retos. Por consiguiente la compartición de infraestructura puede ser un instrumento para fomentar la competencia, además de que se está utilizando de manera creciente para llevar telecomunicaciones a zonas alejadas y poblaciones que hasta ahora no tienen servicios de telecomunicaciones o éstos son insuficientes (véase Cap. IX). La compartición de infraestructura ayuda a enfrentar los altos costos del despliegue, el acceso restringido a recursos esenciales y la falta de incentivos a la inversión o la insuficiencia de los mismos.³⁰¹

301 Cfr. infoDev y UIT, *op. cit.*, nota 121, Módulo 2, sección 3.5, www.ictregulationtoolkit.

La infraestructura a compartirse se suele dividir en:

- *Pasiva*, que abarca obras de ingeniería, estructuras de soporte, componentes no-electrónicos, torres, mástiles, ductos, zanjas, separadores, recintos, generadores, equipos de aire acondicionado y de provisión de electricidad, baterías, instalaciones técnicas, servidumbres de paso, fibra oscura y espacios debajo de las alcantarillas donde se conectan instalaciones de servicios como drenaje, teléfono y gas, entre otros (*manhole*), y³⁰²
- *activa*, formada por los componentes electrónicos activos (la inteligencia de la red), las centrales, las estaciones base, los conmutadores de nodos de acceso, la fibra iluminada, los sistemas de gestión, el software para funciones básicas del sistema, los servidores para el acceso a banda ancha, entre otros.³⁰³

El tipo de red define qué elementos de la infraestructura pasiva o activa se pueden compartir. Por ejemplo, si se trata de servicios móviles, serán las radiobases o estaciones base; si es una red de televisión por cable, probablemente serán los postes; si es una red de cable submarino, será la estación de aterrizaje.

El balance entre la compartición de infraestructura (tanto activa como pasiva) para fomentar la competencia y evitar que la inversión se desincentive es complejo. No hay fórmula mágica ni experiencia comparada que permitan establecer la combinación ideal para alcanzar ese equilibrio.

Por otra parte, aunque en general se acepta que la compartición de infraestructura pasiva es conveniente para la competencia, la de infraestructura activa preocupa a los reguladores: no tienen suficientemente claro si es recomendable o si, por el contrario, podría inducir a prácticas anticompetitivas y lesionar la competencia.

[org/en/Section_3563.html](http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Section_3563.html) (fecha de consulta 28 de agosto de 2012)

302 Cfr. UIT, *Trends in Telecommunication Reform 2008: Six degrees of sharing*, op. cit., nota 6, pp. 41-43, Figura 3.2, e infoDev y UIT, op. cit., nota 121, Módulo 2, sección 3.5, www.ictregulationtoolkit.org/en/Section_3563.html (fecha de consulta 28 de agosto de 2012).

303 Cfr. UIT, *Trends in Telecommunication Reform 2008: Six degrees of sharing*, op. cit., nota 6, pp. 42, 45, Tabla 3.2, e infoDev y UIT, op. cit., nota 121, Módulo 2, sección 3.5, www.ictregulationtoolkit.org/en/Section_3563.html (fecha de consulta 28 de agosto de 2012).

CAPÍTULO VI

El precepto inicial para la compartición de infraestructura como política pública es que el gobierno la establezca de manera clara y precisa, al tiempo que cuente con la determinación de llevarla a cabo pese a las preocupaciones de los operadores. Dicha política debe fomentar la compartición y la competencia, sin minar los incentivos para la inversión en infraestructura de telecomunicaciones.

Por lo anterior, los reguladores deben lograr lo siguiente: la no discriminación entre los operadores para la compartición de infraestructura; la transparencia de los elementos de red, de la infraestructura a compartirse y de las tarifas que se pagarán; contar con un procedimiento expedito de solución de controversias y proveerse de mecanismos e instrumentos para hacer cumplir sus decisiones.

“Ninguna política puede ser efectiva sin un marco bueno para el cumplimiento de sus decisiones, en el cual las quejas puedan presentarse y las controversias puedan ser resueltas en relación con la compartición de infraestructura (...) un mecanismo sólido y efectivo para manejar las quejas, con sanciones suficientes para desincentivar violaciones.”³⁰⁴

2. DERECHOS DE VÍA Y AUTORIZACIONES PARA EL DESPLIEGUE DE REDES

Los derechos de vía y de sitio, así como las autorizaciones para instalar equipos de telecomunicaciones (p. ej., radiobases, antenas) y medios de transmisión (p. ej., cables de fibra óptica), son fundamentales para el despliegue de redes e inciden directamente en el ámbito de competencia del sector.

La falta de transparencia y la disparidad de requisitos exigidos por las autoridades locales son un riesgo para la sana competencia, puesto que si se da un trato discriminatorio los derechos de vía se convierten de entrada en una barrera. La instalación y operación de redes obliga a colocar estaciones base y antenas para servicios móviles, cavar zanjas para tender la fibra óptica o el cable coaxial, utilizar espacio en banquetas para casetas

304 “No policy can be effective without a sound enforcement framework, in which complaints can be brought and disputes resolved with respect to sharing infrastructure (...) a solid and effective mechanism for handling complaints, with sufficient sanctions to discourage violations”, UIT, *Trends in Telecommunication Reform 2008: Six degrees of sharing*, *op. cit.*, nota 6, p. 54 [traducción de la autora]

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

telefónicas y, en ocasiones, es importante hacer uso de los postes de las redes eléctricas para cableado o para la instalación de antenas.

Suele considerarse que, cuando fue monopolio, el operador histórico tuvo privilegios para tender su red y obtener derechos de vía y otras autorizaciones, incluso sin pagar por ello en muchas ocasiones, por lo cual los nuevos operadores debieran gozar de los mismos privilegios.³⁰⁵ Asimismo, cuando un concesionario forma parte de un corporativo, se le facilita colocar radiobases, antenas y otros equipos en las instalaciones de las empresas de su grupo, aun cuando éstas se encuentren o no relacionadas con el sector.

Por lo demás, el despliegue de redes y la propiedad de los sitios, las antenas y las estaciones base los pueden realizar también empresas que no son operadoras de telecomunicaciones. Estas compañías finalmente arriendan los sitios y la infraestructura a dichos operadores.

Los derechos de vía se refieren a la franja de terreno necesaria para la construcción, conservación, ampliación, protección y uso adecuado de una vía de comunicación (p. ej., carretera), de una tubería (p. ej., ductos para el transporte de hidrocarburos) o de la infraestructura de distribución de energía (p. ej., postes de electricidad).

Con base en los derechos citados se acostumbra instalar medios de transmisión, se pueden utilizar terrenos o inmuebles para la instalación de equipos necesarios para la operación de redes de comunicación y de otros proyectos de infraestructura. Los derechos de sitio no prevén la transmisión, el flujo o conducción de comunicaciones, sustancias o energía.

El uso de los derechos de vía y de sitio precisan de autorizaciones de diversa naturaleza que pueden implicar a autoridades locales y nacionales:³⁰⁶ (1) licencias de construcción y constancias de factibilidad de uso de suelo otorgadas por municipios o autoridades locales, (2) manifestación de impacto ambiental solicitada por autoridades federales o locales, (3) permiso para la utilización de derecho de vía, que podrá ser federal (p. ej., derecho de vía en una autopista federal), estatal (p. ej., una carretera que atraviese dos o más municipios de una misma entidad federativa) o municipal (p. ej., vía pública dentro de un

305 Cfr Braun, Jens-Daniel y Capito, Ralf, "The Framework Directive" en Koenig, Christian *et al* (eds), *EC Competition and Telecommunications Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, p. 357

306 En el caso de México, para la utilización de derechos de vía y derechos de sitio pueden llegar a requerirse autorizaciones municipales, de las entidades federativas y de la Federación

CAPÍTULO VI

solo municipio), y (4) autorizaciones de dependencias de la administración pública federal como el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) (p. ej., cuando el proyecto se ubica cerca de un monumento histórico o arqueológico) o la Dirección General de Aeronáutica Civil de la SCT.

La obtención de dichas autorizaciones y el tiempo para concederlas afecta directamente la construcción de las redes, el establecimiento de éstas en zonas remotas, el florecimiento de una competencia efectiva entre los prestadores de servicios del ramo y la disponibilidad de más y mejores servicios, a precios más bajos, para los consumidores.

Para los efectos de esta explicación, a los derechos de vía, los de sitio y las autorizaciones necesarias para su utilización se les denominará de manera genérica como derechos de vía. Estos últimos deben proveerse conforme a procedimientos transparentes, públicos y no discriminatorios. La OMC señala que deben otorgarse “de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria”.³⁰⁷

Los operadores de telecomunicaciones suelen enfrentar problemas para desplegar su red, relacionados éstos con los derechos de vía y las autorizaciones de las autoridades locales, principalmente. Los procedimientos para la obtención de esos derechos pueden variar de localidad en localidad (p. ej., de municipio en municipio en el caso de México).

En muchas ocasiones los procedimientos y criterios para la concesión de licencias y autorizaciones no son públicos y pueden ser discriminatorios, motivo por el cual su obtención, necesaria para colocar equipo de telecomunicaciones a fin de habilitar o ampliar una red, puede llevar mucho tiempo.

La OCDE ha señalado que en México se manifiestan tres problemas que complican el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones relacionado con los derechos de vía: “(...) i) el gran número de procedimientos, permisos y requisitos necesarios previos a la instalación de infraestructura en un lugar dado; ii) las enormes diferencias entre las reglas escritas y no escritas de un municipio a otro en este tema, y iii) la extorsión o la corrupción para la obtención de derechos de vía”.³⁰⁸

En numerosas ocasiones los desafíos van más allá de los nuevos equipos y medios de transmisión a desplegar. Esto se debe a que algu-

307 OMC, *Documento de referencia (servicios de telecomunicaciones)*, op. cit., nota 126, numeral 6.

308 OCDE, *Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México (2012)*, op.cit., nota 84, p. 111.

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

nas autoridades expiden nuevas reglas para el uso de suelo y exigen a los operadores dismantelar los equipos que hubieran instalado, o regularizar y obtener nuevas autorizaciones conforme a las normas vigentes, sin considerar que esto puede representar una violación constitucional del principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de los gobernados y una afectación a los servicios de telecomunicaciones.

Derechos de vía y autorizaciones en México. La Constitución³⁰⁹ señala que el Congreso es competente para legislar en materia de vías generales de comunicación, tecnologías de la información, comunicación, radiodifusión y telecomunicaciones, incluida la banda ancha e internet,³¹⁰ en tanto que los municipios –con base en las leyes federales y estatales relativas– están facultados para formular su desarrollo urbano, decidir en lo referente a las autorizaciones de uso de suelo y otorgar licencias y permisos para construcciones.³¹¹

La SCJN se pronunció al respecto en un caso resuelto alusivo al despliegue de redes y un plan de desarrollo urbano. Inversiones Nextel de México, S.A. de C.V. (Inversiones Nextel) es titular de una concesión de red pública de telecomunicaciones y de otra para el uso, aprovechamiento y explotación de bandas de frecuencias para usos determinados. Conforme a las concesiones citadas, dicha empresa está obligada a proveer, a más tardar en el 2015, servicios de radiocomunicación especializada de flotillas con una cobertura de 100% de los ejes carreteros y en las localidades donde habite el 50% de la población de los municipios de Culiacán, Badiraguato, Cosala, Elota, Mocrorito y Navolato.

309 Artículo 73, fracción XVII, de la Constitución

310 En México la LFT ha señalado que (1) los derechos de vía y de uso de bienes (torres y postes eléctricos, terrenos adyacentes a ductos de hidrocarburos, postes y ductos con cableados de redes públicas de telecomunicaciones) que se hagan disponibles a un concesionario deben basarse en principios no discriminatorios para los demás concesionarios, siempre que las condiciones técnicas, de seguridad y operación lo permitan, (2) está prohibido que un concesionario contrate en exclusiva dichos derechos de vía, y (3) es de interés público la instalación de cableado y equipo para las redes públicas de telecomunicaciones, “debiéndose cumplir las disposiciones estatales y municipales en materia de desarrollo urbano y protección ecológica aplicables” (artículos 5 y 45 de la LFT) La LFT no establecía qué debe prevalecer en caso de conflicto o contradicción entre las normas de telecomunicaciones que son competencia de la Federación y aquellas municipales de uso de suelo y desarrollo urbano ¿Existen facultades concurrentes o en conflicto en cuanto a derechos de vía?

311 Artículo 115, fracción V, incisos a, d y f de la Constitución.

CAPÍTULO VI

Comunicaciones Nextel de México, S.A. de C.V. (en adelante referida como Nextel 2) tiene celebrado un contrato de comisión mercantil con Inversiones Nextel para la venta, distribución y promoción del servicio concesionado a esta última. Nextel 2 es el agente que suscribió los contratos de arrendamiento en los predios donde se pretendía instalar las antenas, y el que solicitó la expedición de constancias de zonificación para diversos predios urbanos en Culiacán con miras a la instalación y operación de antenas. El director local de Desarrollo Urbano respondió a Nextel 2 negando dichas constancias con el argumento de que en las zonas donde se ubican los predios está prohibida la instalación y operación de antenas de telefonía celular. El fundamento para la respuesta del funcionario fue la tabla matriz de compatibilidad de usos y destinos del suelo, que forma parte del Plan Director de Desarrollo Urbano del Municipio de Culiacán.

Inversiones Nextel y Nextel 2 promovieron un amparo en contra de las negativas citadas. Argumentaban que la prohibición de instalar antenas de telefonía celular en Culiacán era tan amplia que impedía la prestación de un servicio concesionado y, por ende, implicaba una modificación a los términos de la concesión de telecomunicaciones de Inversiones Nextel en cuanto a cobertura, por lo cual, sostenían las empresas quejas, la autoridad municipal estaría invadiendo facultades exclusivas de la Federación en materia de vías generales de comunicación. Al no autorizarse la instalación de las antenas, precisaban, se estaría impidiendo la prestación del servicio de telefonía celular en Culiacán.

Ambas firmas ofrecieron un peritaje con el que pretendieron sustentar técnicamente sus argumentaciones. El perito oficial y el perito presentado por las quejas coincidieron en que las restricciones de desarrollo urbano y uso de suelo de Culiacán no tomaron en cuenta los requisitos mínimos para que un concesionario de telefonía celular o de radiocomunicación especializada de flotillas pudiera prestar dichos servicios con calidad.

Los mismos peritos también coincidieron en señalar que el hecho de instalar las antenas en la periferia de Culiacán no resolvía la problemática, toda vez que este tipo de redes deben tener células que se traslapen con la finalidad de que el usuario en movimiento que está en una llamada no pierda la comunicación.

El amparo promovido fue atraído por la SCJN y resuelto por la Segunda Sala. La Corte consideró que tanto Inversiones Nextel como Nextel 2 tenían interés jurídico para promover el amparo “porque independientemente de quién sea la persona que solicite los certificados

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

de zonificación para la instalación de las antenas de telefonía celular, la negativa de otorgar el mencionado certificado por existir la prohibición del uso de suelo establecido en la Tabla Matriz que se reclama, finalmente causa una afectación en la esfera jurídica de la persona que goza del permiso para explotar esa red, que en el caso lo es, precisamente [Inversiones Nextel]³¹².

La SCJN reconoció la facultad del municipio de Culiacán para regular el uso de suelo mediante planes de desarrollo urbano municipal, y confirmó que actuó en el marco de sus facultades y deberes jurídicos al expedir el Plan Director de Desarrollo Urbano local. Sin embargo, con base en los peritajes la SCJN concluyó que la Tabla Matriz de dicho plan no tomó en cuenta las necesidades de los concesionarios de telecomunicaciones para que pudieran prestar servicios, o bien para impedir que las comunicaciones tuvieran cortes o interferencias.

En ese sentido, resulta que al ser el objeto de la limitante establecida en el Plan reclamado la prohibición para la instalación de antenas de telefonía celular, las cuales forman parte de una red de telecomunicaciones y, por tanto, parte de las vías generales de comunicación, es inconcuso que la prohibición establecida en la Tabla reclamada incide en la utilización del espectro radioeléctrico que tiene concesionado una de las quejas.

Lo anterior no implica desconocer la facultad de los municipios para autorizar y controlar la utilización del suelo dentro de su jurisdicción territorial contenida en el artículo 115, fracción V de la Constitución Federal, a través de planes de desarrollo urbano municipales, ni el desconocimiento de que el Municipio de Culiacán, al expedir el Plan Director de Desarrollo Urbano de que se trata, no sólo actuó dentro de su ámbito de facultades, sino, incluso, bajo deberes jurídicamente establecidos para la tutela de intereses públicos fundamentales y el interés social, que representa la regulación de los asentamientos humanos y la ordenación.

Sin embargo, se debe advertir que al hacerlo, deben tomar en cuenta las necesidades que los diversos operadores de telefonía requieren para la efectiva prestación del servicio que tienen concesionado, para así lograr un equilibrio

312 SCJN, amparo en revisión 681/2011 promovido por Inversiones Nextel de México, S A de C V, y Comunicaciones Nextel de México, S.A. de C V, resuelto por la Segunda Sala el 23 de noviembre de 2011.

CAPÍTULO VI

entre el desarrollo urbano sustentable y adecuado de las políticas urbanas y las necesidades de ciertos servicios de interés social como el de radiocomunicaciones.³¹³

Conforme a esta sentencia, los planes de desarrollo urbano municipal deben considerarse sujetos a lo que señalan las leyes federales y estatales (inciso a, fracción V del artículo 115 de la Constitución). En consecuencia, el municipio violentó los artículos 16 y 28 constitucional. El caso es que, al expedir planes de desarrollo urbano locales, el municipio de Culiacán debe atender las necesidades de la población, así como las técnicas en relación con la infraestructura, de tal suerte que no impida la prestación de servicios concesionados.

La resolución de la Segunda Sala en cuanto al amparo 681/2011³¹⁴ establece un punto favorable al despliegue de las redes de telecomunicaciones y ordena a los municipios considerar las necesidades en este sentido cuando elaboren sus planes de desarrollo urbano municipal y la zonificación de usos de suelo.

Lo anterior es importante, mas no definitorio, en lo que atañe a derechos de vía en México, puesto que el municipio de Culiacán planteó un supuesto extremo a partir del cual se prohibía de manera general la instalación de antenas en los corredores urbanos de la ciudad.

El reto más grande en el rubro de derechos de vía en el país continúa

313 *Idem*

314 En esta ejecutoria del amparo en revisión 681/2011, la Segunda Sala de la SCJN incurrió en una contradicción sobre si los servicios de telecomunicaciones son o no servicios públicos. Las quejas señalaban que los servicios que están obligadas a prestar por virtud de las concesiones son públicos. La Segunda Sala recordó que en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 el pleno, "(...) por unanimidad de nueve votos, siendo ponente el ministro Aguirre Anguiano, [determinó que] los servicios de telecomunicaciones (como lo es en la especie, el servicio de telefonía celular) no constituyen un servicio público, sino una actividad de interés social que el Estado debe vigilar y proteger para el debido cumplimiento de su función social" Más aún, la Segunda Sala citó y transcribió la jurisprudencia "Radiodifusión y telecomunicaciones conforme a las leyes que las regulan, no constituyen un servicio público, sino actividades de interés público, por lo que las concesiones que se otorgan son sobre bienes del dominio público" (Registro 170629, pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, tomo XXVI, diciembre de 2007, jurisprudencia P.J. 64/2007, página 1093). Sin embargo, posterior a ello, como parte de su argumentación en la ejecutoria del amparo en revisión 681/2011, una y otra vez refirió que se trataba de servicios públicos, lo cual contradice lo que la propia Segunda Sala había mencionado en dicha ejecutoria y con la jurisprudencia del pleno de la SCJN. Es importante destacar que con la Reforma Constitucional de 2013 los servicios de telecomunicaciones y los de radiodifusión ya están catalogados como servicios públicos de acuerdo con el artículo 6, apartado B, fracciones II y III de la Constitución.

siendo lograr la transparencia en lo que se refiere a requisitos, plazos y procedimientos para la obtención de constancias de factibilidad de uso de suelo, licencias de construcción y autorizaciones para desplegar red. La falta de transparencia en este ámbito no se modifica con la citada resolución de la SCJN; así que la disponibilidad de redes de telecomunicaciones para todos y de calidad seguirá sujeta a la discrecionalidad –en ocasiones arbitrariedad también– de las autoridades municipales, en perjuicio de la certidumbre jurídica y la sana competencia en el sector.

En 2012 el gobierno federal expidió el Acuerdo Secretarial, cuya finalidad es promover el óptimo aprovechamiento de los inmuebles federales y la instalación de infraestructura de redes públicas de telecomunicaciones en beneficio de la población.³¹⁵ Precisamente, por medio de este instrumento se busca poner a disposición de los concesionarios del sector dichos inmuebles para la instalación de equipos.

Sin embargo, este Acuerdo (1) no evita que los concesionarios tengan que obtener las autorizaciones municipales y de otras autoridades competentes; (2) no señala cuáles son los inmuebles disponibles; sólo refiere que dicho catálogo será publicado posteriormente por el Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales, y (3) será potestativo para las dependencias que estén ocupando el inmueble federal el celebrar los contratos de arrendamiento respectivos. Dicho en otras palabras, es posible que haya inmuebles federales para el despliegue de red tal como existe hoy día la posibilidad de que el concesionario llegue a un acuerdo con un particular para la instalación de equipos en sus inmuebles; pero de todos modos el concesionario se enfrentará a los requisitos y procedimientos ordinarios para la obtención de las autorizaciones para el despliegue de red.

3. PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

La publicidad y la transparencia son esenciales para el sector, en especial en mercados con uno o varios operadores que son dominantes. Más específicamente, la disponibilidad de información es factor clave para el desarrollo de un mercado en competencia y para asegurar que no haya trato discriminatorio entre operadores, o entre éstos y los otros prestadores de servicios (p. ej., las comercializadoras, los MVNOs o *Mobile Virtual Network Operators*).

En este contexto, es posible que el marco jurídico exija (1) que el

315 Publicado en el DOF del 28 de marzo de 2012.

CAPÍTULO VI

regulador cumpla con obligaciones de transparencia (p. ej., requisitos y procedimientos para obtener una concesión), y (2) que todos los operadores se obliguen a hacer públicos ciertos actos (p. ej., publicidad de términos y condiciones de interconexión o de tarifas), o bien, que tales obligaciones sean únicamente para los operadores dominantes.

La justificación respecto del hecho de que sólo se estipulen obligaciones de publicidad y transparencia para los operadores dominantes en sus respectivos mercados obedece a que tienen mayores incentivos para no revelar información o hacer uso injustificado de ella en detrimento de sus competidores y/o consumidores, en tanto que aquellos que no tienen poder de mercado requieren de información para exigir un trato no discriminatorio o denunciar cualquier trato que los discrimine.

El Documento de Referencia de la OMC señala diversas obligaciones de publicidad y transparencia:

1. Como una salvaguarda para la competencia, deben existir medidas para que un proveedor principal (con poder significativo en el mercado) no incurra en la práctica anticompetitiva de no poner oportunamente a disposición de otros proveedores información técnica sobre recursos esenciales, así como la de carácter comercial pertinente para que dichos proveedores puedan suministrar servicios.³¹⁶
2. Los acuerdos de interconexión del proveedor principal deben ser públicos, o bien, debe éste tener una oferta pública de interconexión.³¹⁷
3. Los criterios y requisitos para otorgar concesiones, permisos o licencias (títulos habilitantes) deben ser públicos, e incluir los plazos en los que la autoridad está obligada a responder a la solicitud de cualquier título habilitante.³¹⁸
4. Los términos y condiciones de los títulos habilitantes deben estar públicamente disponibles (p. ej., un modelo de título de concesión de red pública de telecomunicaciones).³¹⁹

316 OMC, *Documento de referencia (servicios de telecomunicaciones)*, op. cit., nota 126, numerales 1.1 y 1 2(c).

317 *Ibidem*, sección 2.4

318 *Ibidem*, sección 4(a)

319 *Ibidem*, sección 4(b).

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

5. Los procedimientos para la atribución y el uso de recursos escasos (p. ej., frecuencias, números y derechos de vía) deben realizarse de manera transparente, objetiva, oportuna y no discriminatoria.³²⁰
6. Las bandas de frecuencias atribuidas y su situación deben estar disponibles públicamente.³²¹

En México se tienen previstas obligaciones de publicidad y transparencia específicas del sector, así como otras de carácter general contempladas en la Constitución, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la LFPA. Cabe señalar que la Carta Magna exige que cuando una persona ejerce su derecho de acceso a la información debe prevalecer el principio de máxima publicidad.³²² Las obligaciones de publicidad y transparencia se basan en los siguientes aspectos:

- *Marco jurídico.* Las leyes, los reglamentos, las disposiciones administrativas de carácter general y los acuerdos internacionales de telecomunicaciones suscritos por México deben estar públicamente disponibles en el sitio web del regulador de telecomunicaciones. En la LFT se exige que estas normas se hallen inscritas en el Registro de Telecomunicaciones, junto con los criterios interpretativos de las disposiciones de telecomunicaciones realizados por el Pleno de Cofetel.³²³
- *Frecuencias y sus usuarios.* El CNAF, la información relativa a los usuarios de cada segmento por región y a las bandas de frecuencias otorgadas en distintas zonas del país conforme a la LFT deben ser públicos, salvo lo que atañe a las frecuencias para seguridad pública y nacional.³²⁴
- *Programa de licitación y procedimientos para obtener los títulos habilitantes.* Debe publicarse periódicamente el programa alusivo a las

320 *Ibidem*, sección 6.

321 *Ibidem*, sección 6.

322 Artículo 6, fracción I de la Constitución

323 Artículo 64, fracciones X, XI y XIII, de la LFT.

324 Artículo 64, fracciones II y VI, de la LFT

CAPÍTULO VI

bandas de frecuencias para uso determinado que se someterán a licitación pública conforme a la LFT (véase Cap. XIV, sec. 2).³²⁵

- Las sesiones, acuerdos y resoluciones del Iftel son por disposición constitucional de carácter público, salvo por las excepciones que establezca la ley.
- Títulos habilitantes y otros. Los requisitos para solicitar y, en su caso, obtener títulos habilitantes deben estar contemplados en una ley, reglamento o disposición de carácter general, así como en el Registro Federal de Trámites y Servicios.³²⁶ La autoridad no puede exigir trámites adicionales a los inscritos en este registro, ni aplicarlos en forma distinta a la señalada en el mismo.³²⁷ Los títulos de concesión, los permisos, las asignaciones, los servicios de valor agregado y las cesiones de derechos y obligaciones deben estar inscritos en el Registro de Telecomunicaciones conforme a la LFT. Asimismo, cualquier otro documento relativo a las operaciones de los concesionarios, permisionarios o asignatarios deben inscribirse en dicho registro cuando lo exija alguna disposición legal o reglamentaria.³²⁸ Los plazos para el otorgamiento de concesiones, permisos y constancias de valor agregado deben estar previstos en el marco jurídico; sin embargo, generalmente la autoridad se excede en los plazos para la respuesta.
- *Consulta pública y mejora regulatoria.* Todos los proyectos de reglamentos y disposiciones administrativas generales, cualquiera que sea el nombre que se les dé (p. ej., reglas, acuerdos, resolución, planes), tienen que pasar por una fase de mejora regulatoria que incluye un plazo de consulta pública. Para ello, la autoridad presenta el proyecto junto con una manifestación de impacto regulatorio (MIR) ante la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer) y lo sube al sitio web de la propia autoridad. La Cofemer realiza el proceso de consulta pública, en el cual puede participar cualquier persona o institución interesa-

325 Artículo 15 de la LFT

326 Artículo 69-M de la LFPA.

327 Artículo 69-Q de la LFPA.

328 Artículo 64, fracciones I, III, V y XVII de la LFT.

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

da en opinar sobre el proyecto de regulación. Después de ello, la misma instancia efectúa un análisis de costo-beneficio y emite un dictamen con sus observaciones y las de las personas que presentaron comentarios en la consulta pública. Entonces la autoridad evalúa la pertinencia de incorporar las observaciones tanto de quienes enviaron comentarios como de la Cofemer, y ajusta en su caso el proyecto de regulación, que es nuevamente sometido a la revisión de la Cofemer. Si esta instancia considera que las observaciones fueron atendidas debidamente o se responde justificando por qué no fueron atendidas, entonces emite un dictamen total final que permite publicar la regulación en el DOF.³²⁹ La ley reglamentaria debe exigir que el Ifotel elebre y publique el análisis costo-beneficio de la regulación a emitirse, así como que realice una consulta pública justificando las razones por las que decide tomar en cuenta o desestimar los comentarios presentados al realizarse ésta.

- *Tarifas*. Las tarifas al público y aquellas mínimas autorizadas conforme a la LFRTV deben inscribirse en el Registro de Telecomunicaciones.³³⁰
- *Convenios de interconexión*. Éstos deben ser inscritos por los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones en el Registro de Telecomunicaciones, conforme a la LFT.³³¹
- *Gravámenes*. Los gravámenes (p. ej., hipotecas) sobre concesiones y permisos deben asimismo estar inscritos en el Registro de Telecomunicaciones (véase Cap. XV, sec. 5).³³²
- *Sanciones*. Conforme a la LFT, las sanciones impuestas por la SCT, la Cofotel (con base en la LFRTV) y la Secretaría de Gobernación, y aquellas previstas en el Código Penal Federal y los códigos penales de las entidades federativas, deben inscribirse en el Registro de Telecomunicaciones.³³³

329 Artículos 4, 69-H, 69-J, 69-K y 69-L de la LFPA, y 10 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

330 Artículos 61 y 64, fracciones VIII y IX, de la LFT

331 Artículo 64, fracción VII, de la LFT.

332 Artículo 64, fracción IV, de la LFT

333 Artículo 64, fracción XV, de la LFT

CAPÍTULO VI

- *Información a consumidores.* Con arreglo a la LFT, los concesionarios y permisionarios deben proveer información completa y veraz respecto de los servicios de telecomunicaciones que presten.³³⁴
- *Varios.* El informe anual de la Cofetel y las estadísticas de los servicios de telecomunicaciones deben inscribirse en el Registro de Telecomunicaciones, en apego a la LFT.³³⁵

El Iftel debe presentar anualmente un programa de trabajo, y trimestralmente un informe de actividades a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión. Asimismo el titular del Iftel debe comparecer ante el Congreso de la Unión anualmente cuando le sea solicitado.

El Registro de Telecomunicaciones de la LFT es de naturaleza pública, por lo cual toda la información y documentación inscrita ahí pueden ser consultadas por cualquier persona, salvo la información de carácter confidencial o reservado.³³⁶ En estos casos deberá existir una versión pública de los documentos que contengan información confidencial y reservada. La LFT prevé el acceso remoto, vía electrónica, al Registro de Telecomunicaciones conforme lo establezca el reglamento correspondiente, aunque hasta el momento de editar este libro no se había expedido ni permitido dicho acceso remoto.³³⁷

La Reforma Constitucional de 2013 dispone que el Iftel llevará un Registro Público de Concesiones.³³⁸ Por su parte, la ley reglamentaria deberá prever que este registro cubra todos los requisitos de transparencia y publicidad necesarios para un sector de telecomunicaciones en competencia, o bien tendrá que preservar el Registro de Telecomunicaciones para aquellos temas que no estén contemplados en el otro registro.

4. CALIDAD EN EL SERVICIO

Uno de los objetivos de la liberalización del mercado de telecomunicaciones fue mejorar la calidad de los servicios que se brindan a los

334 Artículo 68, párrafo segundo, de la LFT.

335 Artículo 64, fracciones XII y XIV, de la LFT.

336 Artículo 65, párrafo primero, de la LFT.

337 Artículo 65, párrafo segundo, de la LFT.

338 Artículo 28 de la Constitución, y artículo Octavo fracción VI transitorio de la Reforma Constitucional de 2013.

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

usuarios. Dicho propósito se planteó bajo el supuesto de que, al haber competencia efectiva, las empresas competirían por proveer la mejor calidad. Así, ésta debería constituirse en una ventaja para el operador que la provea, con base en una relación entre aquélla y el precio; pero esto requeriría de la existencia de un verdadero mercado en competencia. Ante las deficiencias del mercado, la autoridad reguladora necesita en muchas ocasiones intervenir para fomentar la calidad y exigir el cumplimiento de indicadores de la misma.

La estrecha relación entre calidad y precio explica el hecho de que algunos operadores sacrifiquen aquélla en aras de abatir éstos, lo que cobra especial relevancia cuando se trata de un operador sujeto a control tarifario (p. ej., la autorización de tarifas al público, como en México con Telmex para los servicios local y de larga distancia). En este supuesto, el operador que se halla en las circunstancias descritas no puede aumentar sus precios, e incluso en algunos casos debe reducirlos. Entonces, dicho operador podría optar por menoscabar la calidad del servicio y por dejar de invertir en infraestructura con la finalidad de permanecer dentro del rango de tarifas que le permita el control respectivo.

La calidad tiene diversas facetas, que pueden estar vinculadas con la red (p. ej., capacidad de la red y de reparación de fallas), con los sistemas (p. ej., facturación y cobranza), con los recursos humanos del operador (p. ej., servicio de atención al cliente) o con una combinación de red, sistemas y recursos humanos (p. ej., tiempo de instalación y operación de una línea nueva).

La calidad en cada país varía según el servicio y el grado de desarrollo de las redes, y dependiendo de la competencia. Así, la calidad puede apreciarse en el plazo de instalación de una línea, en la continuidad de las llamadas (p. ej., que no se corten durante la comunicación) o la nitidez constante de una imagen de video. La importancia que los prestadores de servicios le dispensan a la calidad también se manifiesta en la cortesía en la atención al cliente.

La calidad se puede promover requiriendo la publicación de los resultados de los indicadores de calidad por parte de los operadores del mismo servicio. Esa información debe arrojar resultados objetivos y que puedan ser comparables entre sí. Es importante también que los indicadores se expresen por región, porque de otra manera podría darse la impresión de que se tiene una buena calidad en todo un país, cuando lo que sucede es que en realidad el operador da mejores servicios en las zonas donde enfrenta competencia que en áreas de baja rentabilidad o sin

CAPÍTULO VI

competencia. Si se cuenta con indicadores de calidad de un determinado servicio, pueden preverse sanciones en caso de incumplimiento.

Por lo demás, conviene precisar que la calidad no debe verse sólo como un elemento de satisfacción del usuario final, sino como un aspecto más de la política de competencia que requiere de atención, en especial en mercados con un agente dominante o con un oligopolio.

En las RSG están surgiendo temas alusivos a la calidad del servicio. Actualmente, los servicios que se brindan por medio de las redes IP, como el internet, proveen una calidad basada en el *mejor esfuerzo* (*best effort*) a diferencia de las redes tradicionales que garantizan determinada calidad. En el caso de las RSG existe la posibilidad de dispensar servicios que requieren distintos niveles de banda ancha y de calidad. Habrá que añadir que la calidad de una comunicación de punta-a-punta –de usuario final a usuario final– puede afectarse porque las RSG son redes integradas que pueden tener calidades de servicio diferenciadas.

5. PORTABILIDAD

La portabilidad es la opción al usuario de telecomunicaciones de cambiar de ubicación geográfica, de proveedor de servicios o de tipo de servicio, sin tener que cambiar su número.

- La portabilidad geográfica es aquella que permite una reubicación física del servicio sin tener que cambiar de proveedor. Esta variante ocurre por lo general dentro de la misma área de servicio local (p. ej., a raíz de un cambio de domicilio del usuario en la misma ciudad).
- La portabilidad de proveedor de servicios se manifiesta cuando un usuario decide cambiarlo a éste por un competidor, sin variar de servicio. En este caso, la portabilidad puede ser de un número geográfico (p. ej., número local)³³⁹ o de un número no geográfico (p. ej., en México los números 01-800 o los números 01-900).³⁴⁰

339 Punto 3.9 del Plan Técnico Fundamental de Numeración: “3.9 Número geográfico: combinación de dígitos que identifican unívocamente a un destino geográfico dentro de una red de telecomunicaciones”

340 Punto 3.14 del Plan Técnico Fundamental de Numeración: “3.15. Número no geográ-

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

- La portabilidad entre tipos de servicios alude a la circunstancia en la cual un usuario desea conservar su número aun cuando esté cambiando de servicio (p. ej., un usuario con una línea fija desea conservar su número, de manera pueda ocuparlo para una línea móvil).³⁴¹

La portabilidad estimula la competencia, pero si no existe crea entonces una barrera para esta última, porque los usuarios no suelen cambiar de proveedor si ello implica modificar el número. En cambio, si hay portabilidad un usuario puede comparar los servicios de los distintos proveedores y decidir cuál de ellos satisface mejor sus necesidades y quién le otorga mejores precio y calidad.

La portabilidad requiere ser desplegada técnica y administrativa-mente, lo que genera costos asociados. Éstos incluyen: (1) los de inicio, relacionados con la implementación de la solución técnica, así como con los cambios en los sistemas de operación, facturación, cobranza y atención al cliente, (2) los relativos a cada transacción en que se esté portando un número a solicitud del usuario respectivo, y (3) los que tienen que ver con la operación de los sistemas encargados de manera permanente de la portabilidad.

Algunas de las soluciones técnicas disponibles y que han sido aplicadas en diversos países se basan en lo siguiente:

- *Redes inteligentes*. En este caso, el proveedor donde se origina la comunicación, (1) antes de establecer ésta consulta una base de datos centralizada (*Intelligent network solutions*, conocida también como *All Call Query*) que contiene la información sobre qué proveedor corresponde al usuario de destino, y (2) después enruta la comunicación hacia el proveedor de servicios del usuario de destino.
- En consulta (*Query on release*), el proveedor donde se origina

fico aquél compuesto por la clave del servicio no geográfico y el número de usuario y que, al ser marcado por un usuario, requiere de una traducción llevada a cabo por algún elemento de una red para encontrar el número geográfico de destino”.

341 En EUA la asignación de números a los operadores se realiza por bloques de números, independientemente de que puedan destinarse a un número fijo o a uno móvil. En México, en cambio, se han otorgado series de números para servicios fijos y otras series para servicios móviles, por lo cual es posible que esta circunstancia dificultaría la portabilidad entre servicios fijos y móviles en México.

CAPÍTULO VI

la comunicación (1) envía la comunicación al proveedor ABC, que es al que originalmente se le había asignado el número del usuario de destino; (2) si ese número no ha sido portado, el proveedor ABC entrega la comunicación, pero si ese número fue portado y ahora está prestándole servicios otro proveedor, el proveedor ABC envía un mensaje indicando que él ya no tiene ese número porque fue portado; (3) entonces el proveedor donde se origina la comunicación consulta una base de datos para obtener información sobre quién es proveedor ahora del número del usuario de destino, y (4) finalmente enruta la comunicación hacia el proveedor de servicios del usuario de destino.

- En retorno al pivote (*Return to Pivot* o *Call Dropback*), el proveedor que origina la comunicación (1) la envía al proveedor ABC, quien es al que originalmente se le había asignado el número del usuario de destino; (2) si ese número no ha sido portado, el proveedor ABC entrega la comunicación, pero si ese número fue portado, el propio proveedor ABC le informa quién es ahora el proveedor del número del usuario de destino, y (4) finalmente enruta la comunicación hacia el proveedor de servicios del usuario de destino.
- En “re-ruteo” o reenvío de llamadas (*Onward Routeing*) En éste, el proveedor donde se origina la comunicación envía la comunicación al proveedor ABC quien es al que originalmente se le había asignado el número del usuario de destino. Si ese número fue portado, en las centrales de conmutación del propio proveedor ABC, se reenvía (re-enruta) la comunicación hacia el proveedor de servicios del usuario de destino.

En cualquier caso, las premisas para una portabilidad exitosa es que (1) deben ser fáciles para el usuario que desee el cambio; si el procedimiento es complejo o tardado, se desincentiva al usuario y se crea una barrera artificial; (2) la calidad de la comunicación debe ser la misma para un número que se ha portado de otro que permanece con el mismo proveedor de servicios, lo cual incluye que no exista dilación en el establecimiento de la comunicación ni degradación en su calidad; (3) deben establecerse responsables para realizar el trámite de la portabilidad; generalmente es el proveedor receptor quien tiene más interés en

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

la realización oportuna y adecuada de la portabilidad; (4) deben fijarse plazos para realizar la portabilidad, pues de lo contrario podrían surgir prácticas anticompetitivas por parte del proveedor donante, y (5) debe evitarse que los costos de la portabilidad sean cargados al usuario, ya que de otra manera se le desmotiva para tal cambio (p. ej., debido al alto costo de transacción cobrado por el operador donante por cambiarse con un competidor).

La experiencia internacional muestra que es importante establecer grupos de trabajo entre los operadores y el órgano regulador para definir situaciones técnicas. Los aspectos económicos y comerciales son los que en el fondo implican mayores conflictos. Cuando una autoridad reguladora decide implementar la portabilidad, ya sea por medio de la regulación o de los títulos de concesión, los litigios no se hacen esperar entre los operadores históricos y los nuevos entrantes. Además, se debe tener en cuenta que con las nuevas tecnologías y servicios la portabilidad también evolucionará, muy especialmente con los cambios hacia la denominada numeración IP, que, según se estima, permitirá en el largo plazo tener una dirección IP asignada para todos los servicios, incluyendo internet.

En 2007 la Cofetel determinó que debe permitirse la portabilidad (1) entre números de telefonía fija dentro de la misma área de servicio local; (2) entre números móviles de la misma área y modalidad, es decir, un número bajo la modalidad de El que llama paga sólo puede portarse a otro igual, y (3) entre números no geográficos, como lo son el 01-800 o el 01-900.

La Cofetel resolvió adoptar la portabilidad basada en redes inteligentes y realizada mediante la consulta a una base de datos, para lo cual se requiere de un administrador de la base de datos. La selección de éste es de gran relevancia, por lo que debe realizarse de manera transparente para asegurar las mejores condiciones no sólo de precio y operación, sino también de seguridad y confidencialidad.

El administrador de la base de datos cuenta con la información de todos los números asignados en el país y del operador de cada uno de éstos.³⁴² La Cofetel estableció el Comité Técnico de Portabilidad, donde todos los proveedores de servicios están invitados a participar.³⁴³

342 La empresa Telcordia es actualmente el administrador de la base de datos

343 Cfr Cofetel, *Resolución por la que el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones establece las reglas para implantar la portabilidad de números geográficos y no geográficos*, publicada en el DOF del 12 de junio de 2007

CAPÍTULO VI

6. SUBSIDIOS CRUZADOS Y SEPARACIÓN CONTABLE

Los subsidios cruzados con fines de política pública y de cobertura social era una práctica común antes de la liberalización de las telecomunicaciones, de tal suerte que el servicio de larga distancia subsidiaba al local y el comercial subsidiaba al servicio residencial. Cuando el mercado se abrió a la libre competencia, se aplicó el llamado rebalanceo tarifario de manera paulatina, mediante el cual se pretende que a cada servicio se le atribuyan los costos reales, sin recibir costos ni subsidios de otros servicios.

Actualmente es un principio aceptado que deben prohibirse los subsidios cruzados en un mercado en competencia. Para proveer servicios de telecomunicaciones con fines de cobertura social o servicio universal deben establecerse otros mecanismos transparentes en cuanto a los costos por prestar el servicio y a los subsidios gubernamentales recibidos para reducir las tarifas a los usuarios finales dentro del sistema de servicio universal (véase Cap. IX, sec. 2.6).

Los subsidios cruzados en general, que implican distribuir los costos de un servicio o unidad de producción a otro, son nocivos para un mercado en competencia. Se utilizan como una práctica anticompetitiva de un operador que presta al menos dos servicios, atribuyendo (1) mayores costos en el mercado en el que carece de competencia o donde tiene una posición dominante, y (2) menores costos en el sector en el que enfrenta competencia, lo cual le permite reducir sus precios incluso por debajo de sus costos reales, en detrimento de una sana competencia; de ahí que el Documento de Referencia de la OMC manifieste que los subsidios cruzados anticompetitivos a cargo del proveedor principal son prácticas contrarias a la competencia.³⁴⁴ En cuanto a México, la LFT prohíbe además que los concesionarios otorguen subsidios cruzados a los servicios que proporcionan en competencia, ya sea por sí mismos o a través de sus empresas subsidiarias o filiales.³⁴⁵

Los subsidios cruzados pueden derivarse de una asignación de costos contable o administrativa. La primera es la que deriva, entre otros, de la distribución de costos comunes propios de las redes y sistemas de telecomunicaciones, así como de decisiones respecto

344 OMC, *Documento de referencia (servicios de telecomunicaciones)*, op. cit., nota 126, numerales 1.1 y 1.2, inciso (a).

345 Artículo 62 de la LFT

de los plazos y la forma de depreciación de equipos. Estas determinaciones de imputación de costos son generalmente arbitrarias y pueden no guardar una relación directa con el costo que entraña proveer servicios tradicionales o nuevos servicios. La asignación administrativa de costos existe cuando un operador decide concentrar a sus altos ejecutivos en los segmentos de mercado donde enfrentan mayor competencia.³⁴⁶

La prevención y detección de subsidios cruzados puede ser compleja en extremo. Una herramienta para ello es exigir una contabilidad separada por servicios, incluyendo los de interconexión; el objetivo es que los operadores determinen cuáles son los costos que atribuyen a cada servicio para detectar si hay subsidios cruzados, o bien, para saber si algún servicio se presta por debajo de costos, en cuyo caso se estaría ante un indicio de subsidio cruzado al estarse financiando parte de los costos con los ingresos de otro servicio.

Para que la obligación de llevar contabilidad separada cumpla con sus objetivos, deben establecerse las categorías en función de la situación del mercado. Así, cobra especial importancia la manera en que se diseña la separación contable en cuanto a los servicios (cuáles son y de qué manera se pueden agrupar), la metodología aplicable, los grupos de costos (p. ej., recursos humanos, materiales, activos fijos), las actividades (p. ej., de red, aquellas frente al cliente) y los criterios de asignación de costos/activos.

Una contabilidad que no esté suficiente y adecuadamente detallada puede disimular la existencia de subsidios cruzados. “En algunos casos remedios como la separación contable no son adecuados para asegurar el acceso no discriminatorio a las redes de los incumbentes [operadores históricos]”.³⁴⁷

En México, y conforme a la LFT, los concesionarios están obligados a llevar contabilidad separada por servicios, región, función y componentes de sus redes, así como la relativa a la operación y explotación de los servicios de telecomunicaciones.³⁴⁸ En 2013 la Cofetel expidió el Manual que provee los criterios y metodología de separación contable

346 Cfr. Laffont, Jean-Jacques y Tirole, Jean, *Competition in telecommunications*, Londres, The MIT Press, 2000, pp. 144-147.

347 “Remedies such as accounting separation appear inadequate, in some cases, to ensure nondiscriminatory access to incumbents’ networks.” UIT, *Trends in Telecommunication Reform 2008: Six degrees of sharing*, op. cit., nota 6, pp. 16-17 [traducción de la autora].

348 Artículos 44, fracción IV, y 68, párrafo primero de la LFT.

CAPÍTULO VI

por servicio, aplicable a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones.³⁴⁹

7. PRÁCTICAS POTENCIALMENTE ANTICOMPETITIVAS

Existen diversas acciones u omisiones de los operadores que pueden o no representar prácticas anticompetitivas. Por ejemplo, algunas de éstas últimas que se utilizan para atraer o retener clientes pueden ser benéficas para el consumidor final y, sin embargo, ser duras para los competidores; pero aquí lo importante es identificar si dichas son legítimas o si son anticompetitivas. A continuación se detalla una serie de prácticas que son de uso común pero que pueden ser nocivas para la competencia.

7.1. Negativa de acceso o de información y tácticas dilatorias

Los antecedentes históricos de las redes de telecomunicaciones y la existencia de monopolios públicos o privados, así como de una competencia restringida como política de Estado, son la causa de que algunos operadores (generalmente los históricos) tengan posiciones ventajosas frente a sus competidores (normalmente quienes entraron al mercado cuando se abrió el sector a la competencia).

Los operadores que cuentan con recursos esenciales de la infraestructura de telecomunicaciones de un país, ya sea para tener acceso a los usuarios finales, para interconexión o para proveer enlaces o transporte interurbano de tráfico, pueden incurrir en prácticas anticompetitivas como la negativa o dilatación injustificada para el acceso a dichos recursos esenciales o a información relevante. El Documento de Referencia considera como una práctica anticompetitiva el hecho de que el proveedor principal no provea oportunamente de información técnica relativa a recursos esenciales e información comercial que sea necesaria para suministrar los servicios.³⁵⁰

349 Cofetel, *Resolución por la que el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones expide el Manual que provee los criterios y metodología de separación contable por servicio, aplicable a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones*, Pleno, publicada en el DOF del 22 de marzo de 2013.

350 OMC, *Documento de referencia (servicios de telecomunicaciones)*, op. cit., nota 126, numeral 1.2, inciso (c)

La negativa de acceso quizá sea menos común porque es más fácil de identificar para denunciarla ante el regulador. Lo que sí es más frecuente son las tácticas dilatorias de acceso: desde el retraso de la reunión entre los empleados de los operadores por “problemas de agenda” de los empleados del operador dominante; el argumentar que los empleados del dominante están sujetos a un contrato especial de su sindicato que impide que se les pueda exigir una reducción de plazos para establecer un enlace, hasta argumentos técnicos aparentemente razonables o afirmar que no se cuenta con la información detallada.

Las tácticas dilatorias como prácticas anticompetitivas son nocivas para un mercado en competencia y son difíciles de contrarrestar por el regulador de manera oportuna. Por eso es de vital importancia que existan términos de referencia con plazos razonables para que los cumplan el operador histórico o el dominante al proveer acceso al resto de los operadores a recursos esenciales o a información. De otra manera, recurrir al regulador puede ser en el mejor de los casos el camino lento para una resolución que deja de ser oportuna o, en un caso extremo, en el que el regulador se vea imposibilitado para demostrar que las dilaciones son efectivamente una práctica anticompetitiva.

7.2. Uso indebido de información

El uso indebido de información se presenta cuando un operador A provee servicios al mayoreo (p. ej. de enlaces dedicados) a un operador B y ambos compiten en el mercado al usuario final (p. ej., reventa de capacidad para transmisión de datos del usuario final). El operador B tiene que proporcionar al operador A información comercial que puede incluir datos sobre las necesidades de telecomunicaciones de sus clientes actuales o potenciales, lo que hace posible que el operador A presente una oferta directamente a dichos clientes desplazando al operador B.

Este tipo de uso de información sensible del operador B menoscaba su capacidad para adquirir y retener clientes. El Documento de Referencia obliga a que los Estados implementen medidas para evitar que los proveedores principales utilicen información obtenida de los competidores con resultados anticompetitivos.³⁵¹ Un remedio puede

351 OMC, *Documento de referencia (servicios de telecomunicaciones)*, op. cit., nota 126, numeral 1 2, inciso (b)

CAPÍTULO VI

ser establecer un plazo dentro del cual el operador A no pueda realizar ofertas de servicios a los clientes del operador B respecto de los cuales el operador A recibió información.³⁵²

7.3. Estrangulamiento o estrechamiento de márgenes (Price squeeze)

El estrangulamiento o estrechamiento de márgenes mejor conocido por su término en inglés *price squeeze*, puede darse cuando un operador (o su grupo corporativo) está integrado verticalmente, tiene recursos esenciales no duplicables por la competencia (o replicables con altos costos) y proporciona servicios a los consumidores. En otras palabras un operador que tiene la “cadena productiva” completa y además tiene recursos esenciales que sus competidores necesitan comprarle. El operador que está integrado verticalmente y desea hacer un estrangulamiento de márgenes vende los servicios de mayoreo que son indispensables para el operador competidor a precios distintos de los que se imputa a sí mismo o de los que se los vende a las empresas de su grupo corporativo, impidiendo que el operador competidor pueda ofrecer precios competitivos a los consumidores finales a pesar de ser eficiente en la porción de servicios al menudeo.

Irene Levy explica una analogía de lo que sería un *price squeeze* de una manera muy sencilla: “imaginemos que existe una empresa que produce bolillos y que es la única, o la más grande, en el mercado de ese pan. Pensemos ahora que esta empresa, además de vender los bolillos a todas las torterías de México, también ofrece tortas al menudeo. Si el bolillo que ofrece al resto de las torterías lo vende al mismo precio o más caro que sus tortas al menudeo, será imposible que otras empresas compitan con ella vendiendo tortas”.³⁵³

Considérese como ejemplo para telecomunicaciones el siguiente respecto al acceso al usuario final a través del bucle local. El operador A cuenta con el acceso a los usuarios finales de la ciudad Macondo a través del bucle local, por lo cual es el único operador que puede proveer servicios de voz, datos y video a través de la red fija de telefonía. El resto de los operadores que desearan vender sus servicios a los habitantes de

352 Cfr. infoDev y UIT, *op. cit.*, nota 121, módulo 2, sección 2.3.5

353 Levy, Irene, *El tamaño no importa*, *El Universal*, México, 25 de abril de 2011, <http://www.eluniversal.com.mx/columnas/89284.html> (fecha de consulta: 11 de abril de 2013).

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

Macondo por medio de la red fija tendrían que arrendar el acceso al bucle local del operador A. Éste arrienda o revende dicho acceso al operador B a precios elevados y distintos de los que se imputa a sí mismo (o del precio que le da el operador A su empresa controladora, filiales o subsidiarias). El operador A vende al operador B el acceso a 10 pesos, en tanto que se imputa a sí mismo 5 pesos como costo por el acceso.

Los costos de proveer el servicio (independientemente de aquellos por arrendamiento del acceso al bucle local), siendo eficientes el operador A y el B, son de 3 pesos. El estrangulamiento o estrechamiento de márgenes implica que el operador A pueda vender sus servicios a los consumidores en cualquier precio arriba de 8 pesos (5 de acceso al bucle local y 3 de operación), en tanto que el operador B, aun cuando sea eficiente, el precio que ofrezca al consumidor tendrá que ser arriba de 13 pesos (10 de acceso al bucle local que paga al operador A más 3 de operación).

En la UE la existencia de un estrangulamiento o estrechamiento de márgenes por un operador dominante es prueba de una práctica anti-competitiva, en tanto que en EUA un *price squeeze* no necesariamente es determinante para demostrar la comisión de una práctica anticompetitiva, ni está vinculado sólo al dominante.³⁵⁴

7.4. Customer lock-in

Las prácticas comerciales que implican atar a un cliente por tiempo determinado pueden o no ser anticompetitivas y deberse a razones comerciales razonables como recuperar el costo de llevar la red hasta las instalaciones del cliente o como una manera de financiar la adquisición del equipo para proveer el servicio sin un impacto en el costo del servicio final al cliente. Sin embargo, cuando existen disposiciones que obligan directa o indirectamente al consumidor a permanecer con el operador, dichas disposiciones precisan revisarse con lupa y caso por caso.

Ejemplos de *customer lock-in* son cuando el operador A obliga al consumidor a permanecer por 24 meses, con la advertencia de que de lo contrario le cobrará una penalidad desproporcionada. Otro ejemplo son los casos en los que el operador A obliga al consumidor a adquirir un equipo (de contado o a plazos) que sólo puede utilizarse con la red de ese mismo operador; así que si el consumidor quisiera cambiar de operador, tendría

354 Cfr. InfoDev y UIT, *op. cit.*, nota 121, módulo 2, sección 2.3.3

CAPÍTULO VI

que adquirir nuevamente un equipo, esta vez del operador B, lo cual representa un desincentivo significativo para que el consumidor cambie de operador. Esto es, si el consumidor está con un operador por las obligaciones asumidas en los contratos y no porque éste le da el mejor servicio, ya sea en términos de precio o calidad, entonces se puede estar en presencia de una práctica anticompetitiva de *customer lock-in*.

7.5. Depredación de precios (*predatory pricing*)

Un operador puede incurrir en depredación de precios (*predatory pricing*) con la finalidad de sacar del mercado a sus competidores. Dicha práctica implica que esos precios queden por debajo de costos, de tal suerte que impidan a otro operador, a pesar de ser eficiente, competir en este terreno porque el precio del operador depredador es menor a los costos que supone prestar el servicio.

La estrategia de depredación de precios busca que el operador que la implementa ofrezca sus servicios debajo de costos y pierda dinero durante un tiempo hasta que logre que sus competidores salgan del mercado. Una vez que consiga esto, subirá sus precios para obtener ganancias monopólicas.

Esta estrategia asume que existen altas barreras de entrada, porque si no existieran o fueran bajas, cualquiera podría ingresar al mercado cuando el operador depredador subiera los precios, y no tendría sentido para éste el haber estado un tiempo vendiendo por debajo de costos mediante la depredación de precios. En cambio, si las barreras de entrada son elevadas, el operador depredador, una vez que eliminó a su competencia, podrá disfrutar durante un tiempo considerable de las ganancias monopólicas por la dificultad de acceder al mercado de que se trate.

7.6. Ventas atadas

Las ventas atadas son aquellas en las que para comprar un producto o recibir un servicio se obliga al comprador a adquirir otros productos o servicios como un paquete. No todas las ventas atadas son prácticas anticompetitivas, pues puede haber razones técnicas de seguridad o de preferencia del consumidor que las justifiquen. Las ventas atadas son nocivas y/o anticompetitivas cuando la adquisición de un producto/servicio que no tiene un sustituto equivalente se condiciona a la com-

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

pra de otros productos/servicios no necesarios o que pudieran obtenerse de otro operador a un mejor precio.³⁵⁵

Las ventas atadas afectan tanto a los usuarios finales (que, por ejemplo, para recibir el servicio deben comprar los equipos terminales solamente con el prestador del servicio) como a los operadores (a quienes en la interconexión se les obliga a contratar servicios/elementos de red que no requieren). La intervención oportuna de las autoridades en materia de competencia económica, de telecomunicaciones y de protección al consumidor, según corresponda, es importante para evitar efectos perjudiciales de las ventas atadas en los usuarios finales y en la competencia.

Es común que los operadores ofrezcan planes o paquetes de varios servicios y que vendan cada uno de éstos por separado a cierto precio, mientras que por paquete resultarían con un precio menor que si hubieran sido contratados de manera independiente. Es importante que las autoridades verifiquen que los consumidores tengan la posibilidad de adquirir los servicios por separado o en paquete; asimismo debe haber transparencia en el cobro de las tarifas individuales y en paquete, y evitar que se obligue injustificadamente a un consumidor a adquirir servicios que no necesita para la prestación del servicio principal.

8. LIBERTAD Y REGULACIÓN TARIFARIA

Cuando el sector de telecomunicaciones está abierto a la competencia, la regla general debe ser que haya libertad de los operadores para determinar sus tarifas. La libertad tarifaria asume que existen condiciones de competencia que harán posible que el libre juego de la oferta y la demanda fije el precio de mercado. Sin embargo, aplicada literalmente esta regla da lugar a que el surgimiento y la preservación de una competencia efectiva sea una utopía.

355 Sirve como ejemplo una experiencia vivida en la década de 1980 en algunas áreas de la Ciudad de México cuando existió escasez de leche y en las panaderías se vendía a condición de que se comprara una bolsa de pan dulce. Entonces, la opción para el consumidor que necesitaba un litro de leche era ir a las panaderías e, independientemente de que deseara o no pan dulce, se le obligaba a comprar una bolsa del producto para que pudieran venderle el litro de leche. Éste sería el caso de una venta atada nociva. Si en la actualidad las panaderías en México adoptaran una política similar, el consumidor tendría la opción de ir a una tienda de autoservicio, una farmacia o a cualquier otro establecimiento a comprar sólo el litro de leche, por lo cual ésta sería una venta atada sin efectos negativos sobre el consumidor porque éste sí tendría opciones alternas para comprar leche.

CAPÍTULO VI

El sector de telecomunicaciones es un conglomerado de redes en las que en la mayoría de los casos existió un monopolio y donde la evolución tecnológica puede entrañar nuevos desafíos para una sana competencia. Por este motivo, en ciertos supuestos se justifica crear una regulación que apunte al control de las tarifas de uno o varios servicios y de un operador que, por ser el histórico o por haberse convertido en dominante, precisa de dicha regulación tarifaria.

Si tal regulación se establece cuando el mercado se abre a la competencia o antes de que éste se distorsione, será una medida ex-ante, y será ex-post si se le impone al operador declarado dominante o que ha incurrido en prácticas abusivas en perjuicio de competidores y/o consumidores.

La regulación tarifaria al operador histórico o al dominante ha sido un instrumento que evita que (1) reduzcan sus precios por debajo de sus costos y eliminen con ello a los competidores e (2) incrementen sin justificación los precios de los servicios que prestan en mercados donde no enfrentan competencia porque estarían obteniendo ganancias monopólicas. A su vez, la misma regulación permite a aquéllos (3) elevar la calidad de sus servicios y (4) tener incentivos para mejorar en productividad y, con ello, reducir precios en beneficio de los usuarios y sin poner en riesgo la viabilidad financiera de la empresa.

La regulación tarifaria debe basarse en la eficiencia económica, pues esto es lo que los agentes de un mercado en competencia buscarán para atraer clientes y retenerlos. La regulación tarifaria también puede perseguir objetivos de equidad social, como el hecho de obligar a que los operadores cobren la misma tarifa por el mismo servicio, independientemente del área geográfica en la que se encuentre el usuario. Esto último exige que, aun cuando el operador incurra en mayores gastos por proveer un servicio en comunidades alejadas que aquellos que realiza por el mismo servicio en ciudades, la tarifa para el usuario de la comunidad alejada sea la misma que la que paga un usuario en la ciudad.

La regulación tarifaria puede adoptar diversos modelos en lo individual (p. ej., la tasa de retorno, los precios tope) o una combinación de varios.

- La tasa de retorno (*rate-of-return*) es aquella que permite al operador recuperar sus costos de operación y un monto o un porcentaje predeterminado como retorno a la inversión. Esta tasa da seguridad a los inversionistas porque tienen asegurada la

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

recuperación de sus inversiones, evita que se obtengan ganancias indebidas y estimula la calidad satisfactoria del servicio. No obstante ello, se desincentiva la existencia de una política de control de gastos por parte del operador porque los recupera todos e incluso podría llegar a invertir más allá de lo que es necesario, generando ineficiencias económicas.³⁵⁶

- Los precios tope (*price cap*) forman parte de un tipo de regulación que establece un monto máximo para las tarifas. Por lo general dicho esquema permite (1) reconocer en las tarifas costos que están fuera del control del operador (p. ej., inflación), (2) contemplar las ganancias en eficiencia del operador (p. ej., implementación de nueva tecnología), y (3) aplicar los precios tope a un servicio o a una canasta de servicios. Las ventajas de los precios tope es que el operador tendrá incentivos para reducir sus costos, ser más eficiente y adaptarse con mayor facilidad al mercado; las desventajas son que los inversionistas no necesariamente tienen asegurado el retorno de sus inversiones, así como el hecho de que el operador puede reducir la calidad de los servicios para continuar teniendo ganancias sin que los precios rebasen el precio tope.

En México los concesionarios y los permisionarios, de conformidad con la LFT, tienen libertad para fijar las tarifas de los servicios de telecomunicaciones, salvo (1) Telmex y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V. (Telnor),³⁵⁷ que cuentan con títulos de concesión que prevén un tipo de regulación tarifaria para ciertos servicios, y (2) para aquel concesionario de red pública de telecomunicaciones al que la Cofetel le haya impuesto obligaciones específicas después de ser declarado por ese organismo como dominante (agente económico con poder sustancial).

La LFT requiere que las tarifas determinadas por los concesionarios/permisionarios aseguren la calidad, competitividad, seguridad y permanencia. Todas éstas deben inscribirse en el Registro de Telecomunicaciones antes de que entren en vigor. Asimismo, se prohíbe discriminar en la aplicación de tarifas.³⁵⁸ Cuando se imponen obligaciones

356 Cfr Geradin, Damien y Kerf, Michel, *op. cit.*, nota 125, pp 26-27

357 Filial de Telmex y sujeta a las mismas condiciones asimétricas que Telmex por virtud de sus títulos de concesión.

358 Esta prohibición de discriminar en tarifas ha llevado al extremo de que no se permite a los operadores establecer grupos de usuarios con características similares como pueden ser aquellos en situación vulnerable (p. ej., personas en edad avanzada), y

CAPÍTULO VI

específicas al o a los dominantes, la regulación tarifaria permite recuperar al menos el costo incremental promedio de largo plazo.³⁵⁹

Telmex y Telnor son los únicos concesionarios de telecomunicaciones sujetos a regulación tarifaria por virtud de sus títulos de concesión, lo cual responde a una razón histórica. En la fase de preparación del proceso privatizador de ambas empresas, y al modificarse sus concesiones en 1990, se fijaron condiciones especiales o asimétricas –como el sistema de regulación de precios– para evitar que el monopolio privado impidiera el surgimiento de competidores, redujera la calidad de sus servicios o actuara con ineficiencia en perjuicio de los usuarios.

Por lo anterior, se determinó que la modalidad de regulación tarifaria adoptara la forma de un sistema de precios tope aplicable a una canasta de servicios. Este conjunto de servicios básicos controlados de la concesión de Telmex se limita a telefonía básica (comunicación de voz entre usuarios) y comprende el servicio local (carga de instalación, renta básica y servicio medido) y servicios de larga distancia nacional e internacional, todos tanto en la modalidad residencial como en la comercial. Nótese que dada la época de la citada concesión, la canasta de servicios no contemplaba el acceso a internet que actualmente presta la compañía bajo el nombre de Prodigy y de Infinitum.

De acuerdo con la Modificación de la Concesión de la telefónica, cada cuatro años se revisa el sistema de precios tope y se define el factor X de ajuste. En el procedimiento para fijarlos conforme a la concesión referida, esta empresa presenta al regulador un estudio con los costos incrementales por los servicios controlados y su propuesta de tarifas para el periodo del que se trate. Dicho estudio debe considerar los costos de inversión, explotación, mantenimiento y de capital de los activos, así como estudios comparativos internacionales de otras compañías de telecomunicaciones. No se deben incluir los costos de servicios no controlados.

Si la autoridad no tiene observaciones respecto del estudio referido, emite su resolución. Si las tiene, entonces se requiere que tres expertos (uno propuesto por Telmex, otro por la autoridad y el tercero designado

ofrecerles tarifas preferentes. En este caso, si el grupo está debida y justificadamente caracterizado, y se permite a cualquier persona que forme parte de ese grupo, beneficiarse de la tarifa, en opinión de la autora, no sería un acto de discriminación de los prohibidos por la LFT.

359 Artículos 60, 61 y 63 de la LFT y Modificación de la Concesión de Telmex.

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

por ambos) emitan su opinión. Finalmente, la autoridad reguladora debe resolver en definitiva y su resolución tiene que publicarse en el DOF.³⁶⁰

En cuanto a esta regulación de precios, la telefónica no puede ofrecer sus servicios a un costo menor de lo que le cuesta proveerlos, es decir, las tarifas deben permitir la recuperación del costo que supone el hecho de que el servicio lo proporcione una empresa eficiente (límite mínimo de tarifas o piso). La finalidad de tomar como base una empresa eficiente es que Telmex no aprovechara su posición en el mercado y realizara inversiones o gastos innecesarios, ya sea por adquisición de activos inadecuados o por tener procesos corporativos fragmentados, por ejemplo.

Por su parte, el sistema de precios tope establece un límite máximo a las tarifas promedio ponderadas de la canasta de servicios (*techo*), el cual incluye un elemento de productividad conocido como el factor X y toma en cuenta el Índice Nacional de Precios al Consumidor. El factor X busca que Telmex mejore constantemente aprovechando las nuevas tecnologías (que son menos costosas y dan más capacidad) para incrementar su rentabilidad y para que esto se traduzca en una reducción de tarifas a los usuarios. El factor X debe representar un reto para dicha compañía a fin de que lo incentive a optimizar su eficiencia. Si el factor X determinado por la autoridad es bajo, no existirá ese reto, mientras que si es inalcanzable puede representar una amenaza contra la viabilidad financiera de largo plazo de la empresa.

Una vez que la autoridad determina el factor de productividad X, Telmex tiene la posibilidad de modificar las tarifas de los servicios de la canasta (telefonía local, larga distancia nacional e internacional) sin reducirlas por debajo de costo y sin incrementarlas más allá del límite máximo de los precios tope. El problema es que dentro de este sistema y dentro de este parámetro de límites mínimo y máximo aplicables a la canasta de servicios, Telmex tiene la posibilidad de reducir sus precios significativamente en los servicios en los cuales enfrenta competencia, pero en aquellos donde tiene escasa competencia puede dejarlos intactos.

Así, la autoridad debe autorizar las tarifas de la telefónica conforme a la canasta de servicios controlados para verificar que los montos propuestos por la compañía estén dentro de los topes máximo y mínimo.

Uno de los retos actuales para el regulador de telecomunicaciones en cuanto a la aprobación de tarifas de Telmex es el empaquetamiento de servicios (p. ej., paquete con renta de línea, 200 llamadas locales y de larga distancia nacional y servicio de internet).

360 Cfr. Capítulo 6 de la Modificación de la Concesión de Telmex

CAPÍTULO VI

El empaquetamiento puede ser legítimo y necesario en un mercado en creciente convergencia, pero al mismo tiempo puede utilizarse para evitar que algunos servicios sean autorizados conforme al sistema de precios tope. Finalmente, la canasta de servicios a la cual se aplica dicho sistema de precios tope de Telmex requiere ser actualizada, toda vez que en larga distancia nacional e internacional sí existe competencia, aunque en otros servicios, como el acceso a internet, se necesitaría incluir una regulación tarifaria.

9. FUSIONES, ADQUISICIONES Y CONCENTRACIONES

El condicionamiento o la prohibición de fusiones, adquisiciones de activos, acciones, partes sociales u otros elementos que otorguen el control sobre operadores de telecomunicaciones es una medida ex-ante que se puede implementar en un caso concreto. Independientemente de la forma jurídica que adopten, se hará referencia al término “concentración”.

En algunos países se prevé como obligación general notificar a las autoridades en materia de competencia económica o antimonopolios la intención de llevar a cabo una concentración. En otras naciones es el propio regulador de telecomunicaciones el que resuelve, y en otras, como en EUA, diversas autoridades pueden tener participación conjunta o separadamente en el caso de fusiones.³⁶¹

Por las diferentes implicaciones en la competencia, la autoridad correspondiente debe analizar si se trata de una integración horizontal o vertical, una concentración de agentes económicos con bienes o servicios complementarios, o bien una concentración cuyos accionistas de las empresas que se concentran compiten en otros mercados distintos de aquellos en el cual se dará la concentración, entre otros aspectos.

- La integración horizontal se refiere a aquella concentración entre dos o más agentes económicos competidores en el mismo mercado (tanto por servicio como por cobertura geográfica), cuyos bienes o servicios son sustitutos. Por ejemplo, la fusión de dos operadores que prestan el servicio de televisión restringida en Mérida sería una integración horizontal. Nor-

361 La FCC puede investigar fusiones entre operadores de telecomunicaciones para determinar si éstas son de interés público, en tanto que la Federal Trade Commission y el Department of Justice deben investigar las fusiones que puedan ser anticompetitivas.

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

malmente, al evaluar si se autoriza o no la concentración y si ésta será condicionada o no, se revisa el número de competidores en el mercado relevante y se utiliza el índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI) para determinar el nivel de concentración-competencia existente y la participación de mercado de cada agente económico.

- La integración vertical se da cuando la concentración ocurre entre dos o más agentes económicos que, sin ser competidores directos en el mercado, actúan dentro de una misma cadena de valor, por lo que un bien o servicio es utilizado como insumo por el otro. La integración vertical puede referirse a dos mercados, uno en competencia y otro de características monopólicas, donde puedan verificarse prácticas anticompetitivas con graves efectos. En este caso, el grupo corporativo podría realizar esas prácticas nocivas en el segmento monopólico, proveyendo insumos esenciales a sus filiales en condiciones preferentes respecto de aquellos suministrados a sus competidores.

Ejemplo de integración vertical es cuando un operador A es el dueño de la red troncal o dorsal (*backbone*) más grande de un país y por medio de la cual fluye la mayor parte del tráfico de las comunicaciones de dicho país. Este operador A revende parte de su capacidad en la red dorsal a diversos operadores, como el B, el C y el D. El B, el C y el D a su vez venden a sus usuarios parte de la capacidad que cada uno adquiere del operador A, en la forma de enlaces dedicados a la transmisión de datos.

La fusión del operador A y del B es una integración vertical porque el A proporciona un insumo indispensable para que el operador B venda su servicio a los usuarios finales. Entonces, si el operador A, una vez que adquiere al B, le da condiciones preferentes respecto de las que otorga a los operadores C y D, puede dañarse la competencia.

- Concentración de agentes económicos con bienes o servicios complementarios, como podría ser el caso de la adquisición de una empresa productora de equipo de cómputo por parte de una operadora de telecomunicaciones que podría empaquetar productos y servicios propios del sector (p. ej., transmisión de datos y voz) y de tecnologías de la información (p. ej., equipo de cómputo, antivirus).

CAPÍTULO V

- Concentración de agentes económicos cuyos bienes no son sustitutos ni complementarios pero que son compartidos por accionistas de empresas que sí compiten en otros mercados.

Un caso real en México fue la autorización condicionada, a cargo de la Cofeco, de la adquisición por parte de Grupo Televisa del 50% de las acciones de la compañía controladora de Iusacell (operador de servicio móvil) y de Total Play (empresa de reciente creación en ese momento que ofrece servicios de voz, internet y televisión de paga), que era propiedad de Grupo TV Azteca.

Televisa y TV Azteca compiten en el mercado de televisión abierta y ambas concentran el 95% de las concesiones (comerciales) para dicho servicio en la República Mexicana. Además, el primer consorcio cuenta con empresas que prestan servicios de televisión restringida (por cable y satelital), así como servicios fijos de voz y de transmisión de comunicaciones de alta capacidad (red de fibra óptica).

Televisa no tenía en su corporativo compañía alguna que prestara el servicio móvil. La Cofeco, en una polémica resolución, autorizó la concentración con diversas condiciones, con el voto en contra de Miguel Flores Bernés. Este comisionado consideró que las condiciones impuestas por la mayoría resultaban insuficientes para evitar los riesgos en los mercados de contenidos y canales en televisión restringida, y de publicidad en televisión abierta, así como para evitar la colusión de las empresas. Para más detalle de esta operación véase Cap. VII, sec. 2.

Los análisis de competencia económica son complejos y no se limitan a un catálogo de definiciones respecto del tipo de concentración que sea. Cada concentración deberá implicar una evaluación caso por caso que permita identificar los riesgos reales, potenciales y prospectivos para el bienestar del consumidor y la competencia en el mercado de que se trate.

La autoridad debe realizar una evaluación para determinar: (1) si existe algún riesgo para el mercado que impida el otorgamiento de la autorización para dicha concentración, (2) si la autorización debe estar condicionada al cumplimiento de requisitos, o (3) si lisa y llanamente se autoriza la concentración.

El condicionamiento o prohibición de concentraciones son medidas ex-ante que exigen un riguroso análisis para permitir como regla general dichas operaciones o, como excepción, prohibirlas o condicio-

narlas cuando puedan distorsionar el mercado. De manera adicional, los condicionamientos deben ser claros y no dar pie a la ambigüedad, y tienen que ser supervisados y sancionados en caso de incumplimiento.

Si las condiciones impuestas son complejas o resulta difícil para el regulador verificar su cumplimiento, en lugar de representar medidas regulatorias para reducir los riesgos de distorsión de mercado o de afectación al consumidor se convierten sólo en un listado de buenas intenciones.

10. MERCADO RELEVANTE Y DOMINANCIA

Los análisis en torno a la situación de un mercado y su índice de competencia, así como las medidas que se requieren como intervención regulatoria para nivelar el terreno de juego, precisan que se determine

- ✓ cuál es el mercado específico (por cuanto al producto o servicio y también al área geográfica), y
- ✓ si el operador de telecomunicaciones tiene un poder significativo en el mercado específico.

Dependiendo del marco jurídico de cada país, la autoridad que establece el mercado relevante puede ser la de competencia económica o antimonopolios, el propio regulador de telecomunicaciones, o bien se llega a esa determinación por medio de un esfuerzo conjunto entre dichas autoridades.

Fijar el mercado relevante puede ser complejo y es de lo más trascendente en la política de competencia, más aún si se considera que hay innovaciones constantes que generan evolución y convergencia tecnológica con impacto en los mercados y submercados de telecomunicaciones. Ante ello, la definición de un mercado debe considerar tanto su situación y funcionamiento actual como el prospectivo, debiendo ser flexible para poder adaptarse a los cambios.

No existe una fórmula única para delimitar al mercado relevante, y en este aspecto se deberá estar al caso concreto.³⁶² Empero, dentro de

362 “35 La definición del mercado no es un proceso mecánico o abstracto, sino que exige el análisis de cualquier indicio disponible sobre el anterior comportamiento del mercado y una comprensión global de los mecanismos de un sector dado”, *UE, Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03)*, op. cit., nota 229, punto 35.

CAPÍTULO VI

los criterios generalmente aceptados a considerar están: (1) las posibilidades y la oportunidad de sustituir el bien o el servicio, (2) las barreras de entrada, los costos y las probabilidades de que nuevos agentes económicos puedan convertirse en proveedores y de que (3) el consumidor acuda a otros mercados, (4) el costo de distribución del bien y de sus insumos relevantes, (5) los costos y las probabilidades de que los proveedores encuentren clientes alternativos, y (6) las barreras regulatorias o las restricciones normativas que limitan el acceso a los usuarios o de los proveedores a clientes alternativos.

El mercado relevante desde el punto de vista del producto o servicio debe incluir: (1) todos los productos o servicios que puedan ser un sustituto objetivo e idóneo para la satisfacción de las necesidades de los consumidores (acceso al producto o servicio, sus precios y uso previsto), (2) las condiciones de competencia, la elasticidad de la oferta y la demanda, y (3) el tipo de consumidores, cuando tal distinción esté justificada (p. ej., residenciales y comerciales). Por tanto es fundamental el análisis respecto a la llamada “intercambiabilidad” de la demanda y de la oferta.

- La intercambiabilidad de la demanda asume el punto de vista de los consumidores, sus comportamientos previos, los costos para ellos por el intercambio con el producto/servicio,³⁶³ la existencia de contratos que los sujeten a plazos forzosos o largos y la variación de precios de productos sustitutos, entre otros.
- La intercambiabilidad de la oferta incluye, de manera enunciativa, la perspectiva de los proveedores actuales del producto/servicio, la probabilidad de que nuevos proveedores ingresen al mercado en un plazo razonable, así como la existencia de requisitos legales o reglamentarios que puedan retrasar la entrada al mercado.

Además se puede realizar la prueba del monopolio hipotético, que consiste en hacer proyecciones acerca de cuáles serían las respuestas de consumidores o de las empresas si existiera un aumento pequeño y duradero del precio del producto/servicio. Esta prueba sirve en un mercado donde los operadores pueden fijar libremente sus tarifas.

363 En ciertos servicios, el consumidor tuvo que comprar equipos especiales para poder recibir el servicio. Estos equipos probablemente no puedan utilizarse para servicios que preste otro proveedor, por ende, este aspecto deberá considerarse en el análisis de la intercambiabilidad desde la perspectiva de la demanda.

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

Una vez que se ha determinado el mercado relevante, se debe evaluar si uno o varios agentes económicos tienen poder significativo de mercado, a lo cual se le conoce como dominancia. En términos generales, un agente económico será dominante si puede actuar sin que sus competidores puedan contrarrestar su acción ni que los consumidores puedan oponerse o cambiar de proveedor.

Por ejemplo, en un mercado en competencia efectiva un alza en el precio al usuario final por parte de un agente económico puede contrarrestarse con la reducción de precios de los competidores, quienes atraerán más clientes. Pero si el agente es dominante implicaría que los competidores no podrían ofrecer un menor precio (p. ej., porque un insumo para el servicio final es vendido a sobreprecio por el dominante) o que no podrían tener la alternativa de cambiarse de proveedor (p. ej., el dominante es el único que presta el servicio en cierta región).

Cuando un agente económico es declarado como dominante, se le deben asignar obligaciones específicas o condiciones asimétricas para que no pueda abusar de su poder de mercado en detrimento de los consumidores o no pueda competir deslealmente con el resto de los competidores (véase sección siguiente para obligaciones específicas).

Es importante destacar que con las RSG pueden estar cambiando los mercados tradicionales y los factores para determinar el poder sustancial en cada uno de éstos. Se estima que las RSG reducirán las barreras de entrada al mercado. Sin embargo, ello no implica que se elimine el poder de los operadores históricos o de los dominantes en redes tradicionales, ni tampoco que las fuentes de poder anticompetitivo se eliminen. Por el contrario, las RSG probablemente generarán nuevos agentes con poder sustancial en los mercados o en otros nuevos, ante lo cual los reguladores deberán supervisar el mercado de las telecomunicaciones con las RSG y asegurar que haya un ambiente abierto y competitivo.

De otra manera, los operadores podrán discriminar entre el tipo de tráfico –en contravención del principio de neutralidad de red–, entre proveedores de servicios y aplicaciones, entre los equipos que se pueden o no conectar a la red; todo ello en perjuicio de la sociedad. Así, las autoridades deberán buscar que la regulación no sea excesiva al grado que inhiba la innovación y desincentive la aparición de nuevos servicios, y que la regulación no sea tan limitada o frágil que genere dominancia y barreras por parte de los proveedores de cualesquiera de las capas de las RSG, la capa de acceso, la capa de transporte, la capa de servicios y la capa de control (véase Cap. II, sec. 7).

CAPÍTULO VI

11. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS

Al determinarse que un operador de telecomunicaciones está distorsionando el mercado, ya sea por el poder dominante que tiene o por hacer un uso indebido de éste, se pueden imponer obligaciones específicas en materia de información, publicidad, calidad, tarifas, control de precios, contabilidad de costos, separación contable, acceso desagregado y reventa de capacidad.

Los objetivos de dichas obligaciones, también conocidas como condiciones asimétricas, son: (1) eliminar las distorsiones del mercado, (2) permitir que el resto de los proveedores participen en igualdad de circunstancias, y (3) beneficiar a los usuarios con base en una competencia efectiva que se traduzca en más y mejores servicios, a menores precios.

Si todos los agentes de un mercado están obligados a presentar información, la obligación específica en este terreno consistirá en exigir mayor detalle (p. ej., topología de la red, tráfico por áreas determinadas). Todos los operadores tienen que proveer un nivel mínimo de calidad, mientras que aquel que tenga una obligación específica de calidad podrá estar sujeto a una auditoría especial externa que podrá hacerse pública. En cuanto a tarifas, el principio de un mercado en competencia es la libertad tarifaria, empero, una obligación específica podrá consistir en que se le imponga al dominante un control tarifario o que publique costos detallados de instalaciones y servicios.

En la UE, antes de la Directiva Marco los órganos reguladores de cada país miembro podían designar a un operador con poder sustancial de mercado (1) si tenía 25% o más del mercado relevante, o, (2) independientemente de la cuota de mercado, si tenía capacidad para influir en éste.

A partir de la Directiva Marco de 2002 (véase Cap. XII, sec. 2.2) se elimina el criterio del porcentaje de mercado y comienzan a aplicarse conceptos de posición dominante conforme a la regulación de competencia económica, es decir, "(...) una empresa tiene peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores (...)".³⁶⁴

Adicionalmente el marco de la UE prevé: (1) la dominancia por dos

364 Artículo 14, apartado 2, primer párrafo de la Directiva Marco.

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

o más empresas que, sin tener vínculos estructurales o de otro tipo, propicia comportamientos paralelos o alineados del mercado debido a la estructura del mercado relevante,³⁶⁵ (2) que un operador sea declarado dominante en el mercado relevante y en aquel otro mercado con el cual existan vínculos que permitan que el peso de un mercado se deje sentir en el otro³⁶⁶, y (3) la determinación por parte de la Comisión Europea de mercados transnacionales.³⁶⁷

En México, hasta antes de la Reforma Constitucional de 2013 la Cofeco era la autoridad encargada de determinar si un concesionario de red pública de telecomunicaciones tenía poder sustancial (dominancia) en cierto mercado conforme al procedimiento señalado en la LFCE y su Reglamento. Cuando un concesionario era declarado dominante, la Cofetel debía iniciar el procedimiento administrativo, con base en la LFPA, para asignarle las obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información.³⁶⁸ (véase Cap. VII, sec. 4).

Para el caso de los mercados de mayoristas de servicio de arrendamiento de enlaces dedicados locales, de larga distancia nacional, de larga distancia internacional y de interconexión, la Cofetel emitió el Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones fija obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que tengan poder sustancial, de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica, en los mercados mayoristas de servicio de arrendamiento de enlaces dedicados locales, servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia nacional, servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia internacional y servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de interconexión.³⁶⁹ Los casos específicos de dominancia y de obligaciones específicas en México se presentan en el Cap. VII, sec. 4.

365 Artículo 14, apartado 2, párrafo segundo, y Anexo II de la Directiva Marco.

366 Artículo 14, apartado 3 de la Directiva Marco.

367 Artículo 15, apartado 4 de la Directiva Marco.

368 Artículos 9-A, fracción IX, y 63 de la LFT

369 Cofetel, *Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones establece obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que tengan poder sustancial de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica, en los mercados mayoristas de servicio de arrendamiento de enlaces dedicados locales, servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia nacional, servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia internacional y servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de interconexión*, publicado en el DOF del 23 de abril de 2012.

CAPÍTULO VI

12. SEPARACIÓN Y DESINVERSIÓN

Las medidas de separación y la orden de desinversión son las más extremas, y sólo se justifican cuando el resto de los mecanismos de salvaguarda y fomento de la competencia han fracasado. Este tipo de medidas se aplican al operador que se encuentra verticalmente integrado en un segmento de mercado monopólico o en el que es dominante, y en otro segmento donde sí existe competencia pero en el cual los operadores del segmento en competencia tienen necesariamente que utilizar los servicios proporcionados en el segmento monopólico.

El objetivo de lo anterior es evitar que se distorsione el mercado en el segmento competido por acciones emprendidas por el operador integrado verticalmente. Éste puede aprovecharse e implementar prácticas anticompetitivas o discriminatorias en contra de la competencia en el segmento monopólico, al tiempo que se da a sí mismo un trato más favorable en el segmento competido.³⁷⁰

La separación puede aplicarse de distintas maneras y grados según lo amerite el caso.

12.1. Separación funcional (operativa)

La separación funcional obliga a la separación de los diferentes servicios en distintas divisiones, lo que exige que cada una de éstas tenga sus propios directivos, administradores y sistemas de información, así como mecanismos para que se impida el flujo de información importante (p. ej., *Chinese wall*).

La separación funcional es virtual en el sentido de que la propiedad del operador de las divisiones separadas permanece inalterada. La separación puede darse entre servicios o entre servicios e

370 Por ejemplo, el operador A es el que tiene una red extensa y omnipresente en un país determinado. Los operadores A, B y C compiten en el mercado del servicio local y de larga distancia, pero en tanto el operador A tiene presencia en todo el país, los operadores B y C sólo están en ciertas regiones y para transportar sus comunicaciones de extremo a extremo del país forzosamente necesitan utilizar los servicios de transporte interurbano del operador A. En el mercado del transporte interurbano el operador A es el único con cobertura nacional y, por ende, para ciertas rutas los operadores B y C están obligados a utilizar la red del operador A. En este caso, el operador A puede discriminar en los precios y/o en la oportunidad de los servicios de la red de transporte interurbano para sí mismo y aquellos que ofrece a los operadores B y C, en tanto que para el servicio local y de larga distancia desploma sus precios.

infraestructura. Normalmente se crea una división para los servicios de acceso, que son los que generalmente proveen recursos esenciales difícil o costosamente replicables y una división para la adquisición de servicios al mayoreo. Dicha división se convierte en un cliente más de la división de los servicios de acceso, lo cual se realiza con la finalidad de dar transparencia al actuar de la división de acceso y poder verificar que no está discriminando a los demás operadores que compiten en el mercado de mayoreo y menudeo de servicios de telecomunicaciones.

Para determinar si procede o no una separación funcional debe (1) confirmarse que el resto de las medidas han sido inútiles para generar un ambiente de sana competencia, (2) evaluarse los efectos en la inversión en infraestructura por parte del operador que será separado a nivel funcional, es decir, si esta separación generará desincentivos a la inversión en infraestructura, (3) considerarse que la regulación es compleja, (4) analizar si cuenta con un equipo dentro del regulador capaz de realizar la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de la separación funcional, (5) tomar en cuenta los costos que se generarán para el regulador y el operador a separarse para determinar si los beneficios superan a los costos, y (6) contemplar la existencia o no de un sistema judicial efectivo que necesariamente implica que éste resuelva de manera oportuna.

En cuanto a la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de la separación estructural

(...) debe haber por parte del regulador un monitoreo y verificar el cumplimiento efectivo de las promesas. De otra manera, existe un riesgo significativo de que no se cumplan éstas (...) Los reguladores precisan también de habilidades institucionales sólidas para supervisar y hacer cumplir las obligaciones negociadas. Se requiere personal con habilidades y expertise regulatorio para identificar las violaciones y requerir el cumplimiento de obligaciones complejas, especialmente aquellas que se refieren a obligaciones de conducta, que son parte inherente a la separación funcional. Se tienen que hacer decisiones trascendentes que afectan intereses financieros relacionados, y el personal [del regulador] necesita de experiencia y expertise considerable. La vigilancia constante es necesaria durante largos periodos. Si estas habilidades institucionales no existen o no pueden alcanzarse o desarrollarse en tiem-

CAPÍTULO VI

po para la implementación, los reguladores pueden optar por evitar la separación funcional como remedio y evaluar otras alternativas.³⁷¹

La separación funcional puede exigir que los administradores y empleados de cada división sean distintos, contar con oficinas corporativas diferentes e incluso comercializar los servicios a través de marcas distintas.

12.2. Separación corporativa o estructural

En la separación corporativa o estructural se deben constituir empresas separadas con operación independiente, aun cuando la propiedad de ellas permanezca en las mismas personas. “(...) si es claro que las cuestiones regulatorias clave sólo pueden remediarse con la obligación de separación estructural del incumbente, entonces es mejor dejar la separación funcional completamente [de lado] e irse directo a la separación estructural (...) la separación estructural es menos demandante institucionalmente que la funcional, debido a que no es necesario definir, monitorear y hacer cumplir todas las reglas de conducta interna y de las *firewalls* requeridas en una separación funcional (...)”.³⁷²

371 “(...) there must be effective monitoring and enforcement of these promises by the regulator. Otherwise, there is a significant risk of non-compliance (...) Regulators also need strong institutional capabilities to monitor and enforce the negotiated obligations. Skilled and expert regulatory staff employees are required to identify violations and require compliance with complex obligations, particularly those involving behavioural obligations, which are inherent part of functional separation. Big decisions must be made that affect entrenched financial interests, and staff members need considerable experience and expertise to make them. Constant vigilance is required over long periods. If these institutional capabilities are not present, or cannot be brought in or developed in time for implementation, regulators may choose to avoid functional separation as a remedy and consider other options (...)”, UIT, *Trends in Telecommunication Reform 2008: Six degrees of sharing*, op. cit., nota 6, pp.143 y 148 [traducción de la autora].

372 “(. .) if it is clear that key regulatory issues can be solved only by mandatory structural separation of the incumbent, then it may be better to dispense with functional separation altogether and go straight to structural separation (...) structural separation is less institutionally demanding than functional separation, because it is not necessary to define, monitor, and enforce all of the internal behavioural rules and firewalls required in the functional separation (...)”, *Ibidem*, pp. 149-150 [traducción de la autora].

12.3. Desinversión o desincorporación

La desinversión o desincorporación consiste en que el operador que está verticalmente integrado venda parte de la operación, sus subsidiarias o filiales a otro grupo de interés, para garantizar que no exista relación alguna entre el operador original y las nuevas empresas producto de la desinversión. Ésta, al igual que algunas formas de separación, tiene como desventaja la pérdida de las economías de escala, el incremento de los costos de transacción y, además, el hecho de que los usuarios tengan que contratar con más de una empresa sus servicios. Adicionalmente, el costo-beneficio de establecer este tipo de medidas como política de competencia dependerá mucho de la fortaleza o debilidad del operador dominante y de las autoridades reguladoras.

(...) las formas de separación vertical de mayor alcance, que eliminan los incentivos del operador para distorsionar la competencia en un segmento competido, pueden compensar la incapacidad del regulador de preservar la competencia en un panorama integrado verticalmente. Por otra parte, cuando el regulador es capaz de controlar efectivamente el comportamiento de un incumbente verticalmente integrado, o cuando el poder de mercado que posee el incumbente en un mercado del cual puede aprovecharse es relativamente débil, la separación vertical puede no ser requerida.³⁷³

Desinversión de AT&T. El más notable caso de desinversión se presentó en EUA en relación con el operador AT&T. Se remonta a 1949, cuando el Departamento de Justicia presentó una demanda en materia de competencia económica en contra de AT&T que finalizó con una transacción entre las partes conocida como el *Consent Decree* de 1956, por medio del cual se permitía a AT&T mantener su interés en Western Electric (filial de AT&T) para producir equipos, pero se le prohibía ofre-

373 "(...) the most far-reaching forms of vertical separation, which eliminate the operator's incentives to distort competition in the competitive segment, can compensate for the inability of the regulator to preserve competition in a vertically integrated setting. On the other hand, when the regulator is able effectively to control the behaviour of a vertically integrated incumbent, or when the market power which the incumbent possesses in one market segment and can leverage in the other is relatively weak, vertical separation might not be required", Cfr Geradin, Damien y Kerf, Michel, op. cit., nota 125, p. 60, [traducción de la autora]

CAPÍTULO VI

cer comercialmente servicios de procesamiento de datos (servicios no regulados).

En 1974 el Departamento de Justicia inició una nueva acción en contra de AT&T cuya finalidad era acabar definitivamente con el monopolio regulado de esa compañía. Así, en 1981, presentó ante los tribunales una demanda en materia de competencia económica que concluyó con un convenio judicial en 1982; así, la Corte del Distrito de Columbia quedó facultada para modificar el *Consent Decree* de 1956 a través de la resolución conocida como *Modified Final Judgement*.³⁷⁴

El *Modified Final Judgement*: (1) ordenó la escisión de las operaciones locales de AT&T en las empresas *Regional Bell Operating Companies* ("RBOC"), con lo cual quedarían éstas separadas de las operaciones de larga distancia nacional e internacional, (2) prescribió la desinversión de las RBOC del grupo económico de AT&T, la cual se concretó mediante intercambio de acciones, (3) permitió que la compañía continuara operando los servicios de larga distancia y fabricando equipo y otros servicios en los que sí existiera competencia, (4) estableció que las RBOC prestarían servicio únicamente en la misma área de servicio (*Local Access and Transport Area*),³⁷⁵ (5) hizo posible que todos los operadores de larga distancia (*interexchange carriers*) tuvieran acceso en igualdad de términos y condiciones a las redes y servicios de las RBOC, y (6) eliminó la restricción impuesta a AT&T en 1956 de abstenerse de prestar servicios de telecomunicaciones no regulados (p. ej., procesamiento de datos).

Ha sido muy debatido el tema acerca de si la decisión de escindir y desinvertir a AT&T fue la adecuada. Algunos consideran que fue un éxito para que se iniciara y consolidara la competencia en el mercado estadounidense de telecomunicaciones, en tanto que otros piensan que la medida fue radical y los resultados a largo plazo no necesariamente han sido los mejores.

Sería muy difícil determinar cómo sería el mercado estadounidense de no haberse ordenado la escisión y desinversión de AT&T.

374 *United States v. American Tel. & Tel. Co.*, Civil Action Nos. 74-1698, 82-0192, Misc. No. 82-0025 (PI), United States District Court for the District of Columbia, 552 F. Supp 131, 1982; y Bates, Regis J. "Bud" y Gregory, Donald W., *Voice & Data Communications Handbook*, 4a ed., Berkeley, Osborne/McGraw-Hill, 2001, p. 8.

375 Las *Local Access and Transport Area* (LATA) no sustituyeron a las áreas de servicio local, sino que sirvieron para definir el servicio local como aquél dentro de la misma LATA y al de larga distancia a aquel que requería del transporte de señales entre centrales de distintas LATAs.

POLÍTICA DE COMPETENCIA EFECTIVA (SEGUNDA PARTE)

Lo cierto es que al momento de adoptarse no se vislumbraban los cambios tecnológicos que se han gestado y el plazo tan corto en que han acontecido.

En México la Reforma Constitucional de 2013 dotó al Iftel de facultades para desincorporar u ordenar la desinversión de activos, derechos y partes sociales.³⁷⁶ ▶

376 Artículo 28 de la Constitución