

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

“LA EFECTIVIDAD DE LA NUEVA REGULACIÓN
ECONÓMICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
MEXICANO:
EL CASO DE LAS TELECOMUNICACIONES”

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

MTRO. CESAR EMILIANO HERNANDEZ OCHOA

SEPTIEMBRE 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Aurora

AGRADECIMIENTOS

Esta disertación no hubiera podido ser escrita sin la existencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Primeramente debo un agradecimiento al doctor Héctor Fix Fierro quien me animó a solicitar admisión al programa, me apoyó a lo largo de todo el proceso de ingreso, y posteriormente tuvo la generosidad de leer la tesis, comentarla y otorgarle su voto favorable. Los coordinadores de la unidad de estudios de posgrado del Instituto –los doctores Imer Flores Mendoza, Juan Vega Gómez y Francisco Ibarra Palafox– fueron muy importantes para la exitosa conclusión del programa. Bajo la entusiasta y profesional gestión del doctor Juan Vega se desarrolló la mayor parte de esta investigación. El apoyo decidido del doctor Francisco Ibarra fue crucial para superar obstáculos en la etapa final del doctorado. Además debo reconocer la ayuda permanente que a lo largo del programa me dio el personal de la coordinación, en particular las asistentes del coordinador Angélica Meza y Berenice Ortega, así como la secretaria de la coordinación, María Esther Chávez, quien siempre estuvo dispuesta a brindarme su apoyo.

La asesoría de mis cuatro tutores –los doctores Jorge Fernández Ruiz y Ernesto Villanueva Villanueva del Instituto de Investigaciones Jurídicas, la doctora Lucila Silva Guerrero del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, y el doctor Mariano Florentino Cuellar Elizondo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford– fue fundamental para el desarrollo de esta tesis. Sus comentarios, críticas y guías de investigación permitieron que esta tesis pudiera avanzar sobre una ruta más sólida. Como tutor principal el doctor Jorge Fernández Ruiz estableció las pautas que permitieron que la disertación se desarrollara de una manera ordenada, con objetivos claros y precisos, lo que me permitió avanzar de manera constante. Sus comentarios siempre atinados y su visión anclada en su profundo conocimiento del derecho administrativo, fueron

particularmente apreciados. Incluso en aquellos puntos en que sus opiniones no coincidían con las mías el doctor Fernández Ruiz fue siempre tolerante con mis diferencias y constructivo en sus comentarios. A mi tutor principal debo agradecerle también las múltiples instancias en que me apoyó generosamente con los trámites inherentes al programa doctoral. Además de mis cuatro tutores y del director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, dos lectores externos –la doctora Ana Laura Magaloni Kerpel de la División de Estudios Jurídicos del CIDE y el doctor Armando Soto Flores de la Facultad de Derecho de la UNAM– tuvieron la generosidad de leer y comentar la tesis, y otorgarle su voto favorable. También debo reconocer las valiosas sugerencias de la Maestra Julia Flores Dávila, especialista en métodos de investigación empírica, así como de los demás ponentes y participantes en el seminario del doctorado en derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

El Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC), donde he laborado en los años pasados, fue otra institución clave para que yo pudiera tener el tiempo y los recursos indispensables para desarrollar esta investigación. Agradezco en particular el apoyo del presidente del Centro, Luis Rubio, y de su directora general, Edna Jaime, quienes vieron en mi proyecto de investigación doctoral sinergias importantes con el trabajo que CIDAC realiza para el mejoramiento de las políticas públicas en México. Debo un reconocimiento especial a Yuritsi Mendoza, Lisset Pineda y Camilo Vidal, quienes, en diferentes momentos, me asistieron en la recopilación de datos estadísticos. La muy profesional ayuda de Estela Figueroa, la bibliotecaria de CIDAC, fue particularmente apreciada.

Conversaciones e intercambios escritos con varios amigos, colegas y especialistas a lo largo de los años anteriores ampliaron mi entendimiento de aspectos particulares de la problemática abordada por el libro. Doy las gracias a varios jefes, colegas y colaboradores con quienes interactué y de quienes aprendí en mi paso por la Comisión Federal de Telecomunicaciones y en

conversaciones de años posteriores, en particular agradezco a los abogados Joaquín Álvarez del Castillo Baeza, Santiago Bolaños Guerra, Jaime Deschamps González, Antonio Garza Cánovas, Pedro Guerra Morales, Federico León de la Vega Domínguez, Javier Lozano Alarcón e Iván Ruiz Moreno; a los economistas Fernando Butler Silva y Fernando León, al administrador Carlos Casasús López Hermosa y a los ingenieros Enrique Rodríguez Leal del Real y Alejandro Navarrete Tórres. Mi jefe en la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, el abogado Germán Fernández Aguirre, contribuyó a que después de salir de la Cofetel siguiera involucrado en temas de derecho de telecomunicaciones. Agradezco a Aaron Navarro los materiales sobre la historia de las telecomunicaciones mexicanas que generosamente me hizo llegar.

Mi familia ha sido una motivación constante a lo largo de todo el doctorado. Mi esposa Aurora –a quien esta tesis está dedicada–, y mis hijos Emiliano y Mario Julian han sido la razón profunda de todo este esfuerzo.

Sobra decir que no todo lo que aquí digo es compartido, o incluso aceptado, por quienes amablemente me ayudaron, por eso la responsabilidad de lo escrito en este libro –y en particular de los errores que pudiera contener– es exclusiva y naturalmente mía.

C.E.H.O.
Septiembre de 2007.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
I. PLANTEAMIENTO INICIAL DEL TEMA-PROBLEMA	17
II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	19
III. SUPUESTOS E HIPÓTESIS INICIAL DE LA INVESTIGACIÓN	21
IV. UTILIDAD E IMPACTO POTENCIAL ESPERADO DE LA INVESTIGACIÓN	22
1. <i>Utilidad teórica</i>	22
2. <i>Dilemas anticipados</i>	24
CAPÍTULO PRIMERO. EFECTOS SOCIALES Y EFECTIVIDAD DE LA REGULACIÓN MEXICANA DE LAS TELECOMUNICACIONES	27
I. EFECTOS Y EFECTIVIDAD	27
II. LA PERSPECTIVA DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y SU UTILIDAD	30
1. <i>Las condiciones para la eficacia de las normas jurídicas</i>	32
2. <i>¿Por qué la gente obedece el derecho?</i>	34
3. <i>La falta de efectividad del derecho</i>	36
4. <i>Ineficacia por deficiencias en los instrumentos del derecho</i>	37
5. <i>Análisis de consecuencias: vital para sociedades en proceso de cambio</i>	38
6. <i>Brecha entre derecho positivo y realidad: Utilidad del enfoque sociológico</i>	39
III. EL ENFOQUE SOCIOLÓGICO FRENTE AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	40
IV. ESTUDIOS DE LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO EN MÉXICO Y OTROS PAÍSES	45
V. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: CONCEPTOS DE REGULACIÓN Y DE TELECOMUNICACIONES	48

1. <i>La nueva regulación económica de las telecomunicaciones mexicanas</i>	48
A. <i>El concepto de regulación</i>	48
B. <i>La “nueva” regulación mexicana de las telecomunicaciones</i>	51
2. <i>El concepto de telecomunicaciones</i>	52
CAPÍTULO SEGUNDO. EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA	57
I. LOS CONCEPTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y REGULACIÓN ECONÓMICA	58
1. <i>El concepto de derecho administrativo</i>	58
2. <i>El concepto de regulación económica</i>	61
II. LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO Y MEXICANO	65
1. <i>La regulación económica en el derecho administrativo estadounidense</i>	65
2. <i>La regulación económica como tema del nuevo derecho administrativo español</i>	70
3. <i>La regulación económica como tema incipiente en el derecho administrativo mexicano</i>	74
CAPÍTULO TERCERO. LA NUEVA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LAS TELECOMUNICACIONES EN MÉXICO	79
I. ETAPAS DE LA NUEVA REGULACIÓN	80
1. <i>Expedición del reglamento de telecomunicaciones y modificación del título de concesión de Telmex (1990 - 1995)</i>	81
2. <i>Ley Federal de Telecomunicaciones (1995 - 2006)</i>	83
3. <i>Intentos de afinación del modelo regulatorio (1996 - 2006)</i>	85
A. <i>Propuestas legislativas y reglamentarias presentadas</i>	86
B. <i>Caracterización de las diferentes propuestas</i>	88
a. <i>Iniciativas Gómez Mont y Salazar</i>	88
b. <i>Iniciativa Ochoa</i>	89
c. <i>Iniciativas de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria,</i>	

Meixueiro y Legorreta y proyecto de dictamen de la CPT	90
d. Proyectos reglamentarios de la SCT en 2003	92
4. <i>Reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y a la Ley Federal de Radio y Televisión, Acción de Inconstitucionalidad e Iniciativas Paralelas (2006 a la fecha)</i>	92
A. <i>Reformas del 11 de abril de 2006</i>	92
B. <i>Iniciativas Paralelas</i>	94
a. <i>Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna</i>	95
b. <i>Iniciativa Paralela Reyes</i>	96
C. <i>Acción de Inconstitucionalidad contra las Reformas de 2006</i>	96
5. <i>Iniciativas y acciones legislativas de 2007</i>	99
A. <i>Iniciativas</i>	100
a. <i>Iniciativa Mazón</i>	101
b. <i>Iniciativa Döring</i>	101
c. <i>Iniciativa Beltrones</i>	102
B. <i>Acciones legislativas</i>	103
6. <i>Recuento de las Etapas de la Nueva Regulación de las Telecomunicaciones</i>	104
II. CAMBIOS EN EL PARADIGMA REGULADOR	104
1. <i>Del monopolio a la competencia</i>	107
A. <i>En el Reglamento de Telecomunicaciones y el Título de Concesión de Telmex</i>	107
B. <i>En la Ley Federal de Telecomunicaciones e Iniciativas Posteriores</i>	112
C. <i>En las Reformas legales del 11 de abril de 2006 y en la Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna</i>	115
D. <i>En la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006</i>	116
E. <i>La ruta mexicana del monopolio a la competencia</i>	122
2. <i>Del concesionamiento discrecional a la libre entrada</i>	124
A. <i>El modelo estadounidense y el europeo</i>	124
B. <i>El concesionamiento discrecional en las telecomunicaciones</i>	

<i>mexicanas</i>	126
C. <i>La libre entrada en las telecomunicaciones mexicanas</i>	131
a. Acceso a servicios de valor agregado con requisitos mínimos	132
b. Permisionamiento o prestación libre de ciertos servicios	133
c. Simplificación y claridad de procedimiento de concesionamiento	135
d. Concesionamiento mediante licitación del espectro radioeléctrico	136
3. Del control tarifario a la libertad tarifaria con excepciones	140
A. <i>Del control tarifario a la libertad tarifaria con excepciones</i>	140
B. <i>El control tarifario en las telecomunicaciones mexicanas</i>	142
C. <i>La libertad tarifaria con excepciones en las telecomunicaciones</i>	146
<i>mexicanas</i>	
a. La libertad tarifaria	146
b. Las excepciones a la libertad tarifaria	148
4. Del servicio público tradicional al servicio universal	150
A. <i>El servicio público y el servicio universal: dos instituciones expansivas</i>	150
B. <i>El servicio público en las telecomunicaciones mexicanas</i>	154
C. <i>El servicio universal en las telecomunicaciones mexicanas</i>	160
5. <i>Del regulador político a la entidad reguladora independiente</i>	168
A. <i>Del regulador político a la entidad reguladora independiente</i>	169
a. Aparición de las entidades reguladoras independientes en Estados Unidos y Europa	169
b. La teoría económica de la captura regulatoria	172
c. Las formas de organización de la administración pública mexicana: centralización, desconcentración y descentralización	173
B. <i>Del regulador político a la entidad reguladora independiente en las telecomunicaciones mexicanas</i>	177
a. Desplazamiento de la Subsecretaría de Comunicaciones	

como regulador del sector telecomunicaciones	177
b. Surgimiento de Cofetel como regulador del sector telecomunicaciones	181
c. Obligación internacional de México de garantizar la independencia del regulador respecto a los regulados	185
d. Autonomía de Cofetel en Decreto de 1996, en las iniciativas de ley y proyectos reglamentarios 1996-2007, y en las <i>Reformas del 11 de abril de 2006</i>	186
e. Autonomía de Cofetel en la acción de inconstitucionalidad 26/2006	199
C. <i>Tendencias y perspectivas futuras del regulador de las telecomunicaciones en México</i>	201
III. EFECTIVIDAD DEL MODELO REGULATORIO MEXICANO EN TRANSICIÓN	205
 CAPÍTULO CUARTO. LOS OBJETIVOS EXPRESOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LAS TELECOMUNICACIONES Y SU DESEMPEÑO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS	211
 I. LOS OBJETIVOS DE UN CUERPO NORMATIVO Y SU FUNCIÓN	212
1. <i>Expresión de objetivos y su ubicación en el cuerpo del texto normativo</i>	212
2. <i>Función de los objetivos de un texto normativo</i>	214
3. <i>Objetivos de la normatividad mexicana de las telecomunicaciones</i>	217
II. LOS OBJETIVOS DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES: DEFINICIONES E INDICADORES RELACIONADOS	219
1. <i>Promover un desarrollo eficiente</i>	220
2. <i>Fomentar una sana competencia</i>	222
3. <i>Promover una adecuada cobertura social</i>	224
4. <i>Garantizar la soberanía nacional</i>	226
5. <i>Compatibilidad entre los objetivos de la Ley</i>	233
III. EVOLUCIÓN DE DIVERSOS INDICADORES RELACIONADOS CON LOS OBJETIVOS DE LA LEY FEDERAL DE	235

TELECOMUNICACIONES	
1. <i>Desarrollo eficiente</i>	235
A. <i>Evolución de la teledensidad y la penetración telefónica móvil</i>	236
B. <i>Evolución de la inversión en el sector telecomunicaciones</i>	239
2. <i>Sana competencia</i>	240
A. <i>Competencia en sí</i>	240
a. Participación de los operadores e índices de dominancia en los principales mercados de telecomunicaciones	241
B. <i>Mejores precios</i>	242
a. Evolución de tarifas de servicios de telecomunicaciones	245
b. Operación del sistema de precios tope de Telmex	248
C. <i>Variedad de servicios</i>	249
D. <i>Calidad de servicios</i>	250
3. <i>Adecuada cobertura social</i>	253
A. <i>Evolución de la telefonía pública</i>	253
B. <i>Evolución de la telefonía rural y el acceso comunitario a Internet</i>	254
4. <i>Soberanía</i>	255
A. <i>Autonomía y autoridad del órgano regulador</i>	256
B. <i>Actividad regulatoria</i>	258
a. Concesiones y permisos otorgados por la SCT	258
b. Reglamentos y regulación	259
5. <i>Recuento</i>	267
CAPÍTULO QUINTO. LOS PROBLEMAS DE LA NUEVA REGULACIÓN MEXICANA DE LAS TELECOMUNICACIONES	271
I. LAS DEFICIENCIAS DEL MARCO JURÍDICO	273
1. <i>Problemas en las normas de interconexión</i>	273
2. <i>Problemas en las normas que regulan a los operadores dominantes</i>	281
3. <i>Problemas en las normas que regulan la cobertura social</i>	287
A. <i>Agotamiento de las obligaciones de servicio universal del título de Telmex</i>	288

B. <i>Inequidad y duplicidad en telefonía de larga distancia</i>	290
C. <i>Inequidad competitiva entre los servicios locales</i>	294
D. <i>Reducido monto e impacto de la acción estatal directa</i>	298
II. DEBILIDAD, INEFICIENCIA Y CAPTURA DE LA COFETEL	302
III. EL AMPARO Y LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES	312
IV. ÉXITOS Y FRACASOS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES EN OTROS PAÍSES	324
1. <i>La experiencia de Estados Unidos de América</i>	325
2. <i>La experiencia española</i>	327
CONCLUSIONES	333
APÉNDICE. REFORMAS LEGALES A LA RADIODIFUSIÓN Y A LA COFETEL DE ABRIL DE 2006, Y ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006	349
I. INTRODUCCIÓN	349
II. ANÁLISIS DE LAS REFORMAS	351
1. <i>Fortalecimiento de la autonomía de Cofetel frente al Ejecutivo federal, y establecimiento de la misma como órgano regulador de la radiodifusión</i>	352
A. <i>Facultades de Cofetel en Ley</i>	353
B. <i>Integración del órgano de gobierno de Cofetel</i>	354
a. Aspectos positivos en general	354
b. Aspectos negativos: inconstitucionalidad de la “no objeción” senatorial	355
c. Aspectos negativos: subsiste subordinación a SCT	357
d. Aspectos negativos: Escalonamiento y designación de nuevos comisionados los enfrenta con SCT	358
2. <i>Nueva regulación de las concesiones de radiodifusión</i>	360
A. <i>Otorgamiento de concesiones de radiodifusión vía licitación</i>	361
B. <i>Programa de licitaciones de radiodifusión</i>	364
C. <i>Opinión de Cofeco en licitaciones de espectro para</i>	

<i>radiodifusión</i>	365
D. <i>Refrendo automático de concesiones de radiodifusión</i>	366
E. <i>Autorización de prestación servicios adicionales en espectro originalmente autorizado para radiodifusión</i>	369
3. <i>Participación del IFE como regulador y operador de la propaganda electoral</i>	371
III. BENEFICIARIOS POTENCIALES DE LAS REFORMAS	373
IV. CONSIDERACIONES FINALES	377
BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA	379

INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente disertación doctoral es analizar los efectos sociales y la efectividad de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones. El tema se enmarca dentro de la “regulación de las telecomunicaciones y energía”, que fuera una de las líneas de investigación abiertas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas en su convocatoria al Programa de Doctorado en Derecho por Investigación de enero de 2003.

En esta introducción plantearé el tema-problema de investigación, ubicándolo dentro de perspectivas y discusiones jurídicas teóricas más amplias, mismas que considero me permitirán darle mayor profundidad y resonancia a los argumentos que desarrollare en los capítulos de esta tesis.

I. PLANTEAMIENTO INICIAL DEL TEMA-PROBLEMA

La presente disertación se propone abordar un tema, el de la efectividad de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones. El tema de tesis enunciado puede enunciarse de una manera más clara si lo formulamos como una pregunta a responder: ¿Qué tan efectiva en alcanzar sus objetivos expresos ha sido la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones?

Asimismo el tema de la investigación puede plantearse de una manera más vívida si lo desarrollamos haciendo una referencia más amplia y calificada a la problemática que involucra y a las cuestiones asociadas que podemos –de manera preliminar- advertir. Siguiendo lo anterior, podemos cuestionarnos si la vasta actividad regulatoria de diversos órganos, dependencias, y organismos del Estado mexicano en materia de telecomunicaciones en los últimos años: ¿ha alcanzado los objetivos expresos de eficiencia económica, cobertura social y beneficios al consumidor que se propuso, o ha acabado inobservada por los actores del sector, olvidada por la propia administración que debiera aplicarla,

suspendida por los juzgados y tribunales que conocen de ella, o –incluso– sirviendo a los intereses particulares de los grupos de interés que actúan en el sector?

Las preguntas iniciales concretas sobre la efectividad de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones que la tesis pretende responder son preguntas como las siguientes: Al amparo de la nueva regulación:

- ¿Se han desarrollado bien las telecomunicaciones mexicanas, o se ha estancado su desarrollo?
- ¿Se ha mantenido la rectoría del Estado en la materia, o se ha debilitado?
- ¿Se ha logrado fomentar una sana competencia en el sector, o han prevalecido las prácticas anticompetitivas?
- ¿Se han conseguido mejores precios para los servicios de telecomunicaciones, o éstos se han mantenido o incrementado?
- ¿Se ha multiplicado la variedad de servicios, o se ha mantenido una oferta muy limitada?
- ¿Ha mejorado la calidad de los servicios, o ha empeorado?
- ¿Se ha promovido una adecuada cobertura social, o se ha preservado la concentración e inequidad en la provisión social de los servicios?

Todas las anteriores preguntas abordan la relación entre la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones y sus efectos sociales, una relación entre el derecho y la realidad social en la que ambos elementos son indispensables. No obstante, en el análisis de la relación anterior, el énfasis de esta investigación será en el elemento jurídico, más que en el empírico. Nos interesa, por ejemplo, entender el papel de la nueva regulación en la reducción de las tarifas de servicios de telecomunicaciones. En este sentido los datos estadísticos, por ejemplo, los que muestren la evolución de las tarifas, no nos interesan por sí mismos, sino por lo que nos dicen sobre la efectividad de la regulación. En ese sentido, como explicaré enseguida, mi objetivo es escribir una disertación que

responda las preguntas anteriores desde una perspectiva preponderantemente jurídica, y no una preponderantemente sociológica o económica.¹

II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación busca evaluar los costos y beneficios de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones, desde 1990 a la fecha², así como de los factores que explican sus éxitos y sus fracasos. En particular, me interesa evaluar el impacto que en el sector telecomunicaciones ha tenido la introducción de varias instituciones y conceptos regulatorios nuevos, el desplazamiento de las instituciones y conceptos regulatorios tradicionales, así como la congruencia del nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones con los principios básicos conforme a los cuales se estructura sistemáticamente el ordenamiento jurídico mexicano.

El proyecto de disertación que propongo realizar persigue un objetivo fundamental:

Realizar una evaluación costo-beneficio de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones, así como de los factores que explican su éxito o fracaso.

Para alcanzar el objetivo fundamental la disertación proyectada se propone alcanzar varios objetivos específicos incluyendo:

¹ En el Capítulo Primero explicaré la forma en que los juristas que practican la sociología jurídica, buscan realizar análisis empírico, pero sin perder la perspectiva y el predominio del enfoque jurídico.

² En el Capítulo Primero explicaré la periodización que utilizaré en esta tesis, en especial el sentido que doy al concepto de “nueva regulación de las telecomunicaciones”.

- evaluar el impacto que en el sector telecomunicaciones ha tenido la introducción de varias instituciones y conceptos regulatorios nuevos, tales como:
 - o la creación de un órgano regulador especializado (la Comisión Federal de Telecomunicaciones);
 - o el papel preponderante de regulación económica consistente en disposiciones administrativas de carácter general emitidas por el órgano regulador, o por resoluciones cuasi-arbitrales de disputas entre particulares realizadas por dicho órgano regulador
 - o la delegación de facultades regulatorias a los particulares;
 - o las instituciones de servicio y acceso universal;
 - o concesionamiento por licitación;
 - o la libre competencia, basada en libertad tarifaria y mecanismos simplificados de entrada a la provisión de servicios; y
 - o el derecho a la interconexión y regulación económica de incentivos.

- evaluar el impacto que ha tenido el desplazamiento de instituciones y conceptos regulatorios tradicionales en el sector telecomunicaciones, tales como:
 - o papel preponderante de regulación económica consistente en reglamentos emitidos por el titular del Ejecutivo y títulos de concesión emitidos por el titular de la dependencia del sector,
 - o la institución del servicio público,
 - o concesionamiento discrecional, y
 - o monopolio u oligopolio sujeto a regulación de tasa de utilidades

- evaluar la congruencia de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones con principios básicos conforme a los cuales se

estructura sistemáticamente el ordenamiento jurídico mexicano, tales como:

- la indelegabilidad de la facultad reglamentaria,
- los límites a la resolución de disputas entre particulares a cargo de órganos desconcentrados del Ejecutivo,
- los límites de actuación independiente de órganos desconcentrados formalmente pertenecientes y subordinados al Ejecutivo, y
- los límites al otorgamiento de facultades de autoridad a órganos desconcentrados del Ejecutivo.

III. SUPUESTOS E HIPÓTESIS INICIAL DE LA INVESTIGACIÓN

Soy consciente de que los objetivos –general y específicos- de la investigación descritos en la sección anterior, conllevan un sesgo hacia las explicaciones jurídicas, mismo que podría ser criticado por quienes analicen el sector mexicano de las telecomunicaciones desde otras disciplinas. Es probable que, para un economista o un consultor de negocios, las instituciones regulatorias modernas y su congruencia con el sistema normativo mexicano sean sólo uno entre muchos factores que explican el desarrollo del sector telecomunicaciones e, incluso, sean vistos como un factor menor. Sin embargo, mi hipótesis preliminar, y una de las motivaciones personales para desarrollar esta disertación, es que la variable jurídica ha importado, y mucho, en el desarrollo (o falta del mismo) del sector mexicano de las telecomunicaciones. Más aún, considero que los problemas de congruencia de la nueva regulación con los principios ordenadores de nuestro sistema jurídico, son problemas muy importantes que no han sido explicados, ni abordados de una manera satisfactoria en los análisis hechos por especialistas interesados en las telecomunicaciones que omiten las consideraciones que ocupan el centro de los intereses de los estudiosos del derecho.

La hipótesis básica de este proyecto de disertación doctoral es que la experiencia regulatoria del sector mexicano de telecomunicaciones ha sido moderadamente exitosa en alcanzar sus objetivos de eficiencia económica y tutela de los intereses del consumidor, pero que ha sido muy poco exitosa en alcanzar sus objetivos de cobertura social y rectoría del Estado. Por otra parte, considero que, incluso en los temas en que pudiera hablarse de un éxito inicial (y limitado) de la nueva regulación, la experiencia del proceso regulatorio ha revelado la existencia de importantes problemas de incongruencia en el sistema de normas, subordinación de los reguladores a los intereses de los regulados (captura regulatoria), obstruccionismo burocrático y abuso de los procedimientos administrativos y de los procesos judiciales, circunstancias que generan costos cada vez mayores.

IV. UTILIDAD E IMPACTO POTENCIAL ESPERADO DE LA INVESTIGACIÓN

1. *Utilidad teórica*

La nueva regulación mexicana reciente de las telecomunicaciones no ha sido objeto de estudios jurídicos globales. La novedad y dinamismo de la materia en nuestro país ha dificultado que sea abordada en investigaciones de alcance amplio. Ciertamente existen, en el ámbito jurídico-académico mexicano, varios artículos que analizan la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995, así como varias tesis de investigación (generalmente de licenciatura) que abordan algunos servicios o problemáticas específicas del sector telecomunicaciones, pero todavía no existe todavía una disertación doctoral que aborde la problemática de la regulación del sector en su conjunto, ni que se aboque a los problemas jurídicos fundamentales que los tres lustros de aplicación de la nueva regulación han revelado.

La ausencia de trabajos de investigación mayores en la materia no se justifica a la luz de la importancia que la regulación del sector telecomunicaciones ha cobrado en la circunstancia actual. La regulación económica del sector mexicano de las telecomunicaciones se encuentra hoy día sujeta a severas y encontradas críticas provenientes desde diferentes sectores. Desde fines de la administración del presidente Ernesto Zedillo, los principales funcionarios del órgano regulador del sector (la Comisión Federal de Telecomunicaciones) han declarado pública y repetidamente encontrarse impedidas de regular en virtud de los innumerables amparos que han sido interpuestos en contra de sus resoluciones. Durante la administración del presidente Vicente Fox, el Secretario del ramo y el subsecretario de comunicaciones, así como los voceros del principal concesionario (Telmex) expresan públicamente su creencia de que se ha aplicado un modelo equivocado a la regulación del sector. Grupos de legisladores de los principales partidos presentan proyectos legislativos encontrados que pretenden modificar y alterar sustancialmente las bases legales de la regulación vigente. Importantes administrativistas mexicanos (Alfonso Nava Negrete) demandan cambios radicales en instituciones cruciales del sistema vigente (p. ej., facultar al legislativo para otorgar y prorrogar las concesiones administrativas en la materia). A nivel internacional México ha sido demandado – y vencido- a través del mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio porque las disposiciones internas y la práctica regulatoria de las autoridades no se ajusta a lo establecido en instrumentos internacionales. A principios de la administración del presidente Felipe Calderón, el Secretario del ramo ha denunciado que el órgano regulador se encuentra capturado por las empresas reguladas.

El proyecto de disertación doctoral propuesto ayudaría a llenar el hueco existente en la doctrina jurídica mexicana sobre la regulación mexicana reciente del sector telecomunicaciones. Más aún, el proyecto que se propone abordaría la cuestión desde su perspectiva práctica más relevante en la circunstancia de los últimos años, a saber, la de la utilidad y efectos sociales del modelo

regulatorio mismo que los mexicanos hemos implementado, así como la de los aciertos y errores que están determinando su éxito y su fracaso.

La disertación que se propone contribuiría a precisar algunas de las tendencias fundamentales que pueden observarse en derecho administrativo mexicano en la circunstancia contemporánea. Primeramente, el papel preponderante que la regulación económica ha pasado a jugar en nuestro derecho administrativo, y la mutación que se ha venido produciendo en algunas de las instituciones fundamentales de esta rama del derecho como el reglamento, el servicio público y la concesión. Asimismo, contribuiría a precisar el papel que ha desempeñado nuestro Poder Judicial en relación con el fenómeno de la regulación económica. Además, serviría como base para proponer ajustes que armonicen la relación entre las viejas y las nuevas instituciones regulatorias de nuestro derecho administrativo, y las hagan más conducentes a servir los intereses de nuestra sociedad. Finalmente, la disertación propuesta ilustraría los crecientes vínculos existentes entre la problemática que enfrenta actualmente nuestro derecho administrativo y otros derechos extranjeros como el norteamericano (o incluso el español) que tienen una más larga (e igualmente difícil) experiencia armonizando las nuevas instituciones de la regulación económica con el corpus de su derecho administrativo y constitucional.

2. Dilemas anticipados

Nuestra evaluación de los costos y beneficios de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones, no pretende quedarse en una respuesta global a la pregunta inicial. Es decir, no pretendo concluir esta disertación afirmando simplemente que la nueva regulación sí ha generado más beneficios que costos, o viceversa. Ni siquiera pretendo concluirla cuantificando –de una manera u otra– esos costos y beneficios. El propósito último de la disertación será proveer algunas herramientas analíticas que permitan incrementar la efectividad de la regulación mexicana de las telecomunicaciones, y que mejoren la congruencia

de esta cada vez más importante vertiente de nuestro derecho administrativo con nuestra arquitectura normativa y con nuestra tradición administrativa y constitucional.

De acuerdo con lo anterior, el sentido final de la disertación pretende ser propositivo. No obstante, soy el primero en reconocer que el fin puede revelarse de realización muy compleja o, quizá, llevar a dilemas de muy difícil resolución. De hecho, es posible anticipar de antemano algunos de los dilemas que el desarrollo de la investigación pudiera corroborar. Por ejemplo, ¿como resolver el dilema si al final de la disertación concluimos que algunos aspectos de la nueva regulación han sido efectivos en reducir los precios pagados por los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, pero que también han mostrado incongruencia con principios básicos de nuestro sistema jurídico? Puesto en términos más llanos y simplificadores ¿qué sucede si la nueva regulación de las telecomunicaciones se revela útil, pero inconstitucional? La respuesta que –en su caso y en su momento– debiera darse a este tipo de dilemas no es fácil. Para un abogado, existen múltiples razones para acordarle primacía a la consideración estrictamente jurídica. Pero –desde la época de los romanos– el derecho ha sido una creación de mentes prácticas, en la que ha sido posible encontrar caminos que reconcilian las exigencias de lo normativo, con las necesidades materiales de la sociedad.

Desde luego, dilemas potenciales como el antes enunciado pueden no presentarse. Por ejemplo, si al final de la disertación concluimos que determinada pieza regulatoria es, además de inconstitucional, notoriamente poco beneficiosa e inferior en resultados a los obtenidos al amparo de regulaciones más tradicionales que han sido relegadas al olvido o derogadas. En esos casos, el dilema que se nos presenta puede ser de diferente naturaleza: ¿Cómo recuperamos una vieja institución de nuestra tradición jurídica, hecha a un lado por la nueva regulación?

En cualquier caso, nuestro propósito es dirigir nuestra investigación para acabar abordando ese tipo de cuestiones, y –de ser posible– generar propuestas que intenten superar los dilemas potencialmente presentes que nos revele la investigación de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones y sus efectos sobre la realidad mexicana.

CAPÍTULO PRIMERO

EFFECTOS SOCIALES Y EFECTIVIDAD DE LA REGULACIÓN MEXICANA DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente capítulo analiza el marco teórico-jurídico en el que se apoyará la presente disertación es –fundamentalmente– el de la sociología del derecho. Esta disciplina ha abordado extensamente la cuestión de los “efectos” y la “efectividad” del derecho. Las reflexiones surgidas en el seno de la sociología del derecho iluminan algunos de los dilemas que enfrenta el análisis de los efectos del derecho. Asimismo esta disciplina ha desarrollado aplicaciones potencialmente útiles para el análisis del tema-problema planteado en esta tesis.

Este capítulo está organizado en cuatro secciones. Una primera en la que se aborda brevemente el significado común de los términos “efectos” y “efectividad”; la segunda que aborda la perspectiva de la sociología del derecho sobre los efectos y efectividad del derecho; una tercera compara la perspectiva jurídico-sociológica con la del análisis económico del derecho. En una cuarta sección se refieren los estudios de la efectividad del derecho en México (o sobre México), así como los de efectividad del derecho de las telecomunicaciones en otros países. La quinta sección precisa el objeto de estudio de esta tesis, abordando los conceptos básicos implícitos en la idea de la nueva regulación de telecomunicaciones y acotando el periodo de tiempo que abarcará el análisis de esta tesis.

I. EFECTOS Y EFECTIVIDAD

Dado que el tema-problema de la presente disertación son los efectos sociales y la efectividad del derecho, conviene comenzar precisando el sentido de estos términos del lenguaje común, para después abordar el uso que les han dado diferentes corrientes y teorías jurídicas.

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, el término “efecto” alude a aquello “que se sigue por virtud de una causa”, significa también el “fin para el que se hace una cosa.”¹ Las anteriores definiciones sugieren la relación de causalidad, o relación “causa-efecto”. A la luz de estas definiciones, efecto tiene la connotación de consecuencia.

Por otra parte, el término está ligado a otra connotación conceptual: la de realidad. Lo “efectivo” es lo “real y verdadero”, y se opone “a lo quimérico, dudoso o irreal”. Además, el término se vincula a una tercera connotación, la de “eficacia”, que es la “virtud, actividad, fuerza y poder para obrar”, y la de “eficaz”, que es aquello “que logra hacer efectivo un intento o propósito.”²

Dadas las tres connotaciones anteriores, al hablar de los “efectos” y la “efectividad” del derecho, nos ubicamos simultáneamente en un espacio en el que nos preocupan las consecuencias que tienen las normas jurídicas, un espacio donde tiene lugar la relación entre la norma jurídica y la realidad social, un espacio en el que nos interesa que las normas jurídicas cumplan el propósito para el que fueron creadas.

La “efectividad” es un concepto relacionado con la “eficiencia”, a la que abarca. Esta vinculación conceptual es destacada por el jurista y sociólogo del derecho Héctor Fix Fierro cuando –en relación a los tribunales– señala que:

“hay razones para pensar que la eficiencia es sólo un componente de un concepto más amplio... Este concepto más amplio podría denominarse ‘efectividad’, para significar ... la capacidad de alcanzar los objetivos para

¹ RAE, Real Academia Española, voz “efecto”, en *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid, Espasa, 1992, vol a-g, p. 791.

² RAE, Real Academia Española, voces “eficacia” y “eficaz”, en *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid, Espasa, 1992, vol a-g, p. 791.

los cuales se han establecido los tribunales, en combinación con un grado mínimo de eficiencia.”³

Las relaciones que se establecen entre el concepto de eficiencia y el concepto de eficacia son exploradas por el iusfilósofo Albert Calsamiglia, quien destaca que, mientras la “eficiencia” pone acento en los costos, la “efectividad” lo hace con los fines:

“Una norma es efectiva si consigue el objetivo que pretende. Una norma es eficiente si consigue este objetivo con el mínimo coste posible. La efectividad hace referencia al fin, mientras que la eficiencia hace referencia al medio más adecuado, al mínimo coste social.”⁴

Albert Calsamiglia argumenta convincentemente que, en el derecho, la búsqueda de la efectividad tan importante como –y quizá más aún– la búsqueda de la eficiencia. Al respecto señala:

“El criterio de eficacia es un criterio útil –aunque no el único– a la hora de diseñar instituciones. Y ésta es una idea fundamental para saber que es un buen derecho... Ahora bien, una norma puede ser eficaz –es decir, obedecida– y, sin embargo, no alcanzar el objetivo que se pretendía. En este caso la norma también está mal diseñada porque es eficaz pero inefectiva.”⁵

El autor considera que la “efectividad” es un concepto central para la ciencia de la legislación, para el diseño de buenas leyes, concepto frecuentemente ausente en los análisis jurídicos pero cuya inclusión es necesaria:

³ FIX FIERRO, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, 2006, p. 37 (donde el autor refiere que este retoma esta idea de Edgardo Buscaglia y Maria Dakolias).

⁴ CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 1993, p. 66.

⁵ Idem., p. 62.

“Los conceptos de efectividad y eficacia pueden prestar especial auxilio a una concepción de la tarea de la ciencia de la legislación hasta ahora excesivamente intuicionista y subjetiva... Lo importante de una ley no es sólo lo que pretende, sino lo que consigue.”⁶

II. LA PERSPECTIVA DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y SU UTILIDAD

Históricamente, la sociología del derecho aparece en sociedades avanzadas como una reacción al formalismo jurídico de mediados del siglo XIX.⁷ Frente a los intereses por las cuestiones formales y lógicas de la dogmática jurídica, la sociología jurídica concentra sus intereses en los efectos de las normas, en la relación de las normas con la realidad. Dice Manuel Atienza:

“Los juristas se interesan, sobre todo, por construir una sociología *en el Derecho* que pueda servir como instrumento útil en la tarea de elaborar y aplicar un sistema de Derecho positivo; para muchos juristas actuales, la introducción del análisis sociológico en el Derecho constituye, en esencia, un correctivo frente a la tendencia hacia el formalismo del saber jurídico tradicional, de la dogmática jurídica.”⁸

Desde su nacimiento como disciplina, en la sociología del derecho se ha constatado una preocupación por acercarse al derecho vivo, al derecho eficaz, el que realmente cumple la sociedad y aplican los funcionarios y los jueces.⁹ Ese enfoque en los efectos sociales de las normas hace que la sociología jurídica

⁶ Idem., pp. 64-5.

⁷ De acuerdo a Philip Selznick el “antiformalismo” es uno de los cuatro temas de mayor prominencia en la historia intelectual de la sociología jurídica (los otros tres son el historicismo, el instrumentalismo y el pluralismo). Ver SELZNICK, Philip, “The Sociology of Law”, en SILLS, David L. (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 9, London, The Macmillan Co., 1972, pp. 50-1.

⁸ ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, 1ª ed. corregida, México D.F., Fontamara S.A., 1998, pp. 262-3.

⁹ Ver Idem., p. 262.

tenga un carácter fuertemente empírico, no obstante la disciplina también se caracteriza por fuertes preocupaciones teóricas.

La sociología del derecho moderna se ha desarrollado en torno a dos grandes vertientes, una de “análisis conflictual” y otra de “análisis funcional”. La primera vertiente se enfoca a analizar el papel del derecho en la resolución de los conflictos sociales. La segunda vertiente, que probablemente sea la principal, se ocupa de las funciones y la eficacia del derecho.¹⁰ Es en esta segunda vertiente de la sociología del derecho –el análisis funcional– en la que se ubica esta disertación. Si bien sería posible –e interesante– analizar a la regulación de las telecomunicaciones como un instrumento para mediar y resolver conflictos entre autoridades, empresas y consumidores y generar paz en el sector, nuestro enfoque es diferente, se concentra –como lo señalamos en la Introducción– en el éxito o fracaso de la regulación para alcanzar sus objetivos formales de competencia, desarrollo, soberanía y cobertura social, así como en la contribución del derecho para el logro de esos objetivos.

En los siguientes incisos del presente apartado describiré algunas reflexiones teóricas y filosóficas que han sido abordadas por la sociología del derecho y las vincularé con el tema de la presente disertación. Los incisos se refieren a los siguientes temas:

- a) Las condiciones para la eficacia de las normas jurídicas,
- b) Por qué la gente obedece el derecho,
- c) La falta de efectividad del derecho,
- d) La ineficacia derivada de deficiencias en los instrumentos del derecho,
- e) Análisis de consecuencias: vital para sociedades en proceso de cambio, y

¹⁰ Idem., p. 265.

f) La brecha entre derecho positivo y realidad: Utilidad del enfoque sociológico.

1. *Las condiciones para la eficacia de las normas jurídicas*

Para el profesor William W. Evan, como para muchos sociólogos del derecho, la aplicación coactiva de la ley no garantiza por sí misma su cumplimiento, particularmente cuando la norma es utilizada como instrumento para llevar a cabo cambios sociales y enfrenta resistencias naturales que deben ser superadas. Evan lo expresa de la siguiente manera:

“Cuando una norma es expedida a pesar de enfrentar una resistencia cierta... el sistema jurídico se ve involucrado en una tarea educativa paralela a su tarea de control social. Si la tarea educativa no se concreta, se presenta una situación en la que los individuos se ven obligados a obedecer la ley bajo amenaza de castigo, aunque de hecho, no creen en la norma.”¹¹

Confrontado con el dilema implícito anterior William Evan se pregunta: “¿Bajo qué condiciones puede el derecho tener éxito, no sólo en institucionalizar un nuevo patrón de conducta, sino también en generar la internalización de las nuevas actitudes implícitas en la conducta requerida por la nueva ley?”¹² La respuesta que el estudioso dio a esta pregunta dice que –para que los cambios que pretenda introducir el Derecho sean eficaces– se requiere el cumplimiento de las siguientes siete condiciones:

“1) que la fuente del Derecho utilizada tenga autoridad y prestigio;

2) que la *ratio* de la nueva ley aclare su continuidad y compatibilidad con los valores institucionalizados existentes;

¹¹ EVAN, William M., “Law as an Instrument of Social Change”, en GOULDNER, Alvin W. y MILLER, S. M. (eds.), *Applied Sociology: Opportunities and Problems*, New York, Free Press, 1965, p. 287 (traducción del original en inglés por el autor).

¹² Idem., p. 288 (traducción del original en inglés por el autor).

- 3) que se indiquen los modelos que puedan servir de referencia y que resulten aceptados;
- 4) que se use en la medida adecuada el elemento temporal para superar una potencial resistencia (la reducción del tiempo reduce al mínimo la posibilidad de que aumente la resistencia al cambio);
- 5) que los agentes que imponen la aplicación del Derecho acepten el comportamiento exigido por el Derecho, si no interiorizando los nuevos valores, al menos reconociendo su legitimidad;
- 6) que se empleen sanciones, tanto negativas como positivas, para apoyar el Derecho; y
- 7) que se dote de protección eficaz a los derechos de las personas que resultarían perjudicadas como consecuencia de la evasión o violación de la nueva normativa.”¹³

A lo largo de la presente disertación volveremos sobre las siete condiciones de Evan para la efectividad de las normas. Por ahora, baste decir que, *prima facie*, es posible observar deficiencias en la regulación mexicana de las telecomunicaciones relacionadas con cada una de las siete condiciones listadas por W. M. Evan: 1) La fuente de Derecho frecuentemente utilizada por la autoridad reguladora (p. ej., “reglas”, “planes”, y otras disposiciones parareglamentarias) no goza de autoridad, ni de prestigio; 2) Los motivos con que se justifica esta nueva regulación (p. ej., competencia económica), no son necesariamente vistos como compatibles con otros valores institucionalizados (p. ej., servicio público); 3) Los modelos prácticos en que se inspira esta regulación (p. ej., los aplicados en Estados Unidos o en Chile) son frecuentemente cuestionados y –en algunos puntos– no resulta claro como se aplican; 4) La implementación de la nueva regulación se ha estancado aumentando la resistencia al cambio; 5) los agentes que tratan de imponer la regulación (p. ej., la Comisión Federal de Telecomunicaciones y la Secretaría de

¹³ Idem. La traducción de esta cita de W. M. Evan es referida como ejemplo de las condiciones para el cumplimiento de la norma en NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 7ª ed., Barcelona, Ariel, 1996, p. 301.

Comunicaciones y Transportes, en lo sucesivo “Cofetel” y “SCT”, respectivamente) no comparten los valores en que se funda; 6) el mecanismo para sancionar las violaciones a la nueva regulación (p. ej., la verificación a cargo de Cofetel, seguida por multas a cargo de la Subsecretaría de Comunicaciones) no ha sido fluido, ni funcional en la práctica; 7) los afectados por violaciones a la nueva regulación no han contado con instrumentos para hacer efectivos sus derechos (p. ej., la Cofetel no ha podido defender a los afectados por *bypass* o por denegación de interconexión).

2. Por qué la gente obedece el derecho

Al analizar las razones por las que la gente cumple la ley, el sociólogo jurídico de la Universidad de Nueva York, Tom Tyler, distingue entre la “perspectiva instrumental” y la “normativa”. La primera –dominante en el análisis económico del derecho– considera que las personas ajustan su conducta a “cambios en los incentivos y penas inmediatos asociados con el cumplimiento de la ley... Por ejemplo, aumentar la severidad y la certeza de aplicación de una pena por la comisión de un delito ha sido visto como una manera efectiva para reducir la tasa de dicho delito.”¹⁴ Por su parte, la perspectiva normativa del cumplimiento de la ley “se ocupa de la influencia de aquello que la gente considera justo o moral y no de aquello que sólo responde a sus intereses personales.”¹⁵

Para el profesor Tyler la perspectiva normativa (con su énfasis en relaciones sociales y juicios éticos), es más útil para explicar el cumplimiento de las normas jurídicas, que la perspectiva instrumental (con su énfasis en las sanciones y las

¹⁴ TYLER, TOM R., *Why people obey the law*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 3 (traducción del original en inglés por el autor).

¹⁵ *Ibidem*.

recompensas).¹⁶ De acuerdo a Tyler, sus estudios muestran que “la legitimidad es más influyente que el riesgo de ser sorprendido y castigado por la violación de una norma.”¹⁷ Tyler explica que la base de la legitimidad se encuentra en la equidad de los procedimientos conforme a los cuales las autoridades aplican el derecho:

“En general encontramos que la gente reacciona a la equidad con la cual las autoridades y las instituciones emiten decisiones y ejercen la autoridad, y dichas reacciones determinan tanto su voluntad de aceptar las decisiones como su conducta cotidiana de cumplimiento de las normas.”¹⁸

La “legitimidad” no sólo resulta más efectiva que las sanciones para garantizar el cumplimiento de las normas, también resulta más sostenible en el largo plazo. Al respecto, el sociólogo señala que:

“Un problema que del cumplimiento basado en sanciones es que los cambios en la conducta no se mantienen cuando el riesgo de ser castigado disminuye o desaparece. Por el contrario, es de esperarse que la conducta ligada a la legitimidad, y por lo mismo a la justicia procedimental, se mantenga mejor a lo largo del tiempo.”¹⁹

Las lecciones de Tom Tyler sobre las razones para el cumplimiento del derecho, nos indican que –al analizar la efectividad de la regulación mexicana de las telecomunicaciones– debemos poner énfasis en la legitimidad de las autoridades

¹⁶ Por ejemplo, afirma que: “Al estudiar el cumplimiento de la ley en general, se ha llamado la atención sobre la existencia de casos en los que dicho cumplimiento no puede ser fácilmente explicado desde la perspectiva de su aplicación coactiva. Los ciudadanos obedecen la ley en casos en los que la probabilidad de ser sancionados es prácticamente nula y la violan en casos donde los riesgos de ser sancionados son significativos.” Ibid., p. 22 (traducción del original en inglés por el autor).

¹⁷ Ibid, p. 270.

¹⁸ Ibid., pp. 273-4.

¹⁹ Ibid., p. 275.

regulatorias (por ejemplo, Cofetel o SCT), así como en la equidad que caracteriza los procedimientos con los cuales las autoridades toman las decisiones del sector.

3. *La falta de efectividad del derecho*

En la sociología del derecho, tan importantes como los estudios de la efectividad del derecho, son los estudios que se ocupan de su falta de efectividad, de la no aplicación de las normas jurídicas. La sociología del derecho también se ha ocupado de ese campo de estudio, a cuyos ejemplos representativos diversos autores se refieren como casos de “impotencia de la ley”, de “leyes-manifiesto” o de “leyes que se quedan en el papel”.²⁰

La sociología del derecho ha mostrado que, incluso en los casos en los que determinadas normas del derecho no se aplican (esto es, no cumplen con sus “funciones manifiestas”), las mismas no dejan de tener ciertos “efectos latentes”.²¹ No por ser ineficaces las normas jurídicas dejan de tener efectos en el discurso político dominante, de testimoniar las aspiraciones programáticas de la población o de simbolizar el poder de ciertos grupos sociales. El derecho a la vivienda establecido en la Constitución puede ser una norma ineficaz, pero que evidencia la aspiración social mexicana de hacer de este derecho una realidad en el futuro. En el campo del derecho mexicano de las telecomunicaciones podría pensarse que ciertas normas que establecen la cobertura social de las redes públicas de telecomunicaciones bajo la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995 han sido marcadamente poco eficaces en el logro de sus objetivos expresos de cobertura social (esta es una cuestión que

²⁰ TREVES, Renato, *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona, Ed. Ariel, 1988, p. 171 (que cita las expresiones de Jean Cruet y Romano Bettini).

²¹ A este respecto los sociólogos del derecho retoman la distinción de Robert K. Merton entre “funciones manifiestas” y “funciones latentes” de las instituciones sociales. Ver MERTON, Robert K., *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press, 1968.

evaluamos puntualmente en el Capítulo 4 de esta disertación). No obstante, podría argumentarse que incluso si tales normas son ineficaces, su inclusión en el cuerpo de la Ley puede servir, al menos, ciertas funciones latentes tales como proclamar de modo solemne los ideales de acceso universal a los servicios provistos por esas redes. Lo mismo podría suceder con la aspiración – manifestada por diversos analistas– de que eventualmente se estableciera un abstracto “derecho a las telecomunicaciones” dentro del capítulo de garantías de la Constitución mexicana.

4. Ineficacia por deficiencias en los instrumentos del derecho

Pero aún reconociendo que las normas jurídicas ineficaces tengan alguna función latente de utilidad social, lo cierto es que la naturaleza misma del derecho requiere que las normas se apliquen y sean eficaces, y que aquellas normas que se quedan en el papel no sean ni las más, ni las más importantes. Por ello, una de las vertientes de la sociología jurídica se ha abocado al análisis de las condiciones que aseguran el eficaz cumplimiento de las normas, y que evitan los casos de no aplicación. Al respecto Renato Treves señala que:

“Los casos de ineficacia de las normas y de efectos latentes de las mismas a menudo se deben a deficiencias de los instrumentos y de los servicios de cuyo funcionamiento depende la aplicación o no aplicación, la eficacia o la ineficacia total o parcial de esas normas.”²²

La importancia de subsanar las deficiencias en los instrumentos jurídicos con los que pretende regular, así como las deficiencias en los servicios o entidades administrativas encargadas de la aplicación de las normas, se vuelve crucial para asegurar la efectividad del derecho.

No obstante la complejidad de la identificación de las deficiencias que comprometen la aplicación de las normas no debe soslayarse, pues la adecuada

²² TREVES, Renato, op. cit., p. 172.

operación del derecho depende de la virtuosa conjunción de factores legislativos, ejecutivos y judiciales. Como lo señala el investigador Manuel González Oropeza, el problema de la no aplicación de la Ley en México se deriva de:

“una asociación muy desafortunada de la ley deficientemente formulada y de las autoridades administrativas, ejecutoras de la misma, que gozan de una amplia discrecionalidad, refrendada por las autoridades judiciales.”²³

5. *Análisis de consecuencias: vital para sociedades en proceso de cambio*

Una de las razones de la pertinencia de la sociología del derecho en el mundo jurídico actual, es el acelerado proceso de cambio en el que se encuentran inmersas las sociedades modernas, un proceso mucho más acelerado que en vigente en otras épocas. En sociedades estáticas en las que el cambio social es lento y menor, se justifica que el análisis jurídico se limite a la descripción del derecho vigente. Pero para sociedades modernas, en proceso constante de cambio, el análisis de los efectos del derecho se vuelve imprescindible. En estas sociedades el derecho no se limita a proporcionar seguridad jurídica, sino que tiene importantes funciones en los procesos dinámicos de redistribución y competencia equitativa. En estas sociedades el derecho debe acompañar y apuntalar el cambio social. Como lo ha señalado Manuel Atienza:

“La orientación hacia las consecuencias es una exigencia irrenunciable para la dogmática, si ésta quiere adaptarse a las nuevas funciones que desempeña el Derecho en la sociedad contemporánea (por lo menos en las sociedades avanzadas) y que no es sólo la de producir certeza –es decir, funciones de garantía– sino también la de distribuir recursos y promover condiciones de igualdad (real) entre los individuos.”²⁴

²³ GONZALEZ OROPEZA, Manuel, “¿Por qué no se cumplen las leyes en México?”, en CASTAÑEDA SABIDO, Fernando y Angélica CUÉLLAR VÁZQUEZ (Coords.), *El uso y la practica de la ley en México*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM/Miguel Ángel Porrúa, 1997, p. 62.

²⁴ ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 267.

En pocas áreas del mundo real y del mundo jurídico es tan patente –como en las telecomunicaciones– ese proceso acelerado de cambio característico de las sociedades contemporáneas. El avance tecnológico acelerado y el dinamismo de los mercados hace que sea difícil que la regulación iguale el paso de la industria, y es quizás una de las razones estructurales de fondo que explican la creciente preponderancia de ciertas herramientas regulatorias nuevas por encima de otras tradicionales. No es lo mismo regular a través de reglamentos expedidos por el titular del Ejecutivo federal, que hacerlo con base en disposiciones administrativas de carácter general. En el primer caso la herramienta jurídica requiere un proceso de elaboración y maduración más lento, en el segundo puede responder de manera más rápida. Muchas otras consideraciones deben hacerse sobre cuestiones como la anterior, pero lo cierto es que –como lo han señalado los sociólogos del derecho– la velocidad del cambio social, y el dinamismo de las transformaciones de la industria tienen un impacto directo sobre la efectividad del derecho.

6. Brecha entre derecho positivo y realidad: Utilidad del enfoque sociológico

Hacer un análisis sociológico del derecho mexicano de las telecomunicaciones aspira en el fondo a cerrar una brecha creciente que puede observarse entre el derecho positivo y la realidad. Quienquiera que haya estado en contacto con nuestro derecho administrativo puede observar que la brecha (inevitable) entre realidad y derecho ha venido ensanchándose en las últimas décadas. Baste el ejemplo de la doctrina de la indelegabilidad de la facultad reglamentaria, soportada por la jurisprudencia mexicana, pero constantemente rebasada por la práctica constante de emisión de normas parareglamentarias por los Ejecutivos. La labor de los tribunales en esta materia es cada vez más claramente una “imposible tarea”. Por otra parte, la decisión de los juristas de ignorar esta realidad –así como las razones profundas que la generan– no está exenta de consecuencias desfavorables para la profesión jurídica. Al respecto el filósofo del derecho español Manuel Atienza advertía que:

“hoy no es concebible una dogmática separada tajantemente de la política jurídica; y una política jurídica eficaz no puede, desde luego, quedar al margen de la sociología. Pero si este cambio no se produjera –si el jurista diera en perseverar en su ‘esplendido aislamiento’– es posible que la dogmática jurídica dejara en gran medida de cumplir una función social útil y fuera progresivamente desplazada por otras técnicas sociales, lo que no sería necesariamente una ventaja. Cuando la producción y/o la aplicación de las normas jurídicas queda sobre todo en manos de técnicos no juristas, como economistas, ingenieros, etcétera (lo cual, quizá esté ocurriendo ya en España en materias como el derecho fiscal), los resultados no son precisamente esplendorosos: el profesional sin formación jurídica suele tener unas ideas muy simplificadas acerca del proceso de interpretación y aplicación del Derecho, y a menudo ignora cual es el contexto normativo en el que se insertan las nuevas normas dictadas, comportándose, en definitiva, como el aprendiz de brujo que pone en funcionamiento mecanismos que enseguida escapan de su control y producen resultados no deseados, pero no por ello menos dañosos.”²⁵

III. EL ENFOQUE SOCIOLÓGICO FRENTE AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Si bien esta disertación se apoya fundamentalmente en la perspectiva metodológica de la sociología del derecho, no es posible dejar de mencionar la fuerte presencia en diversas partes de esta tesis del enfoque y las contribuciones del “análisis económico del derecho” (o bien *law and economics*, como se le conoce en el idioma y terminología de la tradición jurídica anglosajona).²⁶ Aunque se trata de dos corrientes de pensamiento jurídico que

²⁵ ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, 1ª ed. corregida, México D.F., Fontamara S.A., 1998, p. 268.

²⁶ Charles K. Rowley define al análisis económico del derecho como “la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y las instituciones jurídicas.” La definición y la traducción al español pueden encontrarse en ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 5-6.

se han desarrollado por cuerda suarada, el análisis económico del derecho tiene múltiples vínculos con los estudios socio-jurídicos sobre la efectividad del derecho. Mark Galanter y Marc Edwards señalan que estas dos corrientes de análisis comparten una serie de características, entre las que destaca –de interés especial de esta disertación– su enfoque en las consecuencias o efectos de las normas:

“Ambas buscan explicar realidades jurídicas. Ambas son consecuencialistas: el significado del derecho reside en sus efectos sobre el bienestar humano (concebido de diversas maneras) más que en sus características formales. Ambas están comprometidas con posponer las prescripciones hasta que se consideren los hechos. Comparten la noción de que el conocimiento jurídico (y el derecho) se enriquecerá con la aplicación de la ciencia.”²⁷

De hecho, al igual que en el ámbito de la sociología del derecho, en el análisis económico del derecho se distingue entre quienes cultivan la disciplina desde una perspectiva ocupada en la descripción analítica de la norma existente, y quienes lo hacen desde una perspectiva más preeocupada por la norma deseable. Así lo reconoce el profesor de análisis económico del derecho de la Universidad de Stanford, Mitchell Polinsky, cuando señala que:

“...el análisis económico ha sido utilizado tanto para explicar al sistema jurídico como es, como para recomendar cambios que lo mejorarían. En

²⁷ GALANTER, Mark y EDWARDS, Mark Alan, “Law and society & law and economics: Common ground, irreconcilable differences, new directions: Introduction: The path of the law ands”, *Wisconsin Law Review*, 1997, p. 377 (traducción del original en inglés por el autor). Los autores también señalan: “Ambas son descendientes de la Ilustración y del realismo jurídico norteamericano. Ambas adoptan una ‘perspectiva científica’ que asume un mundo cognoscible que trasciende el texto, un mundo cuyo funcionamiento no es transparente y que invita a explorarlo para discernir sus contornos más profundos y verdaderos. Ambas comparten la idea de que ocupar la vida mapeando ese mundo constituye un llamado serio. Ambas comparten la convicción de que el conocimiento obtenido de dicha exploración puede promover mayor bienestar al modificar arreglos sociales –aunque existen diferencias en que tan directa es la liga existente entre el conocimiento y la política pública.”

el idioma de los economistas, estas dos perspectivas se conocen respectivamente como economía positiva (o descriptiva) y economía normativa (o prescriptiva).²⁸

Ciertamente hay varios puntos en los que el análisis económico del derecho se distingue de la sociología del derecho y de otros tipos de análisis realistas de las normas jurídicas. Al respecto Steven Shavell, profesor de análisis económico de derecho de la Universidad de Harvard, señala:

“Lo que distingue al análisis económico del derecho son tres características. Primero, el análisis económico pone énfasis en la utilización de modelos estilizados y de pruebas estadísticas y empíricas de la teoría. Segundo, al describir la conducta, el análisis económico le da mucho más peso que otras perspectivas al supuesto de que los actores son racionales, y que piensan en las posibles consecuencias de sus decisiones. Y tercero, en la evaluación normativa, el análisis económico hace explícita la medida de bienestar social considerada, mientras que otras perspectivas dejan en criterio de bienestar social poco claro o sustancialmente implícito.”²⁹

Dos líneas de investigación característicamente identificadas con el análisis económico del derecho desde sus orígenes son las que se han desarrollado en torno al estudio de: a) el efecto de las sanciones sobre el comportamiento, y b) la eficiencia de las normas jurídicas. Respecto a la primera línea de investigación, para Steven Shavell el nacimiento del análisis económico del derecho se da con los estudios de Cesare Beccaria y Jeremy Bentham sobre la efectividad (o ineffectividad) de las sanciones para reducir los comportamientos delictivos, una línea de investigación que el análisis económico del derecho ha seguido desarrollando con gran vigor. En el texto de 1764 de Cesare Beccaria se encuentra una de las ideas seminales del análisis económico del derecho (y de la criminalística): la de que no es tanto la severidad de la pena, como la

²⁸ POLINSKY, A. Mitchell, *An introduction to law and economics*, Boston, Little Brown and Company, 1983, p. xiv (traducción del original en inglés por el autor).

²⁹ SHAVELL, Steven, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2004, p. 4 (traducción del original en inglés por el autor).

certidumbre de la misma, lo que constituye un freno al delito.³⁰ Respecto a la segunda línea de investigación –la eficiencia de las normas jurídicas- la contribución seminal se debe al premio Nobel de economía, Ronald Coase, quien formuló su teorema en un artículo publicado en 1960. La idea básica del llamado “teorema de Coase” es que, al analizar la conveniencia de una norma jurídica que asigna derechos y/u obligaciones a determinados sujetos, lo importante no es quien tiene la culpa o el merecimiento, sino cual es la solución que minimiza el costo y aumenta los beneficios sociales.³¹ Steven Shavell explica la fórmula característica de esta línea de investigación del análisis económico del derecho de la siguiente manera:

“...en la mayor parte de los análisis normativos de reglas legales realizados desde una perspectiva económica el criterio de bienestar social que normalmente se utiliza se refiere a un agregado estándar. Por ejemplo, el objetivo podría ser maximizar la suma de los beneficios derivados de una actividad menos los daños que causa, menos los costos administrativos del sistema legal, o podría ser minimizar los costos sociales totales, esto es, la suma de los costos de prevención más los daños menos los costos administrativos.”³²

Pero las contribuciones del análisis económico al estudio del derecho son mucho más amplias que las sugeridas en una lectura demasiado restrictiva o purista que se enfoque en aquellas áreas en las que disciplina se ha desarrollado más desde sus inicios, o de aquellas en las que se han generado -hasta ahora- los modelos estilizados más robustos o las pruebas estadísticas más sofisticadas. Para darse una idea de los extremos entre los cuales se ubica el análisis

³⁰ Dice textualmente: “Uno de los más grandes frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas... La certeza de un castigo, si bien moderado, causa siempre una mayor impresión, que el temor de otro más terrible, unido a la esperanza de la impunidad...”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, Buenos Aires, Editorial Losada, 2004, p. 74 (traducción del original italiano de 1764 por Antonio Bonanno).

³¹ COASE, Ronald H., “The problem of social cost” en *Journal of Law and Economics*, núm. 3, 1960, pp. 1-44.

³² SHAVELL, Steven, op. cit., pp. 663-4 (traducción del original en inglés por el autor).

económico del derecho baste comparar los tratados sobre el tema de Steven Shavell y Richard Posner, dos de los más destacados cultivadores de esta disciplina. Mientras que en el tratado de Shavell se encuentra una visión muy especializada del análisis económico del derecho centrada en modelos econométricos aplicables a normas de propiedad, responsabilidad civil, contratos, procedimientos legales y derecho penal; en el libro del segundo puede verse una gran amplitud de temas y aplicaciones de la economía a múltiples áreas del derecho.³³

Como se verá más adelante, el argumento y exposición contenidos en esta tesis reflejan la influencia del análisis económico del derecho en varias maneras. El tema de las sanciones impuestas a los operadores del sector telecomunicaciones (y la falta de certeza de las mismas) juega un papel importante en nuestro argumento. Los costos implícitos en la regulación (los costos del órgano regulador) también son analizados en diversas partes del texto. Más aún, dado que esta tesis se aboca al estudio de la “regulación económica” (tema que desarrollamos en el siguiente capítulo), la presencia de contribuciones económicas es recurrente y crucial en el desarrollo de los argumentos de esta disertación. La economía es la disciplina en la que se desarrolla la idea de la “captura regulatoria”, central para nuestro análisis y evaluación del órgano regulador de las telecomunicaciones. En la economía se desarrollan parámetros fundamentales para evaluar la medida en que prevalece o no la competencia en los mercados de telecomunicaciones como los índices de poder de mercado (Herfindahl). Los economistas regulatorios también han desarrollado teorías y aplicaciones de las mismas relativas a las tarifas que los operadores de telecomunicaciones deben cobrarse entre sí (tarifas de interconexión) para no afectar la competencia; o bien sobre las tarifas máximas que los operadores con poder monopólico deben poder cobrarle al público

³³ Ver SHAVELL, Steven, op. cit., 737 pp. También POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 682 pp.

(precios tope) de tal manera que no extraigan rentas injustificadas de los usuarios. Las ideas anteriores –y otras más– juegan un papel en la evaluación de la efectividad de la regulación mexicana de las telecomunicaciones que hacemos en esta tesis y hace evidente que la misma abreva fundamentalmente en el análisis económico del derecho.

IV. ESTUDIOS DE LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO EN MÉXICO Y OTROS PAÍSES

Los estudios de la efectividad del derecho representan uno de los campos de aplicación más destacados de la sociología del derecho. En su texto clásico sobre el tema Renato Treves señala:

“Además de ocuparse de los problemas de producción de las normas, los sociólogos del Derecho se ocupan también, y en mayor medida, de los problemas de la aplicación de las normas, y entre éstos, en primer lugar, de los problemas de la eficacia de las normas y del impacto de las mismas en la sociedad...”³⁴

El profesor Treves cita un amplio número de casos de estudios jurídicos dirigidos a evaluar los efectos de las normas en Italia, su país de origen y uno que desde hace décadas ha tenido importantes avances siguiendo esta vertiente de análisis jurídico.³⁵

A pesar de que todavía no representan una vertiente dominante en el campo de la investigación jurídica, los estudios de efectividad del derecho son cada vez más comunes en México. Dentro del campo de estudios realizados sobre la efectividad de normas jurídicas de diversa índole podemos considerar algunos de los trabajos realizados por Héctor Fix Fierro y Sergio López Ayllón en el

³⁴ TREVES, Renato, op. cit., p. 168.

³⁵ Ver Idem., pp. 168-71.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM³⁶, Guillermo Zepeda Lecuona y otros investigadores del Centro de Investigación para el Desarrollo³⁷, Ana Laura Magaloni, Marcelo Bergman y otros investigadores del Centro de Investigación y Docencia Económicas³⁸, y Francisco Gil, Ramiro Tovar y otros profesores del ITAM³⁹, entre otros⁴⁰. Asimismo, a nivel internacional, destacan

³⁶ Entre otros estudios que se ocupan, directa o indirectamente, de evaluar los efectos de las normas jurídicas ver, por ejemplo, FIX-FIERRO, Héctor, “Controversias constitucionales y federalismo”, en MARTINEZ, Jacqueline y Alberto DÍAZ CAYEROS (coords.), *De la descentralización al federalismo. Estudios comparados sobre el gobierno local en México*, México, CIDAC/ Miguel Ángel Porrúa, 2003, pp. 151-209; FIX-FIERRO, Héctor, *La reforma judicial en México ¿de donde viene? ¿A dónde va?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Documento de Trabajo, noviembre de 2002, 43 pp.; FIX-FIERRO, Héctor y Sergio LÓPEZ AYLLÓN, “¡Tan cerca, tan lejos!” Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-1999), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXIII, núm. 97, enero-abril, 155-267; y FIX FIERRO, Héctor, *El amparo administrativo y la mejora regulatoria*, México, UNAM, 2005.

³⁷ Ver CIDAC, *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, CIDAC/Cal y Arena, 1994, 266 pp.; ZEPEDA LECUONA, Guillermo, “La disputa por la tierra: los tribunales agrarios en México”, *Estudios Agrarios*, Núm. 11, 1999, pp. 9-49; ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Transformación agraria. Los derechos de propiedad en el campo mexicano bajo el nuevo marco institucional*, México, CIDAC/Miguel Ángel Porrúa, 2000, 365 pp.; y ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, CIDAC/Fondo de Cultura Económica, 2004, 462 pp.

³⁸ Ver MAGALONI, Ana Laura y Layda NEGRETE, “Desafueros del poder. La política de decidir sin resolver”, *Trayectorias. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, núm. 2(2), enero-abril de 2000, pp. 54-68; BERGMAN, Marcelo (coord.), “Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional (Principales resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República Mexicana)”, *Boletín de Estudios Jurídicos*, México, CIDE, 2003, 9 pp., y BERGMAN, Marcelo y Robert M. KOSSICK, JR., “The enforcement of local judgments in Mexico: An analysis of the quantitative & qualitative perceptions of the Judiciary & Legal Profession”, en *University of Miami Inter-American Law Review*, núm. 34, verano de 2003, pp. 435-64.

³⁹ Ver GIL DÍAZ, Francisco y Arturo FERNÁNDEZ (coords.), *El efecto de la regulación en algunos sectores de la economía mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, 253

trabajos de autores mexicanos residentes en el extranjero como Florencio López de Silanes de la Universidad de Yale⁴¹, y Mariano Florentino Cuellar de la Universidad de Stanford⁴², o de investigadores extranjeros que se ocupan de nuestro país como Volkmar Gessner de la Universidad de Bremen⁴³.

Por otra parte, en materia de telecomunicaciones existen varios antecedentes de estudios realizados sobre la efectividad de las normas, aunque desafortunadamente ninguno todavía en nuestro país. En Estados Unidos varios de los más destacados especialistas regulatorios han tratado de evaluar la efectividad de sus normas jurídicas particularmente con relación a su más nueva legislación de telecomunicaciones (la llamada ley de Telecomunicaciones de 1996, o bien, en inglés *1996 Telecommunications Act*) y a las piezas regulatorias

pp.; y TOVAR LANDA, Ramiro (coord.), *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, México, Miguel Ángel Porrúa/ITAM, 2000, 288 pp.

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, el trabajo de la profesora de la Universidad Autónoma de Puebla como Florencia Correas Vázquez, "Alcances sociológicos de la justicia laboral", o del profesor de la ENEP-Aragón Arturo Cuellar Fernández, "Análisis sociológico de las prisiones y del delincuente en el Distrito Federal", ambos en CASTAÑEDA SABIDO, Fernando y Angélica CUÉLLAR VÁZQUEZ (Coords.), *El uso y la práctica de la ley en México*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM/Miguel Ángel Porrúa, 1997.

⁴¹ Ver LÓPEZ DE SILANES, Florencio, et. al., *The practice of justice*, New Haven, Yale University Working Paper, 2002, 53 pp.; LÓPEZ DE SILANES, Florencio, et. al., *Courts: the Lex Mundi Project*, New Haven, Yale University Working Paper, marzo 2002, 67 pp.; y LOPEZ DE SILANES, Florencio, et. al., *The Regulation of Entry*, CEPR Discussion Paper No. 2953, septiembre 2001.

⁴² Ver CUÉLLAR, Mariano Florentino, *Rethinking Public Engagement in the Administrative State*, Stanford Public Law Working Paper No, 76, enero 2004; CUÉLLAR, Mariano Florentino, "The Tenuous Relationship Between the Fight Against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 93, 2003, p. 311; y CUÉLLAR, Mariano Florentino, "The Mismatch Between State Power and State Capacity in Transnational Law Enforcement," *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22, 2004.

⁴³ Ver GESSNER, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1988, 247 pp.

que la acompañaron. Por ejemplo en un ensayo de 1999, Thomas Hazzlett se propuso calificar los efectos de la referida Ley de Telecomunicaciones de 1996, es decir, medir en que medida dicha legislación había sido efectiva en alcanzar los objetivos que se propuso.⁴⁴ En un par de libros recientes, el decano de los especialistas regulatorios norteamericanos, Alfred Kahn, también se abocó a evaluar el impacto de la nueva legislación que reguló la apertura en los sectores de telecomunicaciones y aerolíneas de su país.⁴⁵

V. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: CONCEPTOS DE REGULACIÓN Y DE TELECOMUNICACIONES

Para evitar controversias de carácter terminológico y concentrarnos en las cuestiones sustantivas, es pertinente hacer algunas aclaraciones sobre el uso que se da a dos términos que serán clave a lo largo de esta disertación. Me refiero a los términos “regulación” y “telecomunicaciones”, que junto con el término “efectividad” y “efectos sociales” (que ya abordamos), constituyen la triada conceptual de esta tesis.

1. *La nueva regulación económica de las telecomunicaciones mexicanas*

A. El concepto de regulación

Una de las acepciones comunes del término en la lengua española (derivada del latín *regulare*) define a la “regulación” como “la acción y efecto” de regular, es decir de “determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona o

⁴⁴ Ver HAZLETT, Thomas W., “Economic and Political Consequences of the 1996 Telecommunications Act”, *Hastings Law Journal*, vol. 50, agosto 1999, pp. 1359-94.

⁴⁵ Ver KAHN, Alfred E., *Lessons from Deregulation. Telecommunications and Airlines after the Crunch*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2004, 99 pp. También del mismo autor , *Whom the Gods would Destroy, or how not to Deregulate*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2001, 92 pp.

cosa”.⁴⁶ Partiendo de esa concepción, pero acotándola significativamente, la presente tesis utilizará el concepto de regulación en una acepción jurídica, es decir aludiendo a las normas pertenecientes al derecho positivo, y no a aquellas reglas o normas que no son reconocidas como tales por el derecho positivo y que constituyen meros deberes morales, reglas técnicas, o convencionalismos sociales.⁴⁷

Conforme a lo anterior el término “regulación jurídica” podría abarcar todo el fenómeno normativo jurídico, e incluiría a las normas constitucionales, a la legislación, a la jurisprudencia, a la reglamentación y a las normas administrativas de jerarquía inferior al reglamento. Ocasionalmente, y siempre que lo señalemos de manera expresa, las referencias a la “regulación” en esta tesis aludirán a las normas de carácter administrativo (esto es, reglamentos y otras normas administrativas), y no a las de jerarquía constitucional o legal, ni a las derivadas de las decisiones judiciales. Lo anterior es congruente con uno de

⁴⁶ Real Academia Española, Voz “regular”, en *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid, Espasa, 1992, vol h-z, p. 1,758. Ver también voz “regulación” en misma fuente y lugar: “Acción y efecto de regular”.

⁴⁷ La definición de aquello que constituye una “norma jurídica” (y aquello excluido del concepto) es objeto de un largo y amplio debate entre los filósofos del derecho, mismo que rebasa con mucho el objeto de la presente disertación. El uso que nosotros hacemos del término “norma jurídica” lo vincula con las fuentes del derecho reconocidas por la Constitución mexicana, incluyendo a la propia Constitución, a los tratados internacionales, la legislación, los reglamentos y demás disposiciones administrativas, las decisiones judiciales y la jurisprudencia, así como la doctrina, la costumbre y los principios generales del derecho (estos últimos tres en la medida en que sean reconocidos por la Constitución, los tratados internacionales, la legislación y la jurisprudencia). Para la distinción clásica que se hace en la filosofía del derecho mexicano entre normas jurídicas y otros tipos de normas (p. ej., deberes morales, normas religiosas, convencionalismos sociales, etc.), ver GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 44ª ed., México, Ed. Porrúa, 1992, pp. 3-50 (que se ocupan de las distinciones entre derecho y ley natural, moral y derecho, así como derecho y convencionalismos sociales). Para una versión más reciente desde la perspectiva de la filosofía analítica del derecho ver NINO, Carlos Santiago, op. cit., pp. 63-95 (que se ocupan del concepto de norma jurídica).

los usos particulares cada vez más populares del término “regulación” en el derecho administrativo contemporáneo, un uso probablemente influido por el que se le da en el derecho estadounidense.⁴⁸

En adición a señalar que el tipo de regulación objeto de la presente tesis será la “jurídica”, también debemos precisar que se trata de una regulación jurídica de carácter preponderantemente económico. La economía, “ciencia que –de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española– trata de la producción y distribución de la riqueza”⁴⁹, constituye la materia principal objeto de nuestro análisis jurídico. Al respecto conviene citar otras definiciones de la misma – provistas en diccionarios elaborados por economistas– que la definen como:

- a) “El estudio de la manera en que la humanidad se organiza para enfrentar los problemas básicos de la escasez. [Asumiendo que] Todas las sociedades tienen mayores necesidades que recursos (factores de producción), por lo que se debe diseñar un sistema para distribuir dichos recursos entre fines en competencia.”⁵⁰

- b) “Ciencia que estudia la forma de asignar entre los individuos una serie de recursos, por lo general limitados, para la satisfacción de sus

⁴⁸ Por ejemplo, para el Black’s Law Dictionary –el diccionario jurídico de referencia estándar del derecho estadounidense– “regulación” es: “La acción de regular; una regla u orden prescrita para la administración o el gobierno; un principio regulador; un precepto. Regla de orden prescrita por la autoridad superior o competente cuyo objeto son las acciones de aquellos bajo su control. Regulación es la regla u orden que tiene fuerza de ley emitida por la autoridad ejecutiva del gobierno (eg por una entidad administrativa federal).” Voz “regulation” en BLACK, Henry Campbell ed. al., *Black’s Law Dictionary*, 6a ed., St. Paul, West Group, 1990, p. 1,286 (traducción del original en inglés por el autor).

⁴⁹ RAE, Real Academia Española, Voz “economía”, en *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid, Espasa, 1992, vol. a-g, p. 787.

⁵⁰ PEARCE, David W. (ed.), *The MIT Dictionary of Modern Economics*, 4ª ed., Cambridge, Mass., The MIT Press, 1992, p. 121 (traducción del original en inglés por el autor).

necesidades. Intenta resolver las cuestiones básicas de que producir, cómo producirlo y para quién (producción, distribución y consumo).”⁵¹

Dadas las anteriores definiciones de “economía”, nuestro análisis, se dirigirá a estudiar la regulación jurídica que atañe a ese fenómeno de “producción y distribución de la riqueza”, en el sector telecomunicaciones; a la regulación jurídica que afecta ese “sistema de distribución de recursos (naturales, capital y trabajo) entre fines en competencia” en la industria de las telecomunicaciones.

Resumiendo, las normas jurídicas cuya efectividad pretendemos analizar son normas que regulan la economía, en particular las relaciones económicas en la industria de las telecomunicaciones. Lo anterior no impide –desde luego– que en ocasiones abordemos el estudio de normas del derecho administrativo que no tengan una naturaleza exclusivamente económica, pero si implica que el análisis jurídico que realicemos se dirigirá fundamentalmente a cuestiones de materia económica.

B. *La “nueva” regulación mexicana de las telecomunicaciones*

La investigación considerará la regulación emitida en materia de telecomunicaciones desde 1990 (expedición del primer reglamento especializado en telecomunicaciones, del título de concesión vigente de Telmex) hasta 1995 (expedición de la primera ley mexicana de telecomunicaciones), y desde entonces hasta fines de 2006 (pasando por la expedición en abril de 2006 de las primeras reformas a la ley federal de telecomunicaciones, así como a la legislación de radio y televisión).

⁵¹ ARTHUR ANDERSEN S.A., *Diccionario Espasa. Economía y Negocios*, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1997, p. 211.

2. El concepto de telecomunicaciones

Otra acotación que consideramos apropiado realizar es relativa al uso que haremos en esta tesis del término telecomunicaciones. En el derecho mexicano e internacional se utiliza el siguiente concepto de telecomunicaciones:

“Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.”⁵²

Entre otras cosas el anterior concepto de telecomunicaciones incluye a la radiodifusión, que es una forma de emisión de señales por radioelectricidad. En normas internacionales adoptadas por México la radiodifusión se define de la siguiente manera:

“Radiocomunicación unilateral cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general. Estas emisiones pueden comprender programas radiofónicos, programas de televisión u otro género de informaciones.”⁵³

⁵² Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, Anexo, apartado 1012. Definición idéntica a la contenida en el Art. 1.2 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT y en el Convenio Internacional de Telecomunicaciones. La anterior definición sólo varía en algunas palabras de la utilizada en la Ley Federal de Telecomunicaciones: “Toda emisión, transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos, u otros sistemas electromagnéticos.” Ley Federal de Telecomunicaciones, Art. 3, fracción XIV. Las diferencias no parecen tocar la sustancia de la definición.

⁵³ UIT-R, Rec. V.662-2 (1997), 1.35 (Número de serie: AA0829, Modificada en: Febrero 1999). Además el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones define al “servicio de radiodifusión” como “Servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género. Reglamento de Radiocomunicaciones, núm. 36, Ed. 1990 (Número de serie: AB4226, Modificada en: Abril 1993).

Aunque no encontramos una definición de radiodifusión en la Ley Federal de Radio y Televisión, la definición del derecho internacional es parte del derecho mexicano al estar incorporada en los tratados firmados por el país y a más de ser congruente con la definición que encontramos en la doctrina mexicana.⁵⁴ Dado lo anterior podemos decir que la radiodifusión es una especie del género telecomunicaciones, por lo que el derecho de las telecomunicaciones incluye al derecho de la radiodifusión.

La presente disertación excluirá el análisis directo de la efectividad del derecho de la radiodifusión, limitándose al resto de las telecomunicaciones (a las que llamaremos “telecomunicaciones en sentido estricto”). Lo anterior porque, hasta la reforma de abril de 2006⁵⁵, la regulación de la radiodifusión corrió por cuerda separada de la aplicable al resto del sector telecomunicaciones. Habida cuenta de lo anterior, aunque ya puede comenzar a hablarse de una nueva regulación económica de la radiodifusión, es demasiado pronto para hablar de sus efectos. Además, la misma reforma legal que introdujo a la radiodifusión dentro del marco normativo general de las telecomunicaciones, se encuentra actualmente *sub judice*, ya que la Suprema Corte de Justicia analiza la acción de inconstitucionalidad que plantea su anulación. En este sentido seguiremos el criterio que adoptó la Ley Federal de Telecomunicaciones hasta abril de 2006, misma que no regulaba directamente a la radiodifusión, pero sí al resto de los

⁵⁴ José Luis Fernández, por ejemplo, define a la radiodifusión como: “un servicio de emisión de sonidos, imágenes o signos, por medio de ondas hertzianas y destinado a ser recibido por el público en general.” FERNÁNDEZ, José Luis, *Derecho de la radiodifusión*, México, Ed. Olimpo, 1960, p. 24.

⁵⁵ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de abril de 2006.

servicios de telecomunicaciones.⁵⁶ Al respecto, hasta abril de 2006 la Ley Federal de Telecomunicaciones señalaba en su artículo 13 que:

“Las concesiones o permisos para el uso, aprovechamiento o explotación de bandas de frecuencias atribuidas a los servicios de radiodifusión de radio y televisión abierta, y su programación, estarán sujetas a lo dispuesto en la Ley Federal de Radio y Televisión.”⁵⁷

Cabe señalar que la separación que rigió en México hasta abril de 2006 entre la legislación de la radiodifusión y la de las telecomunicaciones en sentido estricto no era una cuestión exclusiva del derecho mexicano, sino que se encuentra en la legislación de otros países. Así en la más reciente Ley General de Telecomunicaciones de España, se señala expresamente que los medios audiovisuales se registrarán por otra Ley.⁵⁸

La separación histórica entre ambas ramas de lo que hasta ahora es el derecho de telecomunicaciones (en sentido amplio) tiene su razón de ser en el alejamiento histórico que se ha observado entre las normas jurídicas nacionales aplicables a la radiodifusión, y las aplicables al resto del sector telecomunicaciones tanto en México como en otros países. Ese alejamiento ocasionó que las normas sustantivas características del derecho de la

⁵⁶ Así se lo propuso, en su momento, la exposición de motivos de la iniciativa de la Ley Federal de Telecomunicaciones vigente, que señaló: “Esta iniciativa no regula las concesiones o permisos para la transmisión de señales en las frecuencias atribuidas a los servicios de radiodifusión de radio y televisión abierta, toda vez que éstas se sujetan a lo dispuesto en la Ley Federal de Radio y Televisión.” “Exposición de Motivos”, en *Ley Federal de Telecomunicaciones*, México, Secretaría de Comunicaciones y Transportes, 1995, p. 10.

⁵⁷ Art. 13, Ley Federal de Telecomunicaciones.

⁵⁸ “Quedan excluidos del ámbito de esta ley el régimen aplicable a los contenidos de carácter audiovisual transmitidos a través de las redes, así como el régimen básico de los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual a que se refiere el artículo 149.1.27.a de la Constitución.” Art. 1 (2), Ley 32/2003, de 3 de noviembre. General de Telecomunicaciones. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, Núm. 264 del 4 de noviembre de 2003.

radiodifusión y del resto de los servicios de telecomunicaciones se hayan apartado. Así mientras el derecho de la radiodifusión ha estado influido por la regulación aplicable a la radio y la televisión abiertas con sus preocupaciones por los contenidos (p. ej., contenidos educativos, publicidad comercial, programación local, etc.); el derecho aplicable al resto de los servicios de telecomunicaciones ha estado dominado por el derecho de la telefonía con su preocupación por el poder de mercado de las empresas (p. ej., regulación tarifaria, interconexión con otras redes, cobertura social de las redes, etc.).

Ciertamente la separación que actualmente se observa entre estas dos ramas del derecho de las telecomunicaciones (la de la radiodifusión y la de las telecomunicaciones en sentido estricto), corresponde cada vez menos con la realidad de la evolución tecnológica. La convergencia de tecnologías de telecomunicación hace que cada día se acerquen más la telefonía y la televisión abierta, y que también se observen acercamientos sustantivos en el tipo de normas jurídicas que se les aplican (particularmente en el derecho de la televisión por cable).⁵⁹ Así lo señala el decano del derecho norteamericano de las telecomunicaciones, Thomas G. Krattenmaker cuando señala que:

“nos estamos dirigiendo a una convergencia entre todas las tecnologías de telecomunicaciones –de modo que las líneas de demarcación entre computadoras, teléfonos, televisiones, y radios irán borrándose o, incluso, hasta desapareciendo– [con lo cual] el actual modelo regulatorio de la telefonía pudiera acabar convirtiéndose en la forma dominante de regulación de las telecomunicaciones en general.”⁶⁰

⁵⁹ Al respecto se ha señalado que “la regulación actual [estadounidense] de la televisión por cable tiene al menos tanto en común con el enfoque dominante de la regulación telefónica como con el del derecho de la radiodifusión [...] el estudio de la regulación de la televisión por cable es una revisión de dos modelos de derecho de las telecomunicaciones en competencia, uno que tiene su base en la radiodifusión, el otro en telefonía.” KRATTENMAKER, Thomas G., *Telecommunications Law and Policy*, 2ª ed., Durham, Carolina Academia Press, 1998, p. 507 (traducción del original en inglés por el autor).

⁶⁰ Ibidem.

No obstante lo anterior, la separación normativa entre el derecho de la radiodifusión y el derecho de las telecomunicaciones (en sentido estricto), fue hasta hace muy poco una realidad en México: cada rama tuvo una historia diferenciada, cada rama se fundamentaba en una ley diferente, cada rama era aplicada por una entidad administrativa diferente. Por ello la radiodifusión no entra todavía en la “nueva” regulación de las telecomunicaciones. No obstante lo anterior, en un apéndice de esta disertación presentaremos nuestro análisis de la reforma legal del 11 de abril de 2006, por la que se introdujo la materia de radiodifusión a la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA.

En el capítulo anterior de esta disertación planteamos y justificamos el enfoque metodológico de esta tesis (*esto es*, el de la sociología del derecho), y explicamos el significado que asignamos a sus tres conceptos básicos: efectividad, regulación y telecomunicaciones. Este segundo capítulo se propone profundizar el análisis del concepto de la regulación económica y ubicarlo en relación a la disciplina del derecho administrativo.

La idea fundamental que buscamos desarrollar en este capítulo es que el derecho administrativo (el comparado en general y el mexicano de manera incipiente), se encuentra cada vez más influenciado por las teorías y las herramientas que los economistas han desarrollado en torno al tema de la regulación. De esa manera, este capítulo busca introducir algunas de las ideas generales que se desarrollaran de manera específica al abordar el tema de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones en el siguiente capítulo.

El presente capítulo se organiza en dos secciones. La primera sección aborda brevemente los conceptos de derecho administrativo y regulación económica. La segunda se ocupa de describir la creciente confluencia que se observa entre el derecho administrativo y la regulación económica tanto en el derecho administrativo comparado (revisamos los casos estadounidense y español) como en el mexicano. Este capítulo pretende ser meramente descriptivo y no se pronuncia sobre si la confluencia interdisciplinaria que observamos es positiva o negativa para el derecho administrativo. Antes bien busca tratarla como algo que se está presentando cada vez con más fuerza en la realidad. Posteriormente –en otros capítulos de la disertación– habremos de abordar algunos de los problemas

que esa cada vez más estrecha relación del derecho y la economía genera, tema que bien podríamos denominar como el de “los dilemas de la regulación económica en el Estado de Derecho”.

I. LOS CONCEPTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y REGULACIÓN ECONÓMICA

La presente sección intentará describir ese, cada vez más estrecho, acercamiento que se observa entre el “derecho administrativo” y la “regulación económica”, tanto en el derecho comparado como –de manera incipiente– en el derecho mexicano. Asimismo trataré de explicar algunas de las características que reviste esta confluencia interdisciplinaria, en particular como varias de las instituciones y herramientas de la regulación económica han logrado paulatinamente insertarse en el corpus del derecho administrativo positivo y –más lentamente– en la doctrina que lo informa.

1. *El concepto de derecho administrativo*

La definición del derecho administrativo representa un complejo problema de dogmática jurídica que excede con mucho la pretensión de esta disertación. Un importante texto moderno que aborda extensamente este tema es el denominado “El concepto del derecho administrativo” del administrativista español Luciano Parejo Alfonso, quien hace un minucioso recorrido sobre las sucesivas concepciones del derecho administrativo que se han presentado en diversos sistemas jurídicos a lo largo de la historia.¹ Otros textos modernos que también

¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, 294 pp. El autor pasa revista a sucesivas concepciones históricas del derecho administrativo que: a) identifican su objeto con la función propia del gobierno en el Estado constitucional, b) identifican su objeto con la noción de servicio público, c)

revisan la trayectoria del derecho administrativo –aunque concentrándose con menor exhaustividad en el tema del concepto– son los de los iusadministrativistas mexicanos Alfonso Nava Negrete y Jorge Fernández Ruíz.²

Luciano Parejo inicia su texto ofreciéndonos una definición preliminar: “El Derecho Administrativo es hoy, en su definición más elemental, inmediata y tradicional, el Derecho de eso que llamamos Administración Pública”.³ Una vez que revisa diversas definiciones históricas, el autor se inclina por la concepción “subjetiva o estatutaria” del término desarrollada por el también administrativista español Eduardo García de Enterría, misma que, en su opinión, supera “los diversos escollos contra los que se han estrellado una y otra vez los diversos esfuerzos de la conceptualización de lo administrativo; esfuerzos que habían girado una y otra vez en torno a los criterios material, teleológico o formal.”⁴ Siguiendo la definición de Eduardo García de Enterría, que favorece Luciano Parejo, el Derecho Administrativo es:

“un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de

ven en la prerrogativa la clave de su esencia; d) lo ven como regulador de la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines, e) utilizan un concepto negativo de la administración como actividad que resta una vez detraídas la legislación y la justicia, f) adoptan posiciones sincréticas o mixtas, g) lo identifican con el derecho de la administración pública, etc.

² Ver FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo*, México, McGraw Hill, 1997, pp. 3-13. El autor revisa la evolución del derecho administrativo desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad. Ver también NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho administrativo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pp. 7-31. El autor presenta una visión histórica panorámica de la trayectoria del derecho administrativo (pp. 7-13) y acaba adoptando un concepto orgánico de este derecho (pp. 13-4).

³ PAREJO ALFONSO, Luciano, op. cit., p. 25.

⁴ Idem., p. 141.

administraciones públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del derecho común.”⁵

Asimismo, los antes citados administrativistas españoles subrayan varias características que consideran se desprenden del concepto anterior, incluyendo las siguientes:

- a) El derecho administrativo es un derecho público (íntimamente relacionado con el derecho constitucional),
- b) El derecho administrativo es el derecho común de las administraciones públicas (y no un derecho especial como el mercantil),
- c) La presencia de una administración pública es requisito necesario para que exista una relación jurídico-administrativa (aunque otras personas ejerzan supuestas funciones administrativas, eso no las sujeta al derecho administrativo),
- d) El derecho administrativo se caracteriza por un equilibrio entre privilegios (autoridad) y garantías (libertad).⁶

En nuestra doctrina mexicana Alfonso Nava Negrete, ofrece una definición de derecho administrativo que también pone énfasis en la nota orgánica o subjetiva, aunque mantiene elementos teleológicos. Para este autor el derecho administrativo:

“Es la rama del derecho público que tiene por objeto regular la actividad de la administración pública, encargada de satisfacer las necesidades

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo I*, 11ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, S. L., 2002, p. 42.

⁶ Respecto a las citadas características del derecho administrativo ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 42-51. También PAREJO ALFONSO, Luciano, op. cit., pp. 142-3.

esenciales de la colectividad. Es por esencial el derecho de la administración...”.⁷

Otra definición, esta del administrativista mexicano Jorge Fernández Ruiz, no sigue exclusivamente el criterio orgánico, sino uno de carácter mixto. Así, el autor define al derecho administrativo como:

“un ordenamiento jurídico que regula la estructura, la organización, el funcionamiento y las relaciones de la administración pública en sus distintos niveles y modalidades, bajo características específicas de prerrogativas y restricciones que lo diferencian de los que regulan la organización y las actividades tanto de los particulares como de otros sujetos de derecho público.”⁸

Pueden ofrecerse múltiples otras definiciones del derecho administrativo, pero se excedería con mucho el objetivo de este breve apartado. Lo importante en todo caso es destacar el predominio moderno de las definiciones orgánicas del concepto, aquellas que se refieren al mismo como el derecho de la administración pública.

2. El concepto de regulación económica

En el primer capítulo de esta disertación –con el propósito de delimitar nuestro objeto de estudio– presentamos nuestra definición de “regulación” subrayando que nos referíamos a este concepto en su acepción jurídica positiva (esto es, en tanto normas jurídicas positivas de diversas jerarquías). Asimismo precisamos el periodo de tiempo al que nos referíamos al hablar de la “nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones”.⁹ El propósito de esta sección es hablar de

⁷ NAVA NEGRETE, Alfonso, voz “Derecho Administrativo” en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo D-H, 12ª ed., México, Ed. Porrúa, 1988, p. 933.

⁸ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, op. cit., p. 4.

⁹ Ver sección 3.1. (“La nueva regulación económica de las telecomunicaciones mexicanas”) del Capítulo 1 de esta disertación.

otra acepción –igualmente importante para efectos de esta disertación– de la “regulación económica”. En esta segunda acepción la “regulación económica” es una disciplina de la economía cuyas instituciones y técnicas características han venido insertándose en el derecho administrativo y han sido adoptadas y reelaboradas dogmáticamente por los juristas. La diferencia entre las dos acepciones diferentes de “regulación económica” (la que presentamos anteriormente en el Capítulo 1, y la que estamos presentando en este Capítulo 2), puede quizá asimilarse a la diferencia que se presenta entre la “Constitución” como norma jurídica y el “Constitucionalismo” como una doctrina política cargada de valores que acabó siendo adoptada, reelaborada y desarrollada por los juristas.¹⁰

En las siguientes secciones de este Capítulo intentaré mostrar como esta segunda concepción de “regulación económica” se ha ido incorporando y desarrollando en algunos derechos administrativos nacionales. No obstante resulta apropiado presentar en esta sección un par de definiciones preliminares de “regulación económica” formuladas por economistas especializados en el tema, mismas que pueden servir de base para entender el sentido de la “regulación económica” que ha venido introduciéndose en el derecho administrativo comparado.

Una primera definición de “regulación económica” en cuanto rama de la economía, nos la proporciona el libro de texto de la materia elaborado por un destacado economista estadounidense, Paul Joskow. El autor señala:

“El abastecimiento barato y confiable de una variedad de servicios básicos de ‘infraestructura’ y varios servicios de transporte juegan un papel crítico en el crecimiento y el desarrollo económicos. Muchos de estos servicios de infraestructura han sido vistos en general como monopolios naturales y la responsabilidad por su suministro ha sido asignada a monopolios públicos

¹⁰ Rolando Tamayo y Salmorán desarrolla esta distinción en su *Introducción al estudio de la constitución*, 3ª ed., México, UNAM, 1989, pp. 97-100 y pp. 225-9.

o privados cuyas tarifas, programas de inversión, políticas laborales, normas de autorización de entrada a competidores y calidad de servicio se encuentran sujetas a control gubernamental. [...] Nos referimos a este tipo de regulación de empresas e industrias como 'regulación económica'.”¹¹

Pero la anterior descripción meramente descriptiva, no agota el sentido de la regulación económica. Paul Joskow señala que los economistas se preocupan por dos aspectos de la regulación económica, los “normativos” (“como regular de manera que se maximice el valor social neto de los bienes y servicios producidos por empresas sujetas a regulación económica”), y los “positivos” (“las fuerzas que llevan a la introducción, evolución y reforma de la regulación económica en ciertos sectores y el desempeño de la regulación económica una vez que ha sido implantada”).¹² Dicho con otras palabras, la disciplina económica de la “regulación económica”, pretende construir instrumentos teóricos para describir lo que pasa y predecir lo que puede pasar con la regulación (el aspecto “positivo” de la disciplina), y también para juzgar (y en su caso reprobar) lo que existe (el aspecto “normativo” de la disciplina).

Por su parte, el estadounidense y Premio Nobel de Economía George Stigler (autor de una de las teorías centrales de la regulación económica, la de la “captura regulatoria”) abunda sobre las características de la “regulación económica” al señalar que:

“Las tareas centrales de la teoría de la regulación económica son explicar quien recibirá los beneficios o asumirá las cargas de la regulación, que forma habrá de asumir la regulación, y los efectos que tendrá la regulación sobre la distribución de los recursos.”¹³

¹¹ JOSKOW, Paul (ed.), *Economic regulation*, Northampton, MA, EUA, Elgar Publishing, 2000, p. xi (traducción del original en inglés por el autor).

¹² Idem., p. xii (traducción del original en inglés por el autor).

¹³ STIGLER, George J., “The theory of economic regulation”, en JOSKOW, Paul (ed.), *Economic regulation*, Northampton, MA, EUA, Elgar Publishing, 2000, p. 3 (traducción del original en inglés por el autor).

Otra definición de regulación económica nos la proporciona la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), organismo internacional que ha venido promoviendo en los últimos años entre sus acaudalados (salvo México) miembros su programa de “reforma regulatoria”.¹⁴ La definición de la OCDE también refleja esa preocupación de los economistas por utilizar las herramientas y conceptos de la “regulación económica” como instrumentos de su programa normativo en la materia (el que denomina “reforma regulatoria”). Para la OCDE:

“Las regulaciones económicas son las que intervienen directamente en las decisiones de mercado, tales como fijación de precios, competencia, entrada o salida al mercado. El objetivo de la reforma [regulatoria] es aumentar la eficiencia económica reduciendo las barreras a la competencia y a la innovación, muy a menudo, a través de la desregulación y el uso de regulaciones que promuevan la eficiencia, así como la mejora de los marcos regulatorios que determinan el funcionamiento del mercado y la supervisión prudencial”.¹⁵

¹⁴ La OCDE se refiere a la reforma regulatoria de la siguiente manera: “La reforma regulatoria se utiliza en el enfoque de la OCDE para referirse a los cambios que mejoran la calidad regulatoria, es decir, mejorar el desempeño, el costo o la calidad jurídica de las regulaciones y los correspondientes trámites gubernamentales. La reforma puede significar la revisión de una sola regulación, eliminar y reconstruir un régimen regulatorio en su totalidad, así como sus instituciones, o bien mejorar el proceso de elaboración de regulaciones y de manejo de la reforma. La desregulación es un derivado de la reforma regulatoria y se refiere a la eliminación total o parcial de la regulación en un sector para mejorar el desempeño económico.” OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Reforma Regulatoria en México (Revisiones de la OCDE sobre Reforma Regulatoria)*, Vol. 1, Paris, OCDE, 2000, p. 18.

¹⁵ Ibidem.

II. LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO Y MEXICANO.

En la doctrina jurídica mexicana los términos “derecho administrativo” y “regulación” no se encuentran típicamente juntos. Sin embargo tal asociación conceptual es notablemente común en el derecho estadounidense y resulta cada vez más frecuente en el derecho español, francés y latinoamericano. La frecuencia con que se observa la cada vez más estrecha relación entre estos términos indica que su asociación no es fortuita ni circunstancial, sino que parece responder a tendencias estructurales profundas que estrechan cada vez más los lazos entre una importante rama del derecho (esto es, el derecho administrativo) y una importante especialidad de la economía (esto es, la regulación económica).

1. *La regulación económica en el derecho administrativo estadounidense*

El más claro y desarrollado ejemplo de la influencia de la regulación económica que ofrece el derecho administrativo comparado es quizá el estadounidense. Es en ese sistema jurídico donde más claramente se constata una fuerte imbricación entre el derecho administrativo y la regulación económica. Lo anterior puede constatarse en el contenido de los libros de texto de derecho administrativo estadounidense (y en el prestigio y la jerarquía de quienes los escriben), en la presencia de economistas en las escuelas de derecho, y en las organizaciones de profesionistas del derecho¹⁶.

¹⁶ Por ejemplo la sección de derecho administrativo de la Asociación de la Barra de Abogados de EUA se denomina “Sección de Derecho Administrativo y Práctica Regulatoria” (*American Bar Association Section of Administrative Law and Regulatory Practice*) y publica anualmente un libro con los desarrollos del derecho administrativo y la práctica regulatoria estadounidense (*Developments in Administrative Law and Regulatory Practice*). Ver <http://www.abanet.org/dch/committee.cfm?com=AL211000> (liga válida al 1 de marzo de 2007).

Varios libros de texto estadounidenses (*casebooks* o *hornbooks*) vinculan ambos temas –derecho administrativo y regulación– en el título mismo (de hecho los tratan como un mismo tema) o desarrollan extensamente el tema de la regulación en el capitulo.¹⁷ No todos los libros de texto de derecho administrativo estadounidense abordan su objeto de estudio con énfasis en la cuestión regulatoria y económica¹⁸, pero si lo hacen algunos de los más modernos e influyentes.

El caso paradigmático a este respecto es el libro de texto de “derecho administrativo y política regulatoria” escrito por Stephen Breyer, Richard Steward, Cass Sunstein, y Matthew Spitzer. Seguiremos este libro para ejemplificar la importancia que reviste la regulación económica en el derecho administrativo estadounidense.

Al respecto, y antes que nada, debe destacarse que los autores de “Derecho administrativo y política regulatoria”, no son abogados marginales y heterodoxos, antes bien representan de manera destacada a la élite jurídica y económica

¹⁷ Ver por ejemplo BREYER, Stephen G., STEWARD, Richard B., SUNSTEIN, Cass R. y Matthew L. SPITZER, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, 4a ed., Nueva York, Aspen Law & Business, 1999, 1054 pp.; ROSENBLUM, David H. y Richard D. SCHWARTZ (eds.), *Handbook of Regulation and Administrative Law (Public Administration and Public Policy)*, Nueva York, Marcel Dekker, 1994. 585 pp.; WALLACE TUCKER, Edwin, *Text--cases--problems on administrative law, regulation of enterprise, and individual liberties*, St. Paul, Minnesota, EUA, West Publishing, 1975, 268 pp.; y HARRISON, Jeffrey L., VERKUIL, Paul R. y Thomas D. MORGAN, *Regulation and Deregulation: Cases and Materials*, St. Paul, Minnesota, EUA, West Publishing, 1997, 563 pp.

¹⁸ El libro de Bernard Schwartz, que probablemente sea el libro de texto tradicional de derecho administrativo estadounidense más influyente, no adopta el enfoque mixto de “derecho administrativo y regulación”, lo que no implica que su contenido no deje de estar imbuido de temas característicos de la regulación económica. Desafortunadamente su autor falleció a fines de los años noventa. Su texto (actualizado por un coautor) continúa publicándose. Ver SCHWARTZ, Bernard y Roberto L. CORRADA, *Administrative Law. A Casebook*, 5a ed., Nueva York, Aspen Law & Business, 2001, 865 pp.

estadounidense. Son connotados abogados y economistas del país vecino, cuyo trabajo conjunto es revelador del fuerte nexo entre derecho administrativo y regulación económica. Stephen Breyer es Ministro (*Justice*) de la Suprema Corte estadounidense, uno de los menos conservadores y de los más prestigiados.¹⁹ Cass Sunstein es profesor en la escuela de derecho de la Universidad de Chicago y –a la vez– uno de los economistas y constitucionalistas más reconocidos de ese país.²⁰ En Estados Unidos el derecho administrativo se aplica (y se entiende) a la luz de las cuestiones sustantivas de la regulación económica. Stephen Breyer y sus coautores así lo expresan:

“Resulta difícil ocuparse del derecho administrativo sin conocer bastante bien los temas subyacentes de regulación sustantiva. [...] no podemos entender el significado de los requisitos procedimentales o los principios de revisión judicial si los separamos de las responsabilidades sustantivas de los entes reguladores y de las herramientas disponibles para que tales entes den cumplimiento a sus responsabilidades.”²¹

Por otra parte, la anterior declaración no es meramente retórica: el contenido de su libro de texto de derecho administrativo refleja la importancia que los autores conceden al tema de la regulación económica. Entre las selecciones de ensayos de terceros autores que (muy al estilo de los *casebooks* estadounidenses) se incluyen en este libro de texto, se incluyen varios de destacados economistas como Roger Noll o Kip Viscusi. En el contenido del libro también se evidencia la fuerte carga del enfoque económico. Por ejemplo, los autores presentan una

¹⁹ Ver ROSEN, Jeffrey, “Stephen Breyer restrains himself”, *The New Republic*, 14 de enero de 2002, p. 14.

²⁰ Cass Sunstein es autor de varios libros: *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State* (1990), *Constitutional Law* (en coautoría con Geoffrey Stone, Louis M. Seidman, and Mark Tushnet) (1995), *The Partial Constitution* (1993), *Democracy and the Problem of Free Speech* (1993), *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996), *One Case At A Time* (1999), *Behavioral Law and Economics* (editor, 2000), *Designing Democracy: What Constitutions Do* (2001), y *The Cost-Benefit State* (2002).

²¹ BREYER, Stephen G., STEWART, Richard B., SUNSTEIN, Cass R. y Matthew L. SPITZER, op. cit., p. 3 (traducción del original en inglés por el autor).

taxonomía de la regulación con la que se proponen expresar los problemas típicos que se aboca a resolver la regulación administrativa. “Ningún gobierno puede evitar la regulación”, dicen los autores.²² Sin embargo, también advierten que “si bien nos enfocamos en los fundamentos legítimos [muchos de estos económicos] para regular, existen grupos bien organizados que frecuentemente persiguen, y obtienen, regulación para sus propios y egoístas fines.”²³

En el texto de derecho administrativo estadounidense que analizamos los fundamentos de la regulación (y sobre todo la buena regulación) son normalmente económicos. De acuerdo a los citados autores existen siete tipos de problemas que han sido utilizados para justificar la regulación administrativa: a) Fallas de mercado, definidas en términos económicos, como la necesidad de controlar el poder monopólico, la necesidad de compensar la ausencia de información adecuada y suficiente, los problemas de acción colectiva, o la necesidad de corregir ‘costos excesivos’ o ‘costos de transacción’ que dificultan la negociación; b) Fundamentos económicos menos firmes, como control del ‘ganancias imprevistas’, o la necesidad de eliminar ‘competencia excesiva’, c) Redistribución; d) Valores no económicos de la colectividad; e) Situaciones de desventaja o casta; f) Planeación; y g) Paternalismo.²⁴ Los autores son conscientes de que el primer tipo de justificación utilizado por la regulación es el claro favorito de los economistas. Al respecto dicen:

“Un método de analizar la regulación administrativa es verla como un intento de resolver varios problemas de “fallas de mercado” identificados por los economistas. Ese punto de vista es, desde luego, popular entre economistas ya que trata al mercado como la norma y asume que quienes proponen una regulación administrativa deben justificarla mostrando que es

²² Idem., p. 4 (traducción del original en inglés por el autor).

²³ Ibidem (traducción del original en inglés por el autor).

²⁴ Ver idem, pp. 4-12.

necesaria para alcanzar un importante objetivo público que el mercado no puede alcanzar.”²⁵

La confesión de la influencia económica que no obsta para los juristas autores del texto estadounidense de “derecho administrativo y política regulatoria” propongan al análisis económico como patrón preferido de evaluación del derecho administrativo, ni para que nos analicen con detenimiento varias herramientas regulatorias de origen económico y las consideren netamente de derecho administrativo. De acuerdo a los autores las “herramientas regulatorias clásicas” del derecho administrativo incluyen:

“(1) tarificación basada en los costos del servicio; (2) distribución conforme a criterios de interés público, (3) establecimiento de estándares; (4) tarificación basada en precios históricos; (5) autorización previa o licenciamiento; (6) derechos o impuestos; (7) provisión de información; (8) subsidios; y (9) esfuerzos no coercitivos para producir cooperación a través de persuasión moral o de incentivos políticos.”²⁶

Además los autores señalan las áreas industriales específicas del derecho administrativo en las que se utilizan comúnmente las herramientas de la regulación económica antes referidas.²⁷

²⁵ Idem, p. 4 (traducción del original en inglés por el autor).

²⁶ Idem, p. 12 (traducción del original en inglés por el autor).

²⁷ Al respecto afirman: “la tarificación basada en los costos del servicio es el método más comúnmente utilizado para regular tarifas en una amplia variedad de industrias individuales, que van desde el transporte público de carga y el gas natural hasta los servicios hospitalarios. [...] la distribución conforme a criterios de interés público se utiliza frecuentemente cuando el gobierno pretende entregar un bien o un permiso escaso. [...] Se utiliza frecuentemente cuando el gobierno asigna licencias de transporte de carga, licencias de venta de bebidas embriagantes, o bienes tales como el gas natural. La tarificación basada en precios históricos [...] ha sido utilizada para controlar los precios del petróleo y ha sido propuesta como método para controlar los costos hospitalarios. El licenciamiento como filtro previo [...] es utilizado cuando una agencia

Ciertamente, como podemos ver, estudiar derecho administrativo en Estados Unidos es estudiar –en gran medida– a la regulación económica y a sus herramientas características.

2. La regulación económica como tema del nuevo derecho administrativo español

En el derecho administrativo español el tema de la regulación económica ha venido permeando gradualmente desde fines de los años ochenta hasta introducirse en varios de los nuevos textos del derecho administrativo de esa nación europea. El impacto de la regulación económica en la doctrina administrativista española se ha dejado sentir en la introducción de instituciones y técnicas normativas nuevas, que han venido impactando (y en algunos casos substituyendo) gradualmente a las viejas instituciones administrativas.

Varios nuevos libros de texto utilizados en escuelas de derecho españolas hacen del tema de la “regulación económica” uno de sus contenidos más conspicuos. Es el caso de textos de administrativistas como el catedrático de la Universidad Complutense Santiago Muñoz Machado²⁸, o de los catedráticos de la Universidad

debe aprobar o certificar que determinado producto es seguro o que resulta apropiado que esté en el comercio. Los derechos o impuestos han jugado un papel en la seguridad laboral y en la protección del medio ambiente. La estandarización [...] se utiliza en el contexto de seguridad automotriz [...]. Los subsidios son utilizados para regular precios de bienes agrícolas y ocasionalmente en el sector del medio ambiente. La revelación de información, hecha pública u obligada a ser hecha pública, ha jugado un papel en la regulación de valores, seguridad de productos, seguridad industrial, salud, y telecomunicaciones. La cooperación y la persuasión moral, no son estrictamente formas de regulación, pero han jugado un papel en muchos contextos regulatorios incluyendo las telecomunicaciones [...] y la protección del medio ambiente [...]”. Idem, p. 13 (traducción del original en inglés por el autor).

²⁸ Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, op. cit.

Autónoma de Madrid Gaspar Ariño Ortiz, Juan Miguel de la Cuétara Martínez y Lucía López de Castro García-Morato (está última simultánea –y característicamente– jurista y economista).²⁹

Los antes citados administrativistas de la Universidad Autónoma de Madrid nos dan cuenta –desde su perspectiva– del desarrollo de la regulación económica en el cuerpo del derecho administrativo español. Al respecto nos dicen que su libro “es el fruto de más de veinte años de trabajo”, y que su enfoque administrativista influido por la regulación económica se construyó sobre la base del trabajo de múltiples administrativistas de esa institución académica española. Pero también señalan:

“creemos que estamos iniciando una nueva vía y que el producto que este libro [“Principios de Derecho Público Económico”] contiene está más próximo a los análisis sobre economía y derecho, sobre regulación económica, iniciados hace ahora diez años en la Universidad Autónoma de Madrid, que a los trabajos de los compañeros citados. En cualquier caso, este libro debe considerarse el primer intento de aplicación de ese nuevo ‘approach’ que postulamos para estos problemas, con el que queremos llenar una necesidad académica y docente...”³⁰

Para entender el sentido de la aparición del nuevo enfoque de la regulación económica dentro del derecho administrativo español contemporáneo es apropiado dar seguimiento al el tratamiento que se hace del tema en el antes citado texto del prestigiado administrativista de la Universidad Complutense Santiago Muñoz Machado (aunque igualmente podríamos seguir el tratamiento semejante que le dan los catedráticos de la Universidad Autónoma de Madrid).

²⁹ Ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar (con la colaboración de Juan Miguel de la Cuétara Martínez y Lucía López de Castro García-Morato), *Principios de derecho público económico. (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Granada, Comares Editorial, 1999, 861 pp.

³⁰ Idem, p. .XLVI.

De entrada, debe afirmarse que la regulación económica parece revelar a los administrativistas españoles una nueva veta de la cual extraer nuevas y útiles técnicas de intervención que prometen poder ser recuperadas provechosamente por el derecho administrativo.³¹ Al respecto, Santiago Muñoz Machado nos dice que:

“queda abierto un campo inmenso de investigación para los juristas. Muchas técnicas nuevas, desconocidas en la tradición del Derecho público continental europeo, se están afinando ahora y aplicando a la intervención administrativa y al comportamiento de las empresas en los mercados ... una buena parte de estas técnicas afectan de modo sustancial a las categorías utilizadas hasta ahora en las sistematizaciones del Derecho público de la economía.”³²

Al igual que el texto estadounidense de derecho administrativo revisado en la sección anterior, el texto del catedrático de la Universidad Complutense también se explaya sobre los casos que justifican a la buena regulación, casos que coinciden con los referidos por los economistas. Al respecto dice:

“las exposiciones más clásicas sobre los problemas que la regulación debe resolver suelen citar los siguientes [...]: - La necesidad de controlar el poder de los monopolios. Especialmente en el caso de los monopolios naturales [...] – La necesidad de controlar los beneficios inesperados resultantes de cambios súbitos en algunos precios ('windfall profits') [...] – La necesidad de corregir el incremento de los costes ('spillover costs') [...] – La necesidad de compensar una información inadecuada [...] – La necesidad de evitar la excesiva competencia [...] – La necesidad de aliviar la escasez de productos, los incrementos de precios, la necesidad de que algunos

³¹ Juan Alfonso Santamaría Pastor afirma que: “La desregulación y especialmente la neoregulación, pueden entenderse como la exigencia de convertir los nuevos principios políticos y económicos en técnicas administrativas concretas.” J. A. Santamaría Pastor, citado en CORTÉS CAMPOS, Josefina, “El presupuesto institucional para la reforma estructural: la CRE, ¿un organismo regulador independiente?”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 1, febrero 2001, p. 69.

³² MUÑOZ MACHADO, Santiago, op. cit., p. 14.

servicios mínimos lleguen a la totalidad de la población, son también una justificación habitual de las medidas de regulación.”³³

Asimismo, al igual que en el caso del derecho administrativo estadounidense que comentamos anteriormente, en el nuevo texto de derecho administrativo español encontramos un recuento similar de las nuevas técnicas de intervención administrativa, mismas que también provienen del instrumental de la regulación económica. Al respecto Santiago Muñoz Machado dice:

“Las sistematizaciones más corrientes de las técnicas de regulación que usan habitualmente las agencias independientes (el ejemplo son siempre las norteamericanas), son las siguientes: - La fijación de estándares, [...] – El examen individualizado (screening) de productos, procesos, productores, [...] – Obligaciones de proporcionar informaciones sobre los bienes o los servicios ofrecidos. [...] – Prohibición de prácticas anticoncurrenciales. [...] – La fijación de tarifas de acceso a un servicio, basadas en los costes necesarios para suministrarlo. [...] – Controles de precios sobre base histórica. [...] – Tasas o tarifas, que se aplican para afrontar problemas de redistribución (gravando rendimientos no justificados), [...] – Derechos transferibles. [...] - Instrumentos contractuales [...] [y] – Organización por parte del Estado directamente de empresas y servicios”.³⁴

Aunque acaso con menos fuerza que en Estados Unidos, en el derecho administrativo español contemporáneo también vemos como la regulación económica se ha ido imbricando paulatinamente en el interior del derecho administrativo. No obstante, debe subrayarse que, a diferencia quizás del derecho administrativo estadounidense, en el derecho administrativo español la doctrina más prestigiada sigue todavía al margen de la nueva tendencia a incorporar contenidos de regulación económica. Varios de los más reconocidos administrativistas del país europeo mantienen sus textos en gran medida

³³ Idem, pp. 265-8.

³⁴ Idem, pp. 268-70.

incontaminados por la nueva tendencia de regulación económica o, incluso, expresan reservas sobre las nuevas técnicas que el derecho administrativo incorpora paulatinamente de la economía.³⁵

3. *La regulación económica como tema incipiente en el derecho administrativo mexicano*

Tradicionalmente en la doctrina jurídica mexicana los términos “derecho administrativo” y “regulación” no se han encontrado típicamente juntos, aunque los tratadistas mexicanos reconocen la relación que existe el derecho administrativo y la economía. Para Gabino Fraga, por ejemplo, la economía es sólo una de las disciplinas que proporciona elementos para la operación del derecho administrativo.³⁶ Para Miguel Acosta Romero, por su parte, la economía es una de las actividades que compete regular al derecho administrativo.³⁷ Los libros de texto de estos destacados administrativistas mexicanos mencionan la relación entre el derecho administrativo y la economía, pero ni siquiera son muy enfáticos señalarla.

³⁵ Ver, por ejemplo, las críticas a algunas instituciones características de la nueva regulación económica presentadas en PAREJO ALFONSO, Luciano, “El Estado social y la administración pública. Algunas reflexiones a propósito de la llamada crisis del primero”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 1, febrero de 2001, pp. 121-2.

³⁶ Dice Gabino Fraga: “el derecho administrativo se relaciona con todas aquellas ciencias que proporcionana la Administración los elementos necesarios para organizar y encaminar su actividad en las diversas tareas que al Estado se encuentran encomendadas.” FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 16ª ed., México, Ed. Porrúa, 1975, p. 98.

³⁷ Al respecto Miguel Acosta Romero afirma: “Los fenómenos de producción, distribución y consumo de bienes y productos, la intervención del Estado en el desarrollo de la infraestructura y planes de desarrollo económico, son actividades que compete regular a la administración pública.” ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo. Primer curso*, 19ª ed., México, Ed. Porrúa, 1993, p. 48.

Quizá el administrativista mexicano que mayor importancia asigna a la relación entre el derecho administrativo y la economía sea Andrés Serra Rojas.³⁸ Al respecto señala que:

“La economía política es una de las disciplinas que tiene mayores relaciones con el derecho administrativo, por la intervención necesaria del Estado en la vida económica nacional y porque afectan al propio régimen patrimonial y financiero del Estado con las relaciones económicas. Numerosas instituciones y leyes administrativas tienen un contenido económico. Todo problema de derecho administrativo es, en principio, además de un problema constitucional un problema esencialmente económico. No se concibe un buen administrativista sin una sólida cultura económica.”³⁹

No obstante el sentido de las declaraciones anteriores, puede afirmarse que la importancia sustantiva de la economía en el derecho administrativo mexicano, ya sea como contenido de la doctrina o como patrón de valoración de la calidad del derecho sustantivo, es muy reducida. Resulta claro que los contenidos típicos de los textos de derecho administrativo mexicano no han visto informados por las teorías y herramientas de la economía o, más específicamente, de la regulación económica. En nuestra doctrina administrativa son escasas las referencias a la “regulación de tasa de utilidad” o “captura regulatoria”, temas de origen económico que –como lo referimos anteriormente– ocupan un lugar destacado en los textos de derecho administrativo estadounidense y en algunos textos de derecho administrativo español. No hay, ciertamente, en la más respetada doctrina jurídica administrativa mexicana, una imbricación entre el derecho y la economía como la que encontramos en los textos del derecho administrativo estadounidense. Una excepción a lo anterior, aunque no en el ámbito de los textos de derecho

³⁸ El autor afirma que “como casi todo el derecho administrativo es de contenido económico, es tarea difícil, precisar los límites de este conocimiento que se confunde con sus temas muy diversos. Es indudable el predominio de la economía, que es la única que puede dar una base científica a nuestra materia.” SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo. Primer Curso*, 24ª ed. (corregida y aumentada por Andrés Serra Rojas Beltri), México, Ed. Porrúa, 2003, p. 165.

³⁹ *Idem*, p. 165.

administrativo general, puede encontrarse en la creciente bibliografía nacional sobre el derecho de la competencia económica.⁴⁰ No obstante, incluso en esta la naciente literatura jurídica mexicana sobre el derecho de la competencia económica, no encontramos todavía análisis doctrinarios teóricos sobre la regulación económica, sino en todo caso análisis concentrados en la Ley Federal de Competencia Económica y su aplicación por la Comisión Federal de Competencia. Quizá el único texto mexicano que ha abordado directa y expresamente el tema de la regulación económica en el derecho mexicano sea el del investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Jorge Witker, sobre el derecho de la competencia económica en América, se dedica una sección especial al tema de la regulación económica en la que se da al tema un tratamiento similar (si bien más breve) al que encontramos en los libros de derecho administrativo estadounidense o español que comentamos anteriormente.⁴¹

Pero lo anterior no significa que las tendencias que observamos en el derecho administrativo comparado no comiencen a presentarse en México. Al respecto

⁴⁰ Ver IJ, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994, 153 pp. (que reúne ensayos de varios autores sobre la primera ley de competencia económica mexicana); PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Propiedad industrial y competencia en México. Un enfoque de derecho económico*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1999, 375 pp. (que dedica su capítulo XI a la competencia económica); GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Derecho de la competencia*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2001, 544 pp. (que analiza la operación de la ley de competencia); AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier, *La libre competencia*, México, Oxford University Press, 356 pp. (que analiza la historia, la legislación, la jurisprudencia, la reglamentación y las decisiones administrativas que tutelan la libre competencia); y AAVV, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Comisión Federal de Competencia, 2003, 343 pp. (que analiza diversos temas relativos a la política, experiencia administrativa, impugnaciones judiciales de la Comisión Federal de Competencia).

⁴¹ Ver WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Santiago, Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 30-4 (páginas que abordan el tema de la relación entre el derecho económico y las facultades regulatorias).

podemos citar varios casos que evidencian que esa tendencia a la imbricación entre el derecho administrativo y la regulación económica, se encuentra en marcha entre nosotros. La aparición de una primera “Maestría en Derecho Administrativo y de la Regulación” en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) es quizá la muestra más clara de esa tendencia.⁴² Las autoridades de derecho del ITAM argumentan que:

“La Maestría surge como respuesta a la transformación de la Administración Pública y del Derecho Administrativo para hacer frente de manera más eficaz y eficiente a sus funciones. La apertura en sectores sumamente dinámicos y de un gran desarrollo tecnológico, tales como energía y telecomunicaciones; la ampliación de las relaciones de mercado y la intensificación de la competencia; el deterioro del medio ambiente y la necesidad de hacer un mejor uso de los recursos naturales, entre otros aspectos, dan al derecho una función social de primer orden. El conocimiento del derecho como un componente social que produce efectos es imprescindible para quienes toman decisiones.”⁴³

El hecho de que una institución académica mexicana razonablemente prestigiada en las disciplinas de economía y de derecho⁴⁴ haya optado por abrir esa nueva maestría (que liga conceptualmente al derecho administrativo con la regulación

⁴² La información al respecto (admisión, calendarios, alumnos, consejo académico, facultad, metodología, programa, etc.) puede consultarse en la página de Internet de la maestría en <http://mderecho.itam.mx/> (liga válida al 1 de marzo de 2007).

⁴³ Tomado de “Presentación” de la Maestría en Derecho Administrativo y de la Regulación en <http://mderecho.itam.mx/> (liga válida al 1 de marzo de 2007).

⁴⁴ Aunque se trata de una situación que probablemente cambie en el futuro, el todavía reducido tamaño de los programas de postgrado mexicanos hace que el prestigio de las instituciones académicas mexicanas se base fundamentalmente en sus programas de licenciatura. De acuerdo a una reciente encuesta del periódico Reforma la licenciatura en economía del ITAM fue la mejor calificada de México en el 2004, mientras que su licenciatura en derecho se ubicó en el quinto mejor puesto ese año (aunque había ocupado el tercer mejor puesto en la encuesta del mismo diario para el año 2002). Ver REFORMA (Investigación), “Encuesta Las Mejores Universidades 2004-2005”, *Suplemento Mensual Universitarios, Reforma*, 15 de agosto de 2004, p. 16 y p. 18.

económica), es un indicio de la fuerza que la imbricación interdisciplinaria economía-derecho podría cobrar en el futuro en nuestro país.

Por otra parte, el mejor signo de que el cambio incipiente que comienza a observarse en la doctrina mexicana de derecho administrativo seguirá profundizándose es la transformación en el derecho positivo mexicano que día a día incorpora más instituciones y herramientas características de la regulación económica. Ejemplos de lo anterior son la Ley Federal de Competencia Económica, las nuevas leyes administrativas que regulan al sector de las telecomunicaciones y de la energía conforme a instituciones y herramientas típicas de la regulación económica, las reformas a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo para institucionalizar algunas instituciones características de los programas de mejora regulatoria⁴⁵. En la medida en que el derecho administrativo positivo mexicano incorpora estas instituciones la doctrina que lo interpreta y la jurisprudencia que lo aplica acabarán teniendo que abordar teóricamente (a la manera de la dogmática jurídica) el tema de la relación entre el derecho administrativo y la regulación económica.

⁴⁵ En particular las disposiciones relativas a la obligatoriedad para las dependencias de presentar las manifestaciones de impacto regulatorio y las que establecen a la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (artículos 69A a 69Q de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo). Estas disposiciones fueron introducidas con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 19 de abril del 2000 (aunque tuvieron un antecedente importante en la reforma a la Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1996).

CAPÍTULO TERCERO LA NUEVA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LAS TELECOMUNICACIONES EN MÉXICO

El presente capítulo persigue describir y explicar las tendencias fundamentales de la nueva regulación económica de las telecomunicaciones en México. A diferencia de los dos capítulos previos, que se ocuparon de precisar el enfoque metodológico de la tesis, ubicar la disertación dentro del campo del derecho administrativo y precisar el significado de los conceptos básicos utilizados en la tesis, este capítulo se ubica plenamente en el cuerpo principal de la disertación. En particular, si esta disertación persigue el objetivo final de hacer una evaluación de la nueva regulación económica de las telecomunicaciones en México, este capítulo en particular persigue el objetivo de analizar y explicar con mayor profundidad cuales son las características y tendencias fundamentales de esta nueva regulación. El análisis desarrollado en este capítulo es, a la vez, de corte descriptivo y dinámico. En esta parte de la tesis nuestro interés principal no es analizar los costos y beneficios de la regulación (eso lo haremos en el capítulo siguiente), sino “describir” los aspectos fundamentales de la regulación. Por otra parte, la descripción que hacemos no es de carácter estático, sino dinámico. Nos interesa describir el cambio jurídico. Nos interesa ver como se han transformado varias instituciones fundamentales en la regulación del sector en respuesta a la apertura de los mercados de telecomunicaciones. Por ello varios apartados de la sección central de este capítulo tendrán títulos del tipo “Del ... al ...” (p. ej., “Del servicio público al servicio universal”).

El capítulo está dividido en tres secciones. En la primera se establece una periodización básica de la nueva regulación de las telecomunicaciones en México, desde su introducción inicial con el Reglamento de Telecomunicaciones de 1990, pasando por la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995, hasta los posteriores intentos de replantear la Ley y su reglamentación que culminan parcialmente con las reformas del 11 de abril de 2006 y la acción de inconstitucionalidad que las invalidó parcialmente. En la segunda sección se analizan los cambios observables

en el paradigma regulador del sector, en particular las grandes transformaciones que permiten distinguir a la regulación tradicional del sector de la nueva regulación. La tercera sección caracteriza la situación actual como una en la que la regulación del sector se encuentra en la mitad de una transición inconclusa, donde las viejas instituciones y técnicas de intervención administrativa no acaban de desaparecer y las nuevas todavía no funcionan con armonía, ni con efectividad.

I. ETAPAS DE LA NUEVA REGULACIÓN

En la regulación del sector mexicano de las telecomunicaciones existe un antes y un después de 1990 que aparecen claramente diferenciados. Como veremos en diferentes partes de este capítulo el paradigma regulatorio anterior a 1990 tiene características notablemente contrastantes con las del nuevo paradigma que habría de comenzar a introducirse a partir de ese año.

A su vez, dentro de los tres lustros que han transcurrido desde 1990, también pueden distinguirse dos etapas particulares. La primera, la del Reglamento de Telecomunicaciones y de la modificación del título de concesión de Teléfonos de México, S.A. de C.V. (Telmex) que abarca desde 1990 a 1995. La segunda, la de la Ley Federal de Telecomunicaciones que comienza en 1995 y llega hasta nuestro tiempo y tiene un importante quiebre a partir de las reformas de abril de 2006 y la acción de inconstitucionalidad que las invalidó parcialmente. La división entre las etapas anteriores es, como en casi cualquier otro esfuerzo de periodización histórica, hasta cierto punto artificial. Lo cierto es que varios elementos de la regulación tradicional sobreviven después de 1990 en la nueva regulación del sector.¹

¹ De hecho una de las características de la transición jurídica que observamos en el sector telecomunicaciones es que todavía no parece haberse decidido a romper definitivamente con su pasado. La Ley de Vías de 1940 sobrevive en el Reglamento de Telecomunicaciones de 1990, y éste último sigue parcialmente vigente bajo la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995.

Otra posible periodización, dividiría la ruta de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones en tres etapas: una primera que va de 1990 a 1995, y que está marcada por el Reglamento de Telecomunicaciones y el nuevo Título de Concesión de Telmex; una segunda que arranca en 1995 dominada por la Ley Federal de Telecomunicaciones y los ordenamientos y resoluciones administrativas que la aplicaron. Adicionalmente, puede hablarse de la gestación de una tercera etapa que comienza que comienza en 1996 y que se manifiesta en la proliferación de iniciativas de reforma legal y reglamentaria que pretenden afinar el marco normativo establecido en la Ley de 1995. Las reformas de abril de 2006 y la acción de inconstitucionalidad que las invalidó parcialmente representan el punto de quiebre y –de alguna manera– el inicio de esta tercera etapa. No obstante, muchas de las propuestas exploradas en las iniciativas de ley presentadas a lo largo de la década anterior quedarán sin concreción legislativa. Además, la acción de inconstitucionalidad que invalidó parcialmente las reformas de 2006 abrió un nuevo periodo de gestación legislativa en el que los legisladores están tratando de reformar el marco normativo siguiendo las pautas marcadas por la Suprema Corte en su sentencia. Por ello podría decirse que, en rigor, esta tercera etapa sigue marcada por el signo del trabajo preparatorio y no todavía por el de los consensos jurídicos definitivos.

1. Expedición del reglamento de telecomunicaciones y modificación del título de concesión de telmex (1990 - 1995)

La regulación mexicana moderna del sector telecomunicaciones dio inicio a fines de 1990 con la privatización de teléfonos de México, S.A. de C.V. (Telmex), la empresa pública que controlaba el sector. A la par de la privatización el gobierno mexicano expidió dos instrumentos regulatorios interrelacionados: un totalmente renovado título de concesión para Telmex² y el primer Reglamento de Telecomunicaciones de

² Modificación al Título de Concesión de Teléfonos de México S.A. de C.V., del 10 de agosto de 1990 (en lo sucesivo Título de Concesión de Telmex). Aunque la denominación del documento y sus antecedentes VIII a X indican que se trata de una modificación del título de concesión otorgado

nuestro país³. Además de coincidir en tiempo, entre el Título de Concesión de Telmex de agosto de 1990 y el Reglamento de Telecomunicaciones de octubre de 1990 se observan múltiples afinidades conceptuales, usan los mismos términos y se complementan mutuamente en su concepción de instrumentos regulatorios para una primera etapa de apertura del sector a la competencia, una etapa que debe permitir a la principal empresa del sector mexicano de telecomunicaciones –la recién privatizada Telmex, ajustarse gradualmente a los retos de un entorno competitivo.

El más importante cambio introducido por estos instrumentos jurídicos es la introducción de la competencia en una amplia gama de servicios, aunque limitándose en los más importantes servicios de telefonía básica (a través de un candado de seis años a la competencia en el mercado de larga distancia). El nuevo Reglamento relajó las barreras de entrada a la prestación de varios servicios de telecomunicaciones, notablemente los servicios de valor agregado, las redes privadas y algunos servicios de radiocomunicación. Pero el Reglamento mantuvo la figura de la concesión como título habilitante más importante para la entrada al sector. No obstante, bajo el Reglamento se abrieron los servicios de telefonía celular (en un esquema de competencia limitada, duopólico). Asimismo el Reglamento relajó la fuerza de los controles tarifarios sobre los concesionarios y permisionarios. Aunque el control tarifario se mantuvo como regla general (y fue fundamental para el caso de Telmex), se establecieron regímenes de regulación tarifaria muy reducida. En el caso de Telmex, su título de concesión incorporó un complejo sistema de regulación tarifaria, diseñado para permitirle rebalancear gradualmente sus tarifas de servicio local y de larga distancia (el primero era fuertemente subsidiado por el segundo), así como para estimular la productividad

anteriormente a Telmex, su clausulado es totalmente diferente del anterior del 10 de marzo de 1976 y la propia declaración de concesión establece que sus ocho capítulos sustituyen totalmente al clausulado de 1976.

³ Reglamento de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de octubre de 1990 (en lo sucesivo Reglamento de Telecomunicaciones).

de la empresa y transferir (al cabo de unos años) las ganancias de productividad a los usuarios.

Por otra parte, el Reglamento introdujo claramente la figura del servicio público, como concepto regulador fundamental de los servicios de telecomunicaciones. En el Título de Telmex el servicio público se planteó como servicio universal, incorporando la obligación de Telmex de cumplir con una serie de compromisos de cobertura de telefonía básica, de telefonía pública y de telefonía rural.

2. Ley Federal de Telecomunicaciones (1995 a 2007)

La segunda ola de reformas regulatorias en el sector telecomunicaciones habrían de ser resultado de la publicación, en 1995, de la primera Ley Federal de Telecomunicaciones de México.⁴ La nueva Ley dio continuidad y profundidad a los propósitos de apertura del sector contemplados en el Reglamento de Telecomunicaciones y en el Título de Concesión de Telmex. En particular, la Ley introdujo diversas disposiciones transitorias que instrumentaban el inicio de la competencia en el servicio de telefonía básica de larga distancia, que hasta entonces era el más importante económicamente de los servicios de telecomunicaciones prestados en el país. Asimismo la Ley sentó las bases para la privatización del sistema satelital del gobierno mexicano y para el inicio de la competencia con los servicios prestados por satélites extranjeros.

Por otra parte, la Ley Federal de Telecomunicaciones redujo múltiples barreras administrativas que dificultaban el acceso a los mercados de servicios de telecomunicaciones, y atenuó los efectos negativos de otras más. Entre otras cosas, la Ley simplificó y aclaró los procedimientos de concesionamiento, asimismo estableció un mecanismo de concesionamiento de frecuencias radioeléctricas mediante licitación que redujo significativamente el margen de discrecionalidad de

⁴ Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 1995.

los funcionarios, y que hizo que este tipo de concesionamiento fuera rápido y transparente para los participantes. Lo anterior permitió que en 1998 diversas empresas accedieran a las frecuencias indispensables para introducir nuevos servicios y tecnologías de telefonía móvil. La Ley también desreguló más profundamente a los “servicios de valor agregado” lo que facilitó el desarrollo del Internet, sector de servicios de telecomunicaciones que habría de despegar a fines del siglo.

La Ley estableció asimismo una norma básica de libertad tarifaria, estableciendo la posibilidad de utilizar controles tarifarios solamente en el caso de operadores con poder monopólico o de mercado. No obstante, la Ley previó dar continuidad a los regimenes de control tarifario previstos en los viejos títulos de concesión del sector incluyendo, destacadamente, el de Telmex.

Además, la Ley omitió casi totalmente la referencia al carácter público de los servicios de telecomunicaciones, aunque mantuvo el requisito de la concesión asociado con estos. Para los prestadores de servicios de telecomunicaciones en general la Ley estableció la fundamentalmente flexible figura de “red pública” que encarna una idea central del nuevo paradigma regulatorio, la de “convergencia”. Finalmente, la Ley previó la creación de una entidad con autonomía técnica y facultades suficientes para regular al sector.

Durante el periodo de vigencia de la Ley, el gobierno mexicano suscribió el llamado Documento de Referencia sobre telecomunicaciones básicas de la organización Mundial del Comercio. Este documento sujetó la regulación mexicana a una serie de compromisos que tocaron varios de los grandes ejes del cambio jurídico que el sector mexicano de las telecomunicaciones ha venido experimentando: protección contra prácticas anticompetitivas, criterios transparentes de entrada al mercado, obligaciones de servicio universal neutralmente competitivas, y un regulador independiente e imparcial con todos los participantes.

3. Intentos de afinación del modelo regulatorio (1996 a 2007)

Los intentos de afinar el modelo regulatorio contemplado en la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995 comenzaron a surgir casi desde la promulgación de ésta. En la mayor parte de los casos su búsqueda subsana deficiencias percibidas en la Ley, fundamentalmente en relación a tres temas: la autonomía del regulador, la cobertura social, y la regulación de la dominancia.

No obstante que, en la mayor parte de los casos, las iniciativas legislativas buscaban afinar el régimen de liberalización que había dado inicio en 1990, en otros proyectos reglamentarios se buscaba replantear el modelo regulatorio y dar marcha atrás a algunos aspectos de la liberalización, notablemente a la modesta autonomía del regulador previa a las reformas de 2006.

En general cabe caracterizar a las diversas iniciativas de reforma o nueva ley como continuadoras del modelo prevaleciente en la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995. Aunque en algunos casos las iniciativas proponen disposiciones que significan avances sustanciales (p. ej., autonomía del regulador o regulación de dominancia), en otros temas importantes las iniciativas se concretan a dar continuidad a instituciones regulatorias que han sido poco efectivas (p. ej., cobertura social y régimen concesional).

La acción de inconstitucionalidad 26/2006 trajo consigo nuevas presiones para reformar el marco jurídico del sector, dándole un énfasis especial al trabajo dirigido a la radiodifusión (reformas a la Ley Federal de Radio y Televisión). En el trabajo legislativo iniciado a partir de la Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006 puede advertirse la importancia que el legislativo asigna a la recuperación de sus facultades de intervenir en la designación de los titulares del órgano regulador (p. ej., sacando a Cofetel de la esfera del Ejecutivo federal), así como su voluntad de fortalecer al Estado en su relación con los concesionarios de radiodifusión, particularmente los dominantes.

A. Propuestas legislativas y reglamentarias presentadas

A partir de la expedición de la actual Ley Federal de Telecomunicaciones en 1995 y hasta fines de 2003 se presentaron seis iniciativas legislativas que se proponían –de una manera u otra– reformar las normas legales en materia de telecomunicaciones. En cuatro de los seis casos se trata de iniciativas especiales, que abordan temas regulatorios específicos, particularmente el tema de la autonomía del órgano regulador o la cobertura social de servicios de telecomunicaciones. En dos casos, se trata de paquetes extensos de reforma legislativa del sector, que –en adición a los temas de autonomía del regulador y cobertura social antes referidos– aborda de manera destacada los problemas de poder de mercado (dominancia, interconexión, acceso a recursos esenciales, etc.) que se han presentado desde la expedición de la Ley de 1995.

Un punto a destacar en esta amplia variedad de propuestas legislativas es la existencia de apoyo para reformar la Ley vigente entre las bancadas de los principales partidos políticos mexicanos, incluyendo al PAN, al PRI, al PRD y al PVEM. No obstante también debe subrayarse que, pese a las coincidencias formales entre bancadas, no parece haber habido la voluntad real de concretar las reformas. Años después de haber sido propuestas, las iniciativas se encuentran todavía en proceso de dictaminación en el Congreso. La siguiente tabla resume las iniciativas legislativas en materia de telecomunicaciones que se han presentado desde 1996 hasta fines de 2003.

Iniciativas Legislativas sobre Telecomunicaciones 1996-2003.

Iniciativa	Origen / Fecha
1.- Iniciativa de Reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones. Dip. María Teresa Gómez Mont, PAN.	Diputados 10/10/1996
2.- Iniciativa de Decreto que Crea la Ley Orgánica de la Comisión Federal de Telecomunicaciones Sen. Francisco Xavier Salazar Sáenz, PAN.	Senadores 30/04/1998
3.- Iniciativa de Ley Federal para el Desarrollo de las Telecomunicaciones	Diputados

Dip. Víctor Manuel Ochoa Camposeco, PRD.	7/05/2002
4.- Iniciativa con proyecto de Decreto de Ley Federal de Telecomunicaciones Sens. Javier Corral Jurado (PAN), Emilio Gamboa Patrón (PRI), Erick Rubio Barthell (PRI) y Héctor Osuna Jaime (PAN); y de los diputados Emilio Goicoechea Luna (PAN), Alonso Ulloa Vélez (PAN) y Ángel Artemio Meixueiro González (PRI)	Senado 28/08/2002
5.- Iniciativa con proyecto de decreto, por el que se adiciona la Ley Federal de Telecomunicaciones. Dip. Ángel Artemio Meixueiro González, PRI.	Diputados 22/04/2003
6.- Iniciativa de decreto por el que se adiciona un capítulo 1-A con la denominación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones y sus respectivas secciones y artículos del 9-A al 9-M, se adicionan los artículos 51-A al 51-K con sus respectivas secciones y subsecciones, se reforman los artículos 50 y 51 y la denominación de la actual sección segunda del capítulo cuarto de la cobertura social de las redes públicas". Dip. Jorge Legorreta Ordorica, PVEM.	Diputados 11/12/2003

Fuente: Gaceta Parlamentaria y Diario de Debates. Cámara de Diputados y de Senadores.

Por otra parte, la autonomía del regulador es un tema que ha despertado proyectos reglamentarios de sentido opuesto, que si bien incorporan elementos autonómicos testimoniales, en general profundizan la dependencia de Cofetel y subrayan la primacía de la Subsecretaría de Comunicaciones de la SCT. La siguiente Tabla refiere los proyectos reglamentarios referidos.

Proyectos Reglamentarios que Abordan la Autonomía del Regulador de las Telecomunicaciones

PROYECTO	Origen / Fecha
1.- Anteproyecto de Decreto que reforma el Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes Secretaría de Comunicaciones y Transportes	Ejecutivo Diciembre 2003
2.- Anteproyecto de Decreto que Regula la Comisión Federal de Telecomunicaciones Secretaría de Comunicaciones y Transportes	Ejecutivo Diciembre 2003

B. Caracterización de las diferentes propuestas

a. Iniciativas Gómez Mont y Salazar

Durante la administración Zedillo se presentaron dos iniciativas legislativas que pretendieron fortalecer la autonomía de la Cofetel. Ambas fueron presentadas por

legisladores del PAN. La Iniciativa de reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones (*Iniciativa Gómez Mont*)⁵ fue presentada a fines de 1996 por la diputada panista Maria Teresa Gómez Mont y siete diputados más. En general, tiende a ser modesta en los alcances que pretender darle a la autonomía de Cofetel.⁶ Por el contrario, la Iniciativa de Decreto que Crea la Ley Orgánica de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (*Iniciativa Salazar*)⁷ fue presentada en 1998 por el senador panista Francisco Xavier Salazar Sáenz. Esta iniciativa fue muy ambiciosa en la profundidad y alcance que otorga a la autonomía de Cofetel.⁸ No

⁵ Iniciativa de reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones, presentada el 10 de octubre de 1996 por la Dip. Maria Teresa Gómez Mont [en lo sucesivo *Iniciativa Gómez Mont*].

⁶ Los elementos de esta iniciativa que resultan favorables a la autonomía del regulador fueron los siguientes: a) establece en la Ley Federal de Telecomunicaciones las facultades de Cofetel (Capítulo IX); b) señala que Cofetel será un órgano desconcentrado con competencia funcional propia (art. 71); c) faculta a Cofetel para opinar y resolver sobre concesiones y permisos (art. 72, fr. IV); d) señala que Cofetel podrá proponer al Secretario de SCT la imposición de sanciones (art. 72, fr. XV); y e) establece siete comisionados cuya designación corre a cargo, respectivamente, del Presidente de la República a propuesta de titular de SCT (tres comisionados); los senadores (dos comisionados); y la cámara de la industria de telecomunicaciones (dos comisionados).

⁷ Iniciativa de Decreto que Crea la Ley Orgánica de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, presentada el 30 de abril de 1998 por el Sen. Francisco Xavier Salazar Sáenz [en lo sucesivo *Iniciativa Salazar*].

⁸ Los elementos favorables a la autonomía contenidos en esta iniciativa son los siguientes: a) establece en una Ley Orgánica las facultades de Cofetel, b) señala que Cofetel será un órgano desconcentrado dotado de autonomía técnica y operativa para dictar sus resoluciones (art. 4); c) transfiere a Cofetel todas las facultades que la Ley Federal de Telecomunicaciones otorga a la SCT en la materia (art. 8); d) faculta a Cofetel para aprobar y publica programas de licitaciones de espectro radioeléctrico (art. 8, fr. II); e) faculta a Cofetel para tramitar y resolver sobre concesiones, permisos y autorizaciones (art. 8, frs. X y XX); f) Señala que Cofetel podrá imponer sanciones (art. 8, fr. XXXI); g) faculta a Cofetel para resolver los recursos administrativos que se presenten contra sus propias resoluciones (art. 8, fr. XXXII); h) establece cinco comisionados cuya designación corre a cargo del Presidente de la República previa aprobación de la Cámara de Senadores (realizada a partir de ternas presentadas por el Presidente) (art. 12); i) establece que los nombramientos de los comisionados serán por periodos escalonados de cinco años y que sólo podrán ser removidos por causa grave o por incumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias en la materia (art. 14, frs.

obstante lo anterior, la Iniciativa Salazar se distingue por el papel preponderante que otorga a la participación de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) en diversos procesos regulatorios del sector telecomunicaciones, así como por las numerosas disposiciones sustantivas (un poco fuera de lugar en una Ley Orgánica) en materia de dominancia, desagregación y acceso a recursos esenciales.⁹ La participación destacada de Cofeco en temas regulatorios de telecomunicaciones refleja una preocupación procompetitiva (aunque no necesariamente se favorece la autonomía de Cofetel al darle entrada a uno de sus competidores regulatorios).

b. Iniciativa Ochoa

La Iniciativa de Ley Federal para el Desarrollo de las Telecomunicaciones¹⁰ fue presentada a fines de 1996 por el diputado perredista Víctor Manuel Ochoa Camposeco. La *Iniciativa Ochoa* esta llena de claroscuros desde la perspectiva de la autonomía de Cofetel. En algunos aspectos es notablemente favorable a dicha autonomía (descentralización, concesiones, espectro, sanciones), mientras que en otros introduce propuestas totalmente contraproducentes como la designación de comisionados por el Congreso y a partir de propuestas de partidos políticos. En general, la *Iniciativa Ochoa* refleja fuertes problemas de técnica jurídica que afectarían la viabilidad de sus propuestas (tanto las positivas como las negativas) y que hacen poco recomendable utilizarla como texto base para un dictamen legislativo.

I y II; transitorio Séptimo), y j) faculta al entonces denominado Tribunal Fiscal de la Federación para conocer de controversias en materia de telecomunicaciones e interconexión de redes (Transitorio Cuarto). Iniciativa Salazar.

⁹ Ver artículos 8, frs. XXII, XXV, y XXVI; y transitorios Segundo y Tercero, Iniciativa Salazar.

¹⁰ Iniciativa de Ley Federal para el Desarrollo de las Telecomunicaciones presentada el 7 de mayo de 2002 por el diputado perredista Víctor Manuel Ochoa Camposeco [en lo sucesivo Iniciativa Ochoa].

c. Iniciativas de la mayoría de la Conferencia Parlamentaria, Meixueiro y Legorreta y proyecto de dictamen de la CPT

La Iniciativa con proyecto de Decreto de Ley Federal de Telecomunicaciones (*Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria*)¹¹ fue presentada el 28 de agosto de 2002 por los senadores Javier Corral Jurado (PAN), Emilio Gamboa Patrón (PRI), Erick Rubio Barthell (PRI) y Héctor Osuna Jaime (PAN); y los entonces diputados Emilio Goicoechea Luna (PAN), Alonso Ulloa Vélez (PAN) y Ángel Artemio Meixueiro González (PRI), mismos que conformaban la mayoría de la Conferencia Parlamentaria en Telecomunicaciones. Su capítulo relativo al órgano regulador de las telecomunicaciones y su capítulo relativo a la cobertura social de los servicios de telecomunicaciones fue copiado casi íntegramente en dos iniciativas legislativas más: la *Iniciativa Meixueiro*¹², y en la *Iniciativa Legorreta*¹³. La mayor parte de los cambios de las *Iniciativas Meixueiro y Legorreta* al articulado propuesto por la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* son menores (p. ej., de concordancia en el articulado y sus referencias al texto de la Ley), aunque no dejan de contener algunas diferencias sustantivas menores.¹⁴

¹¹ Iniciativa con proyecto de Decreto de Ley Federal de Telecomunicaciones, presentada el 28 de agosto de 2002 por los senadores Javier Corral Jurado, Emilio Gamboa Patrón, Erick Rubio Barthell y Héctor Osuna Jaime; y por los diputados Emilio Goicoechea Luna, Alonso Ulloa Vélez y Ángel Artemio Meixueiro González [en lo sucesivo *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria*].

¹² Iniciativa con proyecto de decreto, por el que se adiciona la Ley Federal de Telecomunicaciones presentada el 24 de abril de 2003 por el diputado priísta Ángel Artemio Meixueiro González [en lo sucesivo *Iniciativa Meixueiro*].

¹³ Iniciativa de decreto por el que se adiciona un capítulo 1-A con la denominación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones y sus respectivas secciones y artículos del 9-A al 9-M, se adicionan los artículos 51-A al 51-K con sus respectivas secciones y subsecciones, se reforman los artículos 50 y 51 y la denominación de la actual sección segunda del capítulo cuarto de la cobertura social de las redes públicas", presentada el 11 de diciembre de 2003 por el diputado del partido verde, Jorge Legorreta Ordorica.

¹⁴ Las *Iniciativas Meixueiro y Legorreta* son todavía más similares entre sí (incluso en la numeración del articulado), que con respecto a la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria*. Algunos de los cambios sustantivos que merecen resaltarse son los siguientes: a) En

Adicionalmente, la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* fue retomada en un proyecto de Dictamen Legislativo¹⁵ circulado entre la industria y prácticamente idéntico a la Iniciativa que dictaminaba.

d. Proyectos reglamentarios de la SCT en 2003

Desde diciembre de 2003 la SCT puso a disponibilidad del público y para su consulta dos anteproyectos de reforma de las disposiciones administrativas que regulan las características institucionales y las atribuciones de la Cofetel y la

las Iniciativas Meixueiro y Legorreta, Cofetel propondría al Secretario de SCT la declaración de la revocación o la caducidad de títulos de concesión (art. 9-C, fr. V); mientras que en la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria la propuesta la haría a la SCT (art. 17, fr. IV). b) En las Iniciativas Meixueiro y Legorreta, Cofetel adquiere más claramente la atribución de emitir disposiciones administrativas de carácter general (art. 9-C, frs. XXIII y XL); mientras que en la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria la atribución es un poco más limitada (art. 17, fr. XXXIX). c) Aunque con algunas diferencias en la redacción, en las Iniciativas Meixueiro y Legorreta, se atribuye a Cofetel la facultad de determinar tarifas diferenciadas de interconexión (art. 9-C, fr. XXIV); mientras que en la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria no se le otorga esta atribución. d) En las Iniciativas Meixueiro y Legorreta, no se atribuye a Cofetel la facultad de definir y publicar programas de licitaciones de espectro radioeléctrico; mientras que en la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria sí se le otorga esta atribución (art. 17, fr. XXVIII). e) En las Iniciativas Meixueiro y Legorreta, se atribuye a Cofetel la facultad de determinar el acceso desagregado a infraestructura de red (*unbundling*) (art. 9-C, fr. XLI); mientras que en la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria no se le otorga esta atribución. f) En las Iniciativas de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria y Meixueiro, no se atribuye a Cofetel la facultad de autorizar la prestación de nuevos servicios en espectro previamente concesionado; mientras que en la Iniciativa Legorreta (art. 9-C, fr. XXIX) sí se le otorga esta atribución. De las seis anteriores diferencias, la cuarta (programas de licitaciones), la quinta (*unbundling*) y la sexta (nuevos servicios en espectro concesionado) son particularmente relevantes.

¹⁵ Dictamen de Ley Federal de Telecomunicaciones – Iniciativa de la Conferencia Parlamentaria (presentada en Senado), versión de marzo de 2004. [en lo sucesivo Dictamen de la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria]

Subsecretaría de Comunicaciones de la SCT.¹⁶ En los proyectos de nuevo Reglamento Interior de SCT y de nuevo Decreto de Cofetel presentados al público se reflejó una posición mucho más limitada y restrictiva de la SCT en materia de autonomía.¹⁷

4. Reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y a la Ley Federal de Radio y Televisión, Acción de Inconstitucionalidad e Iniciativas Paralelas (2006 a la fecha)

A. Reformas del 11 de abril de 2006

El 1º de diciembre de 2006 la Cámara de Diputados aprobó con el voto favorable y unánime de los legisladores presentes una iniciativa de reformas a las leyes federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión, del diputado priísta Lorenzo Miguel Lucero Palma.¹⁸ Después de un controvertido debate público y legislativo en el que se bautizó a la iniciativa como “Ley Televisa”, el Senado aprobó

¹⁶ Ver “Anteproyecto de Decreto que Regula la Comisión Federal de Telecomunicaciones”, y “Anteproyecto de Decreto que reforma el Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes”, diciembre de 2003.

¹⁷ Los proyectos aludidos muestran la intención de SCT de transferir a Cofetel la facultad sancionatoria; pero también su intención de recuperar varias de las funciones regulatorias actualmente desempeñadas por Cofetel incluyendo la mayor parte de las facultades en materia de concesiones, y las facultades más relevantes en materia de espectro. Los proyectos reglamentarios también favorecen los nombramientos de los comisionados por periodos fijos y escalonados y su remoción solo por causa grave, aunque parte del atractivo de esta propuesta se pierde al estar establecida en un reglamento o decreto modificable al arbitrio del propio Ejecutivo.

¹⁸ Publicada inicialmente en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 1888-II, del martes 22 de noviembre de 2005 (en lo sucesivo *Iniciativa Lucero*).

las reformas legales, y el 11 de abril de 2006 el Ejecutivo federal las publicó en el Diario Oficial de la Federación.¹⁹

El contenido de las reformas del 11 de abril de 2006 puede agruparse en tres grandes partes. La primera está integrada por disposiciones dirigidas a fortalecer a la Cofetel y darle facultades para actuar como el órgano regulador de la radiodifusión en México. Entre las reformas más relevantes en esta parte se encuentra el establecer las facultades de Cofetel en Ley; crear un mecanismo de designación de comisionados a propuesta del Ejecutivo y con la no objeción del Senado, y dar a los comisionados nombramientos escalonados de ocho años. La segunda parte está compuesta por disposiciones que establecen una nueva regulación de las concesiones de radiodifusión, en gran medida similar (salvo en materia de contenidos) a la aplicable a las concesiones en materia de telecomunicaciones. En esta materia lo más destacable es que las reformas sujetan el otorgamiento de concesiones espectro para radiodifusión a un mecanismo de licitación pública; establecen un procedimiento que permite que el uso del espectro concesionado para radiodifusión pueda ser cambiado para prestar otros servicios de telecomunicaciones, y colocan a la Cofetel como el único regulador de los radiodifusores, excluyendo a la SCT (salvo en materia de contenidos). La tercera parte la constituyen normas que facultan al Instituto Federal Electoral a pagar, vigilar y regular la publicidad de partidos políticos en periodos electorales. Dado que se trata de las únicas reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y a la Ley Federal de Radio y Televisión que han sido aprobadas en la década pasada, y que la mismas han despertado considerable controversia realizamos un análisis puntual de dichas reformas legales y lo incorporamos en un Apéndice al final de esta disertación.²⁰ No obstante y a reserva del análisis de la acción de

¹⁹ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006 (en lo sucesivo *Reformas a la Radiodifusión y a la Cofetel*).

²⁰ Ver al final de esta tesis, el *Apéndice. Reformas Legales a la Radiodifusión y a la Cofetel de abril de 2006, y Acción de Inconstitucionalidad 26/2006*.

inconstitucionalidad que realizamos más adelante en este mismo capítulo y también en el Apéndice antes referido, es pertinente señalar desde ahora que varias de las disposiciones contenidas en las reformas de abril de 2006 fueron declaradas inconstitucionales y anuladas por la Suprema Corte. Fue el caso de las disposiciones de las leyes reformadas que facultaban al Senado para objetar los nombramientos de comisionados de Cofetel, las que requerían el uso de subastas en las licitaciones de espectro radioeléctrico para radiodifusión, y las que permitían a la Cofetel autorizar el uso del espectro de radiodifusión para nuevos servicios, entre otras.

B. *Iniciativas Paralelas*

Las reformas de 2006 fueron ampliamente criticadas por contener múltiples defectos y, sobre todo, por no haber aprovechado la oportunidad para corregir y atender otros tantos defectos evidentes en las leyes del sector. Uno de los efectos directos de la crítica fue la presentación de dos iniciativas dirigidas específicamente a atender los defectos más evidentes de técnica y omisión advertidos en las reformas de 2006. La presentación de estas iniciativas fue prácticamente simultánea a la de las reformas aprobadas, por lo que se les puede llamar “Iniciativas Paralelas”. La siguiente Tabla lista las Iniciativas Paralelas presentadas en 2006.

Iniciativas Legislativas sobre Telecomunicaciones 2006.

Iniciativa	Origen / Fecha
1.- Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Radio y Televisión. Sen. Eric Rubio Barthell (PRI) y Héctor Osuna Jaime (PAN) a nombre de otros 58 legisladores.	Senadores 30/03/2006
2.- Proyecto de Decreto que crea la Ley Orgánica de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Sen. Alfredo M. Reyes Velázquez, PAN.	Senadores 04/04/2006

a. *Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna*

El Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Radio y Televisión (*Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna*)²¹ fue presentada en la misma sesión en la que el Senado aprobó las reformas legales de 2006 por los senadores Eric Rubio Barthell y Héctor Osuna Jaime a nombre de otros 58 legisladores. En general, Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna se dirige a fortalecer el papel de la Cofeco en la regulación de telecomunicaciones y particularmente en las licitaciones de espectro radioeléctrico.²² Otro punto que aborda esta Iniciativa se refiere a las obligaciones de los concesionarios de radiodifusión de proveer información al Instituto Federal Electoral.²³ En sus disposiciones transitorias, la Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna aborda el tema de la política de transición de televisión analógica a digital, dándole respaldo legal a la contenida en el acuerdo de SCT de 2004 que la estableció.²⁴ Finalmente, las disposiciones transitorias de la Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna abordan el tema de las licitaciones de espectro (señalando que pueden realizarse utilizando diversos tipos de subasta), y el tema de la regulación y promoción de los medios

²¹ Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Radio y Televisión, presentado el 30 de marzo de 2006 por los senadores Eric Rubio Barthell (PRI) y Héctor Osuna Jaime (PAN) a nombre de otros 58 legisladores [en lo sucesivo *Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna*].

²² Los elementos de esta iniciativa que resultan favorables a la participación de la Cofeco en la regulación del sector telecomunicaciones son los siguientes: a) establece que la SCT tomará en cuenta la opinión de la Cofeco en la elaboración de las bases de licitación de espectro radioeléctrico en la Ley Federal de Telecomunicaciones las facultades de Cofetel (nuevo párrafo en artículo 17-D); y b) señala que los solicitantes de concesiones de espectro deberán contar con opinión favorable previa de Cofeco y presentarla a Cofetel (nuevo párrafo en artículo 17-D).

²³ Ver proyecto de artículo 79-A de la Ley Federal de Radio y Televisión en *Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna*.

²⁴ Ver transitorios Cuarto y Quinto en *Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna*. Para un análisis del Acuerdo de SCT de 2004 ver HERNÁNDEZ OCHOA, César Emiliano, "Transición de la televisión analógica a la digital", en HUBER, Rudolf y VILLANUEVA, Ernesto (coords.), *Reforma de Medios Electrónicos ¿Avances o Retrocesos?*, México D.F., Fundación Konrad Adenauer - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, pp. 137-57.

públicos (obligando al ejecutivo federal a emitir un reglamento y unos lineamientos en estas materias).²⁵

b. Iniciativa Paralela Reyes

El Proyecto de Decreto que crea la Ley Orgánica de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (*Iniciativa Paralela Reyes*)²⁶ fue presentado en el Senado en la sesión inmediata siguiente a la de aprobación de las reformas legales de 2006. La *Iniciativa Paralela Reyes* se centra en fortalecer la autonomía de Cofetel, atendiendo aspectos que quedaron ausentes de las reformas legales del 2006, incluyendo: a) el establecimiento de un recurso administrativo de reconsideración (que elimina el recurso de revisión por el que la Cofetel queda sujeta a la SCT); b) la asignación de recursos fiscales con destino específico para dar mayor autonomía financiera a Cofetel; y c) la obligación de Cofetel de seguir procedimientos de consulta pública para expedir disposiciones administrativas de carácter general.²⁷ En general, puede afirmarse que la Iniciativa Paralela Reyes se dirigió a apuntalar la autonomía del ente regulador.

C. Acción de Inconstitucionalidad contra las Reformas del 2006

La fuerte oposición que generaron las reformas en el Senado hizo que en mayo de 2006 un grupo de senadores presentaran una demanda de acción de inconstitucionalidad impugnando las reformas.²⁸ La Corte admitió la demanda. Entre

²⁵ Ver transitorios Segundo y Tercero en Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna.

²⁶ Proyecto de Decreto que crea la Ley Orgánica de la Comisión Federal de Telecomunicaciones presentada el 4 de abril de 2006 por el senador panista Alfredo M. Reyes Velázquez [en lo sucesivo *Iniciativa Paralela Reyes*].

²⁷ Ver propuesta de artículos 9-J, 9-K y 9-L de la Iniciativa Paralela Reyes.

²⁸ BARTLETT DÍAZ, Manuel, CORRAL JURADO, Javier, y otros, *Demanda de Acción de Inconstitucionalidad de las Reformas a la Radiodifusión y a la Cofetel*, México D.F., mimeo, 4 de mayo de 2006, 197 pp.

otros conceptos de inconstitucionalidad, la demanda impugna, entre otras, las siguientes cuestiones: a) el Congreso crea un órgano desconcentrado (Cofetel), siendo que la creación de dichos órganos es facultad exclusiva del Ejecutivo (2º concepto de invalidez), b) se establece que el Senado puede objetar nombramientos de comisionados de Cofetel realizados por el Ejecutivo, y que el Presidente no puede remover discrecionalmente a Comisionados, lo cual viola el principio de división de poderes (3er concepto de invalidez), c) se permite al Presidente hacer nombramientos transexenales, lo cual viola materialmente el carácter republicano y democrático del Estado mexicano (5º concepto de invalidez), d) se faculta a Cofetel a establecer obligaciones especiales al concesionario con poder monopolístico, lo cual permite establecer obligaciones indeterminadas a concesionarios y viola los principios de seguridad jurídica y legalidad (8º concepto de invalidez), e) se delegan facultades de SCT a un órgano regulador, lo cual viola el principio de división de poderes, ya que se trata de facultades que –en su caso– correspondería delegar al Ejecutivo y no al Legislativo (11º concepto de invalidez), f) se permite a los concesionarios radiodifusores solicitar la prestación de servicios de telecomunicaciones adicionales sin necesidad de pagar una contraprestación al Estado, ni participar en una licitación, lo cual les otorga una ventaja indebida (12º y 20º conceptos de invalidez); se establecen procedimientos y requisitos notoriamente distintos e inequitativos para la obtención de concesiones y permisos de radiodifusión (13º concepto de invalidez); se vulneran los derechos de los pueblos y comunidades indígenas para adquirir, operar y administrar medios de comunicación (14º concepto de invalidez); se imponen criterios económicos para acceder a la prestación de servicios de radiodifusión, discriminando en contra de quienes no cuentan con la solvencia económica suficiente para prestar estos servicios (15º concepto de invalidez); se otorga a los concesionarios de radiodifusión derecho de preferencia en el refrendo de concesiones, otorgándoseles de facto -y contra la Constitución- la propiedad sobre un bien del dominio público de la Nación (17º concepto de invalidez); y se simula el requisito de opinión favorable de la Cofeco para que los interesados puedan participar en las licitaciones de espectro de radiodifusión (18º concepto de invalidez). El proyecto de sentencia del Ministro

Salvador Aguirre Anguiano retoma varios de los argumentos de la parte actora y se inclina por declarar la inconstitucionalidad de cinco artículos de las reformas legales, anulando el mecanismo de objeción senatorial a la designación de comisionados (art. 9-C de la LFT), y el mecanismo de autorización para la prestación de nuevos servicios de telecomunicaciones con el espectro de radiodifusión (art. 28, Ley Federal de Radio y Televisión).²⁹

La acción de inconstitucionalidad fue resuelta por la Suprema Corte el 7 de junio de 2007, la sentencia (en lo sucesivo *Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006*) y los votos del ministro Genaro Góngora Pimentel se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2007.³⁰ La sentencia de la Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad de varias disposiciones contenidas en las *Reformas del 11 de abril de 2006*, incluyendo algunas de las disposiciones más controvertidas e importantes reformadas. En palabras del ex senador Javier Corral Jurado, uno de los impulsores de la acción de inconstitucionalidad que impugnó las *Reformas*:

“De la acción de inconstitucionalidad la Corte nos concedió la razón en 14 de los 21 conceptos de invalidez, en los que impugnamos 11 artículos permanentes y tres transitorios, de un total de 28 artículos que

²⁹ AGUIRRE ANGUIANO, Salvador, *Proyecto de Sentencia en Acción de Inconstitucionalidad sobre las Reformas a las Leyes de Telecomunicaciones y Radio y Televisión*, México D.F., mimeo, 3 de mayo de 2007, 545 pp. Un resumen del proyecto del ministro Aguirre puede verse en BECERRIL, Andrea, “Nada justifica los privilegios en la ley Televisa: Aguirre Anguiano”, *La Jornada* (edición electrónica), 5 de mayo de 2007. También VILLAMIL, Jenaro, “Golpe a la ambición”, *Proceso*, núm. 1592, 6 de mayo de 2007, pp. 27-30.

³⁰ SCJN, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia relativa a la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 promovida por Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, en contra del propio Congreso y del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, así como los votos formulados por el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de 2007 (en lo sucesivo *Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 y Votos del Ministro Góngora en la Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, respectivamente*).

comprendieron las reformas. De los 11 artículos impugnados los ministros invalidaron totalmente dos, y en seis más declararon nulas varias porciones normativas, y en uno de los transitorios se concedió la razón a los actores. Las nulidades declaradas por la Corte fueron los artículos clave, por lo que es absolutamente correcto señalar que se trata de un desfondamiento de las intenciones de sus verdaderos autores.”³¹

Dado que se trata de la más importante resolución judicial emitida en materia de telecomunicaciones en las últimas décadas, y dado que la misma ha generado una controversia pública significativa realizamos un análisis de la misma y lo incorporamos parcialmente en diversos apartados de la Sección II de este capítulo y en un Apéndice al final de esta disertación.³²

5. Iniciativas y acciones legislativas de 2007

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo importantes repercusiones sobre el trabajo legislativo. La decidida postura adoptada por la Suprema Corte y el fuerte cabildeo legislativo de los radiodifusores dominantes motivado por este caso se tradujo en demandas públicas de mayor regulación para este sector de la industria. El ambiente público anterior –crítico de las grandes televisoras– se vió reforzado como resultado de los enfrentamientos entre los grandes radiodifusores y el Poder Legislativo en el contexto de la reforma electoral de 2007. El resultado de esos procesos ha sido la presentación de diversas iniciativas de reforma constitucional y legal, así como la formación de grupos de trabajo dedicadas a avanzar el trabajo legislativo.

³¹ Ver al final de esta tesis, el *Apéndice. Reformas Legales a la Radiodifusión y a la Cofetel de abril de 2006, y Acción de Inconstitucionalidad 26/2006.*

³² CORRAL JURADO, Javier, “Aprender la lección”, *El Universal* (edición electrónica), 12 de junio de 2007.

A. Iniciativas

A partir de la acción de inconstitucionalidad 26/2006 se han presentado varias iniciativas de reforma legal que afectan al sector telecomunicaciones. Algunas de éstas son poco trascendentes³³, pero al menos tres iniciativas merecen ser comentadas.

Iniciativas Legislativas sobre Telecomunicaciones 2007.

Iniciativa	Origen / Fecha
1.- Proyecto de decreto por el que se reforma el artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a fin de establecer como derecho constitucional el acceso y la conectividad a las redes digitales. Sens. Rosalinda López Hernández y Lázaro Mazón Alonso (PRD).	Senadores 16/05/2007
2.- Proyecto de Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 9-A; y se adicionan los artículos 9-F, 9-G, 9-H, 9-I, 9-J, y 9-K, de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Sen. Federico Döring Casar, PAN.	Senadores 16/05/2007
3.- Proyecto de decreto para reformar la fracción II del artículo 76 y adicionar un tercer párrafo al artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sens. Manlio Fabio Beltrones, Jesús Murillo Karam, Fernando Castro Trenti (PRI), y Dip. Marco Antonio Bernal Gutiérrez (PRI).	Senadores 30/05/2007

a. Iniciativa Mazón

³³ Por ejemplo, la Iniciativa de reforma para que el cobro de la telefonía celular se facture por tiempo efectivo y no por redondeo, presentada el 22 de agosto de 2007 por el senador Alejandro González Yañez y el diputado Abundio Peregrino García (PT); la Iniciativa para eliminar el cobro de renta mensual en telefonía fija, presentada el 8 de agosto de 2007 por el senador Alejandro González Yañez y el diputado Abundio Peregrino García (PT); o la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona una fracción XVI al artículo 64 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, presentada el 20 de junio de 2007 por el senador Mario López Valdez (PRI).

La iniciativa de reforma constitucional presentada por los senadores Rosalinda López y Lázaro Mazón el 16 de mayo de 2007 es muy sencilla, su interés reside en que pretende incorporar al marco constitucional una especie de derecho a las telecomunicaciones. Al respecto, la *Iniciativa Mazón* propone añadir al artículo 6º de la Constitución un segundo párrafo que señale: “El Estado garantizará el acceso y la conectividad a las redes digitales. La ley determinará la forma en que se hará efectivo este derecho.”³⁴

b. Iniciativa Döring

La iniciativa de reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones por el senador Federico Döring Casar el 16 de mayo de 2007 podría fácilmente agruparse con varias otras iniciativas que buscan reforzar la autonomía del órgano regulador del sector (Cofetel) y eliminar la “doble ventanilla” que existe entre éste y la SCT.³⁵ En ese sentido no es muy diferente de las Iniciativas Paralelas antes comentadas. En particular la *Iniciativa Döring* pretende atender cuestiones en las que las *Reformas legales del 11 de abril de 2006* fueron omisas, incluyendo: a) dar a Cofetel facultades exclusivas para expedir disposiciones administrativas de carácter general, para otorgar títulos de concesión, y para imponer sanciones en materia de telecomunicaciones, b) obligar a Cofetel a presentar informes anuales al ejecutivo y al Congreso, c) el establecimiento de un recurso administrativo de reconsideración

³⁴ Proyecto de decreto por el que se reforma el artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a fin de establecer como derecho constitucional el acceso y la conectividad a las redes digitales, presentado el 16 de mayo de 2007 por los senadores Rosalinda López Hernández y Lázaro Mazón Alonso (PRD) [en lo sucesivo *Iniciativa Mazón*].

³⁵ Proyecto de decreto para reformar la fracción II del artículo 76 y adicionar un tercer párrafo al artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentado el 30 de mayo de 2007 por los senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, y Carlos Lozano de la Torre, así como por el diputado Marco Antonio Bernal Gutiérrez [en lo sucesivo *Iniciativa Beltrones*].

para que el Pleno de Cofetel (y no la SCT) revise sus propias resoluciones, y d) la creación de un Secretario Ejecutivo a cargo de la administración del órgano regulador.³⁶ Resulta curioso que, a pesar de que la *Iniciativa Döring* se presentó después de que la Suprema Corte decidió la acción de inconstitucionalidad en la que afirmó la dependencia jerárquica de los órganos desconcentrados, la *Iniciativa Döring* siga proponiendo esta naturaleza jurídica para la Cofetel, siendo que podría afectar el objetivo de volverla más autónoma (p. ej., si se cuestionara la constitucionalidad del recurso de reconsideración en un órgano desconcentrado).

c. Iniciativa Beltrones

La iniciativa de reforma constitucional presentada por el senador Manlio Fabio Beltrones el 30 de mayo de 2007 pretende reforzar o mitigar los efectos de la sentencia de la Suprema Corte sobre algunos aspectos de la regulación de las telecomunicaciones.³⁷ En concreto, la *Iniciativa Beltrones* se dirigió a reformar la Constitución para facultar expresamente al Senado para aprobar los nombramientos presidenciales de los directores y titulares de entidades paraestatales (p. ej., organismos descentralizados) y de órganos desconcentrados. Las reformas propuestas en la *Iniciativa Beltrones* pretendía expresamente que “se elimine la acusación de inconstitucionalidad de aquellas leyes del Congreso que incorporan en su texto la facultad del Presidente para designar a los titulares... y la atribución del

³⁶ Proyecto de Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 9-A; y se adicionan los artículos 9-F, 9-G, 9-H, 9-I, 9-J, y 9-K, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, presentado el 16 de mayo de 2007 por el senador Federico Döring Casar [en lo sucesivo *Iniciativa Döring*].

³⁷ Proyecto de decreto para reformar la fracción II del artículo 76 y adicionar un tercer párrafo al artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentado el 30 de mayo de 2007 por los senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, y Carlos Lozano de la Torre, así como por el diputado Marco Antonio Bernal Gutiérrez [en lo sucesivo *Iniciativa Beltrones*].

Senado de aprobar o no los mismos.”³⁸ La *Iniciativa Beltrones* se presentó poco después de las sentencias de la Suprema Corte en las acciones de inconstitucionalidad relativas a la Cofeco y a la Cofetel. En ambos casos el mecanismo de objeción de los comisionados por parte del Senado había sido invalidado por la Suprema Corte, al considerar que era inconstitucional por tratarse de un órgano desconcentrado. Al respecto el abogado Javier Tejado Dondé señaló:

“Esta polémica decisión de la Suprema Corte... generó un amplio debate entre actores legislativos que percibieron un aumento en las facultades discrecionales del Ejecutivo. En virtud de ello, el PRI ha presentado una iniciativa de reformas constitucionales [la Iniciativa de Reforma Constitucional presentada, el 30 de mayo de 2007, por el presidente del Senado, Manlio Fabio Beltrones, entre otros], para que los nombramientos de todos los directivos de organismos descentralizados y desconcentrados se sometan a la ‘aprobación del Senado’.”³⁹

B. *Acciones legislativas*

La acción de inconstitucionalidad 26/2006 motivó a los legisladores a iniciar un nuevo proceso de revisión de la legislación de telecomunicaciones y radiodifusión. El 4 de julio de 2007 el senado acordó formalmente crear un grupo de trabajo para realizar esta tarea, mismo que estaría integrado por representantes de todos los grupos parlamentarios, así como por los presidentes de las comisiones competentes en las materias. La agenda del grupo de trabajo incluyó los temas principales que fueron objeto de pronunciamiento por la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 incluyendo la designación de los comisionados de Cofetel, la competencia en el sector radiodifusión, y el otorgamiento de concesiones

³⁸ Exposición de motivos, *Iniciativa Beltrones*.

³⁹ TEJADO DONDÉ, Javier, “Órgano regulador”, en GONZÁLEZ LUNA BUENO, Federico, SORIA GUTIÉRREZ, Gerardo, y TEJADO DONDÉ, Javier (Compiladores), *La regulación de las telecomunicaciones*, México D.F., Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 211.

y permisos, entre otros.⁴⁰ Para principios de septiembre de 2007 los legisladores se proponían concluir un proyecto de dictamen en un plazo de seis meses (es decir para el primer tercio de 2008).

6. Recuento de las Etapas de la Nueva Regulación de las Telecomunicaciones

En los apartados anteriores hicimos un esfuerzo de periodización en la nueva regulación del sector mexicano de telecomunicaciones. Señalamos la existencia de dos grandes etapas, y mostramos como en la segunda y última etapa (que arranca con la nueva Ley Federal de Telecomunicaciones) han tenido lugar múltiples intentos de reforma, y una reforma importante (parcialmente invalidada). La historia de los más de tres lustros pasados nos muestra una regulación dinámica, en proceso constante de replanteamiento. En la siguiente sección revisaremos las grandes líneas que guían al cambio jurídico en el sector.

II. CAMBIOS EN EL PARADIGMA REGULADOR

La nueva regulación económica del sector mexicano de telecomunicaciones puede verse desde la perspectiva de los cambios observables en sus supuestos e instituciones fundamentales. Ciertamente, cuando uno compara el régimen jurídico aplicable al sector antes de los años noventa con el actualmente vigente, múltiples cambios saltan a la vista. Se trata de cambios tan profundos que alteran sustancialmente el paradigma regulador que se aplica en México al sector telecomunicaciones.

⁴⁰ Ver Senado de la República, Acuerdo de la Junta de Coordinación Política (para la conformación de un grupo de trabajo que revise la legislación en materia de telecomunicaciones y radiodifusión), mimeo, 4 de julio de 2007, publicado en la Gaceta del Senado de la República del 17 de julio de 2007.

Primero, la estructura de la industria regulada (esto es, el objeto material de la regulación) es radicalmente diferente. En diecisiete años las telecomunicaciones pasaron de ser un sector de prácticamente una sola empresa relevante en cada mercado, a ser un sector en el que prestan servicios cientos operadores privados en competencia varios de los cuales se cuentan entre las principales empresas privadas del país. La industria mexicana de las telecomunicaciones ha transitado del monopolio a la competencia, aunque –como veremos en el Capítulo Cuarto– siguiente se trata de una competencia todavía incipiente.

Segundo, la nueva regulación ha facilitado significativamente la entrada a los mercados de telecomunicaciones. La industria que constituye el objeto material de la regulación no se ha transformado por si sola, lo ha hecho en gran medida gracias a cambios sustantivos en las técnicas administrativas utilizadas. Uno de los más importantes se refiere a que la nueva regulación ha facilitado significativamente la entrada al sector de nuevos operadores, así como su acceso al recurso indispensable para la prestación de servicios inalámbricos: el espectro radioeléctrico. Ha habido una transición jurídica desde técnicas administrativas restrictivas de la entrada al mercado hacia técnicas promotoras de dicha entrada. Se han simplificado y aclarado los procedimientos por los que se otorgan las concesiones, permisos y registros que sirven a los particulares para acceder a la prestación de servicios en sector y a los medios de transmisión del dominio público. En pocos temas es tan clara y observable esta transición jurídica como en la introducción de procedimientos de concesionamiento por licitación del espectro radioeléctrico.

Otro cambio fundamental observable se refiere a la naturaleza misma del principal regulador del sector. Este es cada vez menos el titular del Ejecutivo y de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), y es cada vez más un órgano regulador con ciertos atributos de independencia: la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) Al modificarse la naturaleza del ente regulador,

también ha cambiado la naturaleza de los instrumentos preponderantes de la regulación del sector. Cada vez resulta menor el peso de los reglamentos y los títulos de concesión, y cada vez mayor el de las disposiciones parareglamentarias (esto es, disposiciones administrativas de carácter general diferentes al reglamento) y/o resoluciones cuasiarbitrales que acaban teniendo resultados generales por virtud del principio de no discriminación.

Otro de los cambios importantes observables en la regulación sustantiva del sector se da en materia tarifaria. En esta cuestión el régimen jurídico ha pasado de un régimen de control tarifario generalizado, a un nuevo régimen en el que la regla general es la libertad tarifaria generalizada pero en el que aplica una regla específica de control tarifario a ciertos operadores dominantes en ciertos servicios.

Finalmente, también se observan cambios en relación a los instrumentos jurídicos utilizados para lograr la difusión generalizada de los servicios de telecomunicaciones entre la población. Paulatinamente la regulación se transforma para alcanzar sus fines de la mano del mercado y con mayor efectividad y transparencia. Lo anterior se observa particularmente en el creciente desuso de la institución administrativa del servicio público tradicional y su paulatina sustitución por la institución del servicio público universal (o servicio universal a secas).

Las transiciones jurídicas antes referidas no son necesariamente malas o buenas. Ni todo lo nuevo es valioso *per se*, ni todo lo viejo es desechable. En cualquier caso, el punto fundamental que tratará de mostrar esta sección es que los cambios referidos se están dando día con día y resulta necesario explicarlos y enmarcarlos dentro de una más amplia transformación del paradigma regulatorio del sector mexicano de las telecomunicaciones.

Por otra parte, la contraposición de viejas y nuevas instituciones tampoco requiere que tomemos partido por las primeras o las últimas. Antes bien quizá sea posible adoptar un enfoque dialéctico en el que se muestre la posibilidad y el beneficio de

alcanzar una síntesis que recoja los mejores elementos de instituciones viejas y nuevas pero sin quedarse en medio, ni ignorar la aportación crítica de cada parte, sino tendiendo hacia instituciones depuradas y diferentes de las iniciales.

1. Del monopolio a la competencia

A. En el Reglamento de Telecomunicaciones y el Título de Concesión de Telmex

El primer gran cambio jurídico que se opera con la expedición del nuevo Reglamento de Telecomunicaciones y con la nueva redacción del Título de Concesión de Telmex es el cambio del objeto material de la regulación, mismo que a partir de 1990 comienza a ser un “mercado”. Ambos instrumentos revisten problemas de constitucionalidad⁴¹ que, no obstante, no impidieron que pudieran implantarse y tener un fuertísimo impacto sobre el proceso regulatorio de los siguientes años. Ambos fueron ideados como instrumentos para guiar la liberalización del sector en una etapa que se concebía como la primera. Gabriel Martínez y Guillermo Fárber, quienes como funcionarios del área de desregulación económica de la administración Salinas de Gortari participaron en la redefinición regulatoria implícita en los nuevos instrumentos, dicen al respecto:

“La primera etapa de esta reestructuración [del sector mexicano de las telecomunicaciones] culminó con la privatización de la empresa, la revisión integral del título de concesión y la expedición del primer RT [Reglamento de Telecomunicaciones] en la historia del país. Estos elementos serán el principal instrumento regulatorio de la industria en los próximos años.

⁴¹ Al respecto dice la doctora Lucila Silva: “El marco que rodeó la privatización de Teléfonos de México, S.A. de C.V. se dio a partir de un reglamento de telecomunicaciones que al igual que el monopolio para explotar el mercado de larga distancia, resultaba violatorio de la Constitución federal; así como una inversión extranjera que pasó por alto la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera.” SILVA, Lucila, *Régimen de los servicios telefónicos en México (Problemas de competencia)*, México, UNAM, Tesis del doctorado en derecho, abril 1998.

Seguramente requerirán de interpretaciones, en especial el RT, pero los elementos básicos de organización industrial definidos en 1990 serán difíciles de alterar en, al menos cuatro o cinco años.”⁴²

La importancia de la introducción de la competencia en el sector telecomunicaciones con el Título de Concesión de Telmex y el Reglamento de Telecomunicaciones es crucial, pero se trató de una apertura inicialmente limitada y sujeta a importantes candados. La limitación más importante para la competencia en su arranque de 1990 tuvo que ver con la privatización de Telmex como una sola empresa integrada, una decisión respaldada por el entonces presidente de la República Carlos Salinas de Gortari y por algunos especialistas.⁴³ La enorme oportunidad de haber fraccionado la empresa como una forma de facilitar el desarrollo de la competencia en el sector se perdió en el momento mismo en que se decidió privatizarla como una sola unidad indivisible. Otros países –Brasil, por ejemplo– optarían deliberadamente por fraccionar la empresa monopólica pública antes de proceder a su privatización. Pero en México, desde el momento mismo en que se tomó la decisión de privatizar un monopolio público sin fraccionarlo, se optó por seguir una senda en la que la competencia avanzaría a paso mucho más lento y

⁴² MARTÍNEZ, Gabriel y FARBER, Guillermo, *Desregulación económica (1989-1993)*, Fondo de Cultura Económica, Col. Una Visión de la Modernización de México, México, D. F., 1994, pp. 201-2.

⁴³ Una descripción acrítica de la privatización de Telmex puede verse en SALINAS DE GORTARI, Carlos, *México. Un paso difícil a la modernidad*, México, D. F., Plaza & Janes, 2000, pp. 420-24 (donde el ex presidente señala que el propósito de la privatización de Telmex fue “promover un sistema de competencia en una actividad que tenía elementos monopólicos” y argumenta en defensa de la privatización de Telmex como unidad que “en casi todos los países se otorgaron concesiones para servicio exclusivo”, p. 423). Ver también PÉREZ ESCAMILLA, Juan Ricardo, “Telephone Policy in Mexico: Rates and Investment”, en COWHEY, Peter F., ARONSON, Jonathan D., y SZÉKELY, Gabriel (eds.), *Changing Networks: Mexico’s Telecommunications Options*, San Diego, Center for U.S.-Mexican Studies, 1989, pp. 101-23 (donde el entonces académico del ITAM propone la privatización de Telmex y señala que: “Varios países, incluyendo a México y a Estados Unidos, oscilaron entre el monopolio y la competencia. Encontraron que, a fin de cuentas, otorgar una concesión para un solo proveedor de servicios era la solución más eficiente y estable.” p. 105, traducción de la versión en inglés por el autor).

enfrentaría constantemente la oposición de una empresa gigantesca con recursos cuantiosos. Sobre esta decisión trascendental el politólogo Luis Rubio apunta que:

“...los funcionarios diseñaron un esquema de privatización orientado en exclusiva al objetivo de maximizar el precio, para lo cual estuvieron dispuestos a modificar todas las regulaciones existentes y a incurrir en prácticas impropias –como la de sentar las bases para la vigencia, a largo plazo, de un monopolio estatal que se transfirió al sector privado– a fin de elevar al máximo el precio de las empresas vendidas.”⁴⁴

Además de la decisión de privatizar a Telmex como una unidad, su título de concesión estableció varios candados que limitaban expresamente la competencia en el sector. El más importante de todos los candados fue el relativo a la apertura a la competencia del crucial servicio telefónico de larga distancia misma que se pospuso por un periodo de seis años. Al respecto el Título de Concesión de Telmex dice:

“Durante los seis años siguientes a la entrada en vigor de este título, "La Secretaría" [de Comunicaciones y Transportes] sólo podrá otorgar otras concesiones para redes de servicio público de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, cuando no se haya cumplido con las condiciones de expansión y eficiencia del servicio público objeto de esta concesión. Para otorgar nuevas concesiones para otras redes públicas de telefonía básica, "La Secretaría" tomará en cuenta la eficiencia del servicio público objeto de esta concesión, el equilibrio financiero de "Telmex" y las condiciones de competencia equitativa.”⁴⁵

Por ello, en esta primera etapa la existencia de la liberalización es clara, pero sus objetivos iniciales no dejan de ser modestos, en particular no tocan al servicio de telecomunicaciones que tiene la importancia económica más destacada: la telefonía fija. De hecho, en esa época los defensores de la apertura salinista concentran sus argumentos en destacar la apertura de la telefonía celular, misma que tiene lugar en

⁴⁴ RUBIO, Luis, *Tres ensayos. Fobaproa, privatización y TLC*, México D. F., Ediciones Cal y Arena, p. 91.

⁴⁵ Condición 2-4, tercer párrafo, Título de Concesión de Telmex.

la misma etapa de expedición del Reglamento de Telecomunicaciones.⁴⁶ Jacques Rogozinski, uno de los personajes clave en la privatización de Telmex desde la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, presenta el que –en su momento– fuera el argumento oficial favorito para defender las restricciones subsistentes a la apertura del sector:

“No obstante, esta restricción [a la competencia] sólo es aplicable en el servicio [telefónico] de larga distancia. Por lo que respecta al servicio local todos hemos sido testigos de la gran proliferación de la telefonía celular, lo cual es una muestra muy clara de que este sector se encuentra en franca competencia. El hecho de que otras compañías, no hubieran querido competir con Telmex en el área de la telefonía celular a través de cables de cobre o de los más modernos sistemas de fibra óptica, no implica que el título de concesión no se los permitiera.”⁴⁷

Desde luego, no se trataba de mera falta de voluntad de competir. La existencia de subsidios cruzados del servicio telefónico de larga distancia hacía económicamente inviable la competencia en el servicio local fijo, por lo que sólo con la apertura del segundo –seis años después– se haría realidad la apertura del servicio telefónico fijo. Por otra parte, en esa época la telefonía celular era un servicio de lujo que no constituía una verdadera competencia a la telefonía fija (no era el mismo mercado). Además, la apertura de la telefonía celular en la primera etapa fue una apertura muy limitada. Hasta 1998 esta apertura operó bajo un esquema duopólico en el que,

⁴⁶ Las concesiones de radiotelefonía inalámbrica con tecnología celular fueron otorgadas entre fines de 1989 y fines de 1991. El 3 de octubre de 1989 se otorgó la primera a SOS Telecomunicaciones, S.A. de C.V. (Iusacell) para la región celular 9 (cuya cobertura incluye a la ciudad de México); el 24 de octubre de 1991 se otorgaron las tres últimas a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. (Telcel) para las regiones celulares 6, 7 y 8. Una descripción histórica del proceso de concesionamiento de la telefonía celular en México puede verse en MELROSE, Enrique, *La telefonía celular en América del Norte. El caso de México*, documento presentado en II Foro AHCIET sobre tecnologías inalámbricas y comunicaciones satelitales, TELNETS '98, México, mimeo, 1998, 5 pp.

⁴⁷ ROGOZINSKI, Jacques, *La privatización de empresas paraestatales*, Fondo de Cultura Económica, Col. Una Visión de la Modernización de México, México, D. F., 1994, pp. 75-6.

además, Telmex operaba –a través de su filial Telcel- una de las dos señales celulares en competencia en cada región y la única con cobertura nacional.⁴⁸

En otros servicios –también de menor importancia económica en la coyuntura de entonces- la liberalización del sector telecomunicaciones procedió de manera más rápida durante esta etapa. Es el caso de los servicios de valor agregado, frecuentemente citados por los defensores de la apertura del sector telecomunicaciones en la administración Salinas de Gortari como un ejemplo de su carácter liberalizador.⁴⁹

Aunque el Reglamento de Telecomunicaciones y Título de Concesión de Telmex abrazaron el discurso de la competencia y la apertura, lo hicieron de una manera marcadamente tímida. El arranque de la competencia fue deliberadamente lento, sujeto a otro tipo de prioridades (p. ej., obtener el precio más alto en la privatización o contar con una empresa privada poderosa, un “campeón nacional”). Reflexionando sobre la forma en que se llegó al título de concesión de Telmex en 1990, el politólogo Luis Rubio señala:

“En el caso de Teléfonos de México hubo varios proyectos de Título de Concesión elaborados por sendas secretarías de Estado, cada uno de ellos favoreciendo o impidiendo en mayor medida la competencia en el sector. El Título que al final se aprobó, y con base en el cual se llevó a cabo la privatización de la empresa, fue precisamente el que posponía al máximo la

⁴⁸ Aunque entre 1989 y 1991 se otorgaron 18 concesiones a 7 empresas, Telcel fue la única que obtuvo cobertura nacional (en 9 de las nueve regiones), seguida por Iusacell con la siguiente cobertura regional más amplia (en tres de las 9 regiones). Pero en cada región, los usuarios sólo podían optar entre dos proveedores de servicios.

⁴⁹ “Los principales efectos de las medidas tomadas en la ITC [industria de telecomunicaciones] se advertirán cuando la industria y el comercio vean expandido su mercado y su eficiencia, por las posibilidades de una mejor comunicación, y cuando todos los habitantes de la República tengan acceso al servicio telefónico. Esto último posiblemente se consiga hacia finales de siglo. Mientras tanto, *en el corto plazo, se espera un rápido desarrollo de los SVA*, y la aparición incipiente de operadores de servicios públicos distintos a TELMEX.” MARTÍNEZ, Gabriel y FARBER, Guillermo, op. cit., pp. 215-216 (énfasis añadido).

apertura a la competencia, el que fortalecía las estructuras monopólicas del sector...”⁵⁰

Aunque la retórica de la competencia ya había llegado, la substancia de la competencia vendría en el futuro. Para quienes influyeron en la redacción del Reglamento de Telecomunicaciones y del Título de Concesión de Telmex estos instrumentos tendrían que verse sucedidos por una segunda etapa de reformas regulatorias, misma que dependería del éxito del nuevo Reglamento y de la nueva redacción del Título de Concesión de Telmex. Al respecto Gabriel Martínez y Guillermo Fárber pronosticaban que:

“[L]a segunda etapa de la reestructuración de las telecomunicaciones tendrá lugar durante los siguientes cuatro a seis años [1995-1999]. Esta segunda etapa será exitosa en la medida en que se presente la realineación tarifaria proyectada en el Título de Concesión de Teléfonos de México (TCT); funcione la regulación a las interconexiones y a la arquitectura de redes fundamentada en el RT [Reglamento de Telecomunicaciones] y en el TCT, y aparezcan nuevos proveedores de servicios de valor agregado... Dichos logros son factibles si TELMEX se convierte en una empresa competitiva, y si las autoridades reguladoras son capaces de actuar con el dinamismo que requiere la industria.”⁵¹

B. En la Ley Federal de Telecomunicaciones e Iniciativas Posteriores

Las predicciones de una segunda ola de reformas regulatorias en el sector telecomunicaciones habrían de verse confirmadas en la realidad. En 1995 se publicaría la primera Ley Federal de Telecomunicaciones de México.⁵² La Ley fue ideada como un instrumento de la apertura del sector a la competencia. Su exposición de motivos es clara en señalarlo cuando dice que:

⁵⁰ RUBIO, Luis, op. cit., pp. 91-2.

⁵¹ MARTÍNEZ, Gabriel y FARBER, Guillermo, op. cit., p. 202.

⁵² Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 1995.

“En años recientes, los avances tecnológicos han ido modificando la economía de las telecomunicaciones y, con ello, las razones de su régimen monopólico. Ahora la eficiencia del sector telecomunicaciones depende no de su tamaño, sino del espíritu netamente empresarial que en él priva. Es por eso que en los países más industrializados, se ha observado que, virtualmente, todas las áreas de las telecomunicaciones se han abierto en forma paulatina a la competencia. [/] En consecuencia, el papel del Estado en este momento de transición hacia mercados más abiertos debe ser el de promover la competencia en las telecomunicaciones.”⁵³

Aunque no lo menciona por su nombre, el caso de Telmex (todavía la principal empresa del sector) se encuentra siempre presente en múltiples disposiciones de la Ley. En particular, para los transitorios de la Ley resulta claro que bajo este ordenamiento habrá de iniciar la competencia en el servicio de telefonía de larga distancia (y por ende en el de telefonía alámbrica local).⁵⁴ Es decir, la Ley asume que Telmex ya se encuentra lista para enfrentar la competencia en los más importantes servicios de telecomunicaciones que presta.

Si bien la nueva Ley abraza fuertemente la idea de promover la competencia, lo cierto fue que varias de sus disposiciones representaban un freno a la misma. Lo anterior no resulta sorprendente toda vez que varias partes interesadas –incluyendo a abogados representantes de Telmex– jugaron un papel destacado en el proceso de elaboración de la iniciativa. Entre las disposiciones de la Ley que frenaban la competencia se encontraban aquellas que pusieron fuertes trabas a la operación de comercializadoras de servicios de telecomunicaciones sujetando su operación a la emisión *invariable* de un Reglamento (que sólo se expidió varios años después), y prohibiendo a los comercializadores “poseer” infraestructura (algo que por definición deben hacer).⁵⁵ Pero quizá la limitante competitiva más fuerte se localizó en el Transitorio Quinto, mismo que señaló que las concesiones y permisos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, “se respetarán en los términos y

⁵³ Párrafos 11 y 12, Exposición de Motivos, Ley Federal de Telecomunicaciones.

⁵⁴ Ver Transitorios Séptimo a Décimo, Ley Federal de Telecomunicaciones.

⁵⁵ Ver artículos 52 y 54, Ley Federal de Telecomunicaciones.

condiciones consignados en los respectivos títulos, hasta su término.” Dicha disposición significaba –de facto- otorgar a las disposiciones del título de concesión de Telmex el respaldo de una norma de jerarquía legal, algo que en su momento se había rehusado a hacer el gobierno del presidente Carlos Salinas de Gortari por considerarlo inadecuado para una industria cuyo avance tecnológico era tan rápido.⁵⁶ Cuando en el futuro el órgano regulador pretendiera plantear la modificación o actualización del título de concesión de Telmex (p. ej., para actualizar las obligaciones de cobertura social), el concesionario podría resistirse a acceder a los cambios basada en el hecho de que tenía derechos adquiridos bajo su título de concesión y *al amparo de disposición expresa de la Ley*.

El tema de la competencia sigue vigente en las diversas iniciativas de reforma legal presentadas después de la expedición de la Ley de 1995 y hasta 2003. Ciertamente muchas de las iniciativas presentadas prefieren concentrarse exclusiva o casi exclusivamente en los temas de cobertura social y autonomía del regulador. Pero en las iniciativas más amplias de reforma de la legislación del sector presentadas en 2002 (esto es, la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria en Telecomunicaciones* y la *Iniciativa Ochoa*), el principio de apertura del sector a la competencia sigue siendo tratado con, al menos, un vigor similar al encontrado en la Ley vigente. Ciertamente la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria en Telecomunicaciones* va más lejos en la línea procompetitiva iniciada en 1990, ya que se propone deliberadamente eliminar varios de los obstáculos que han frenado el desarrollo de la competencia en el sector, particularmente los relacionados con el control del poder de mercado de algunas empresas (p. ej., Telmex).⁵⁷ Pero el

⁵⁶ Ver SALINAS DE GORTARI, Carlos, op. cit., p. 423 (donde el ex presidente Salinas señala que: “Por eso se fijaron en el título de concesión regulaciones en tarifas y en planes de expansion. No se hizo a nivel de ley, pues se trataba de una actividad cuya tecnología era muy dinámica.”).

⁵⁷ El artículo 2, fracción II de la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* señala que es objetivo de la Ley: “Fomentar la competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones”. En materia de competencia la citada iniciativa establece normas más duras de desagregación obligatoria de los elementos de la red, de la portabilidad de los números locales (artículos 70, fracción V, y 99), de interconexión (artículos 100 a 108), define de manera más

principio del sector telecomunicaciones como un sector abierto a la competencia sigue vivo⁵⁸ incluso en la otra iniciativa amplia de reforma –la *Iniciativa Ochoa*– considerada por algunos críticos como de corte menos procompetitivo y llamada despectivamente “Ley Telmex”.⁵⁹

C. En las Reformas legales del 11 de abril de 2006 y en la Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna

El tema de la competencia no figuró en la exposición de motivos de la Iniciativa Lucero que habría de convertirse en las Reformas legales del 11 de abril de 2006. El tema-motivo dominantes en estas reformas fue el de la “convergencia” entre la radiodifusión y las telecomunicaciones, mismo que puede considerarse vinculado a la competencia. Al respecto la *Iniciativa Lucero* señaló que: “lograr prestar los servicios de voz, datos y video, a través de un solo conducto (o empresa) es lograr el máximo

estrecha y regula de manera más detallada a los operadores dominantes (artículos 119 a 124), y le da mayores facultades al órgano regulador para aplicar las anteriores normas (artículos 15 a 18), entre otras cosas. Ver artículos referidos en Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria.

⁵⁸ Ver, por ejemplo, el artículo 7, fracción III de la Iniciativa Ochoa, que señala que es objetivo de la Ley: “Garantizar condiciones de competencia equitativa, estableciendo las bases de certidumbre jurídica para los inversionistas”. La Iniciativa comentada repite en gran parte el régimen normativo de la Ley vigente en materia de entrada al mercado, libertad tarifaria, interconexión, etc. Incluso va más allá –aunque con una deficiente técnica jurídica– en los temas de autonomía del regulador y establecimiento de obligaciones a operadores con poder de mercado. Ver artículos 85 a 92 de la Iniciativa Ochoa.

⁵⁹ Ver la crítica de esta iniciativa en LOZANO ALARCÓN, Javier, *Las telecomunicaciones en la LVIII Legislatura del Congreso de la Unión. Crónica de un fracaso*, mimeo, 2003, pp. 11-2. Lozano critica las deficiencias de técnica jurídica que advierte en la Iniciativa Ochoa, pero sobre todo el efectivo uso político que el autor de la misma le dio al presentarla para “descarrilar irremediabilmente el proceso que con tanto empeño llevaba la hasta entonces cohesionada Conferencia Parlamentaria de] Telecomunicaciones. Fue burdo pero eficaz. Los trabajos de la conferencia habían quedado heridos de muerte.” (p. 12).

para los usuarios”, y afirmó su intención fomentar “la transición a la convergencia plena de redes y servicios”.⁶⁰

Por otra parte debe señalarse que –en sí– las *Reformas del 11 de abril de 2006* generaron amplias preocupaciones por el carácter anticompetitivo de varias de sus disposiciones (ver el análisis de las mismas en el Apéndice de esta disertación). La preocupación por los efectos anticompetitivos de algunas de las disposiciones incorporadas en las *Reformas* dio pie a la llamada *Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna* cuyos artículos propuestos pretenden corregir disposiciones potencialmente poco propicias a la competencia de las *Reformas*.⁶¹

D. En la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006

La preocupación por los efectos negativos de las *Reformas del 11 de abril de 2006* sobre la competencia económica fue muy importante en los debates y en la sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 que revisó dichas *Reformas* y declaró inconstitucionales algunas de sus disposiciones. De hecho, al reportar la resolución de la Suprema Corte mexicana en este caso, los dos periódicos más influyentes de Estados Unidos –el *Wall Street Journal* y el *New York Times*– coincidieron en caracterizarla como una decisión cuya importancia radica en sus efectos favorables sobre la competencia económica. “La decisión de la Corte mexicana muestra apoyo a la competencia” fue el título que la corresponsal del *New York Times* eligió para su artículo sobre la sentencia de la Corte.⁶² “Una revolución mexicana” fue el título que la columnista del *Wall Street Journal*, Mary O’Grady dio a su artículo y el calificativo que aplicó a la sentencia de la Corte. Al respecto escribió:

⁶⁰ Citas tomadas de la exposición de motivos de la *Iniciativa Lucero*.

⁶¹ Ver las propuestas de artículos 17, 17-G, 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión en *Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna*.

⁶² MALKIN, Elisabeth, “Mexican Court’s Media Ruling Shows Support for Competition”, *New York Times* (edición electrónica), 6 de junio de 2007 (traducción del original en inglés por el autor).

“La decisión de la Suprema Corte no ha recibido mucha atención fuera de México pero podría ser uno de los acontecimientos económicos más importantes en el país en años recientes. Lo es porque representa un cambio colosal en la jurisprudencia mexicana, que a su vez refleja un cambio de magnitud similar en la cultura mexicana.

Apenas hace dos décadas, la noción de que la acción de una Suprema Corte independiente pudiera haber afectado los privilegios de la élite mexicana hubiera sido inconcebible. En aquellos años no hubiera sido exagerado afirmar que dicha sentencia señalaba el advenimiento de otra revolución mexicana. Afortunadamente, esta revolución es pacífica.”⁶³

Adicionalmente a lo señalado por comentaristas extranjeros, la constitucionalista mexicana Ana Laura Magaloni consideró que el tema de competencia económica era central en esta acción de inconstitucionalidad (aún cuando también consideró que probablemente la Corte no le dió ni un énfasis suficientemente fuerte, ni un trato congruente y sustantivamente sólido en la argumentación del proyecto, debate y sentencia). Al respecto señaló que:

“...la controversia judicial sobre la ley de medios es fundamentalmente un asunto de competencia económica y, en concreto, se trata de la prohibición que establece el artículo 28 constitucional a los monopolios y las prácticas monopólicas.”⁶⁴

⁶³ O'GRADY, Mary Anastasia, “A Mexican revolution”, *Wall Street Journal* (edición electrónica), 11 de junio de 2007 (traducción del original en inglés por el autor).

⁶⁴ MAGALONI, Ana Laura, “¿Será el problema correcto?”, *Reforma* (edición electrónica), 26 de mayo de 2007. También de la misma autora ver “El balance final de la Corte”, *Reforma* (edición electrónica), 9 de junio de 2007 (donde afirma que: “Lo que yo espero es que la Corte ...profundice más sus argumentos en materia de monopolios y competencia económica.”), y “La Corte ante la ley de medios”, *Reforma* (edición electrónica), 11 de mayo de 2007 (donde señala que: “...la Corte mexicana tiene que hacer dos cosas: invalidar los preceptos de la ley en cuestión que impactan negativamente la competencia y la pluralidad de ofertas de radio y televisión en México y, a la vez, dotar de contenido los preceptos constitucionales que establecen los límites y cauces a través de los cuales el legislador debe regular esta materia.”).

Ciertamente la acción de inconstitucionalidad 26/2006 abordó desde una perspectiva constitucional diversas materias adicionales a la competencia económica, incluso si en opinión del Ministro Aguirre –autor del proyecto de sentencia– la esencia del asunto no fue la competencia económica sino el dominio y la rectoría del Estado sobre el espacio radioeléctrico.⁶⁵ Pero desde la perspectiva del debate público mexicano la regulación constitucional de la competencia económica fue uno de los temas centrales del caso, si no el fundamental. Varias de las disposiciones de las *Reformas* declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte habían sido las que generaron mayor preocupación entre los analistas por su posible efecto anticompetitivo.⁶⁶ Fue el caso de la disposición de las *Reformas* que trivializaba y marginaba la participación de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) en las licitaciones de espectro para radiodifusión. Al respecto la Sentencia de la Corte señaló:

“...la mera solicitud de opinión favorable presentada ante la Comisión Federal de Competencia, no garantiza que el otorgamiento de una concesión de radiodifusión no provocará fenómenos monopólicos y de concentración; para ello, es indispensable que esa Comisión dicte una opinión favorable en relación al interesado en la obtención de la concesión, misma que lógicamente tendrá que sustentarse en los estudios económicos, financieros y de mercados necesarios que aseguren la idoneidad del concesionario y que su participación

⁶⁵ Al respecto el Ministro Salvador Aguirre Anguiano señaló al final del *Problemario* del caso: “...la resolución del asunto involucra, esencialmente, la determinación de aquello que constituye el objeto específico de las concesiones otorgadas por el Estado sobre un bien del dominio, específicamente sobre el espacio radioeléctrico atribuido a un uso específico y determinado y, cual es el alcance de la rectoría económica en esta materia (quien debe recuperar espacio radioeléctrico si se libera éste mediante el uso de nuevas tecnologías), debiendo considerarse tanto la función social que desempeñan los medios de comunicación, como la calidad del Estado mexicano como garante de la libertad de expresión y el derecho a la información.” AGUIRRE ANGUIANO, Salvador, *Problemario. Acción de inconstitucionalidad 26/2006*, México D.F., mimeo, p. 16.

⁶⁶ Sobre los efectos económicos positivos de la sentencia de la Corte ver BUTLER SILVA, Fernando, “Efectos económicos de la decisión de la Suprema Corte de Justicia”, *El Economista* (edición electrónica), 18 de junio de 2007.

en el mercado relativo no afectará la libre competencia ni provocará fenómenos de concentración contrarios al interés público.”⁶⁷

También fue el caso de la disposición de las *Reformas* que permitía a los radiodifusores obtener –mediante una simple autorización discrecional de Cofetel, sin tener que participar en una licitación, y potencialmente sin pago de contraprestación al erario público– la autorización de nuevos servicios para su espectro concesionado. Sobre este tema la Sentencia de la Corte dijo que dicho mecanismo de autorización, implicaba una discriminación:

“...que no solamente supone una ventaja netamente económica para los concesionarios de servicios de radiodifusión ...perturbando la libre competencia y sana competencia en el mismo, sino que, y quizás de manera más significativa, incide en la función que el Estado tiene encomendada como guardián de la libertad de expresión y del derecho a la información, función que supone el fomento de la pluralidad y diversidad en la conformación de los medios de comunicación masiva, con el objetivo irrenunciable de generar una sociedad más integrada, más educada y, sobre todo, más justa..”⁶⁸

Las dos disposiciones referidas en los párrafos anteriores eran ampliamente consideradas como elementos centrales de las *Reformas*, y se contaban entre los de mayor interés para la industria de la radiodifusión. Con base en los argumentos antes transcritos la sentencia de la Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 reinstaló a la Cofeco en su posición de “portero” de la entrada de empresas a las licitaciones de espectro de radiodifusión. También eliminó el procedimiento alternativo y discrecional que habían conseguido los radiodifusores existentes para acceder a nuevos servicios sin pasar por la licitación. Con ambas resoluciones se igualó el terreno para los diferentes operadores de telecomunicaciones que las *Reformas* habían inclinado a favor de los radiodifusores preexistentes.⁶⁹

⁶⁷ *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, pp. 531-2.

⁶⁸ *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, pp. 607-8.

⁶⁹ Para el análisis de estos y otros aspectos de la sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006, ver partes subsecuentes de este mismo capítulo y el Apéndice al final de esta tesis.

Otras resoluciones de la Corte en el caso también fueron claramente favorables a la competencia, como cuando los Ministros reconocieron la facultad del órgano regulador –Cofetel– para imponer obligaciones tarifarias y de información a operadores monopólicos, tema que –como se verá en el Capítulo Cuarto de esta disertación– ha sido fundamental en los más importantes litigios del sector telecomunicaciones de la última década. Sobre este tema, la sentencia de la Corte señaló:

“...la facultad de la Comisión [Federal de Telecomunicaciones] para establecer obligaciones específicas únicamente a aquellos concesionarios que tengan poder sustancial en el mercado relevante, encuentra su justificación constitucional en la circunstancia de que éstos cuentan con ventajas reales respecto a aquellos concesionarios que no lo tienen, en la medida en que son capaces, en principio, de influir y modificar las condiciones en las cuales se desarrolla el mercado de las telecomunicaciones, lo cual es acorde con el principio constitucional establecido en el artículo 28 constitucional y con los objetivos señalados en la Ley Federal de Telecomunicaciones, pues es evidente que al establecerse obligaciones específicas para los concesionarios de redes de telecomunicaciones que tengan poder sustancial en el mercado relevante, se pretende fomentar y mantener la sana competencia entre los prestadores de este tipo de servicios, lo cual tiene como finalidad última, el beneficio de los usuarios de dichos servicios.”⁷⁰

Claramente, en varios puntos controvertidos del caso, la motivación de la resolución fue contener el poder y la influencia de los monopolios, dándole énfasis mayor o equivalente en el argumento –en relación al caso– que a otros valores constitucionales. De hecho, en el debate sobre la constitucionalidad de las licitaciones vía subasta del espectro para radiodifusión (uno de los más encendidos del caso y el único que se prolongó por dos sesiones) la gran discusión entre los Ministros giró en torno a si las consideraciones de competencia económica (predominantes en el proyecto del Ministro Aguirre Anguiano) debían ser complementadas con otras relacionadas con los derechos de libre expresión, libertad de prensa, derecho a la información, y democracia (casí todos ya presentes en el proyecto del Ministro

⁷⁰ *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, pp. 215-6.

Aguirre Anguiano, pero que el Ministro Góngora proponía debían tener mayor preponderancia).⁷¹ A fin de cuentas se impuso la postura del autor del proyecto que daba preponderancia a la violación a la prohibición antimonopólica del artículo 28 constitucional. Al respecto la Sentencia de la Corte razonó que la disposiciones de la ley que obligaban a subastar el espectro para radiodifusión eran contrarias a:

“...los principios económicos rectores establecidos en el artículo 28 constitucional que prohíbe la creación de monopolios y la realización de prácticas monopólicas, al impedirse la libre competencia o concurrencia en el sector radiodifusión, generándose ventajas a favor de ciertas clases poderosas

⁷¹ Al respecto el Ministro Genaro Góngora Pimentel dijo: “debemos dar prioridad a los argumentos relacionados con derechos fundamentales; sobre todo de aquellos que tienen una conexión con el principio democrático, cuya sustancia es más importante que una cuestión de libre competencia. No comprendo porque es más importante la violación al sistema de mercado, que al sistema democrático.” (Ministro Góngora en el *Debate del 4 de junio*, p. 69.) Por su parte, el Ministro Salvador Aguirre Anguiano se rehusó a adoptar los argumentos de inconstitucionalidad de las licitaciones de espectro vía subasta por considerar que estas violan la libertad de imprenta expresados por el Ministro Góngora Pimentel, tampoco aceptó la sugerencia del Ministro Góngora de dar preeminencia al argumento de violación de la libertad de expresión por sobre el argumento de la violación del principio de libre concurrencia (Ver expresiones del Ministro Salvador Aguirre Anguiano en el *Debate del 4 de junio*, pp. 85-6, y en el *Debate del 5 de junio*, p. 21). Al respecto la Ministra Olga Sánchez Cordero señaló en el debate sobre la constitucionalidad del mecanismo de licitación mediante subasta del espectro de radiodifusión: “...yo pienso que el argumento especializado en este caso concreto, es precisamente el fundamento antimonopólico...” (Sánchez en el *Debate del 5 de junio*, p. 22). Todas las citas tomadas de las versiones taquigráficas de las sesiones públicas ordinarias del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebradas los días 21, 22, 24, 28 y 29 de mayo, 4, 5 y 7 de junio de dos mil siete (Debate de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, promovida por Senadores de la LIX Legislatura del Congreso de la Unión en contra del Congreso a través de las Cámaras de Diputados y de Senadores y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, demandando la invalidez de los artículos 3º, fracciones XV y XVI, 9-A, 9-B, 9-C, 9-D, 9-E, 13, 64 y 65 de la Ley Federal de Telecomunicaciones; y 2, 3, 7-A-9, 16, 17, 17-A, 17-B, 17-C, 17-D, 17-E, 17-F, 17-G, 17-H, 17-I, 17-J, 19, 20, 21, 21-A, 22, 23, 25, 26, 28, 28-A, 72-A, y 79-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, reformadas en el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006, así como los artículos transitorios del Segundo al Quinto del ARTÍCULO PRIMERO, y Segundo y Tercero del ARTÍCULO SEGUNDO, del propio decreto), México D.F., SCJN, mimeo, diversos paginados.

económicamente y en perjuicio del público en general, pues si el otorgamiento de concesiones en este ramo se hace depender preponderantemente del elemento económico, resulta lógico concluir que quienes cuenten con mayores recursos financieros resultarán vencedores de la licitación por subasta pública...”.⁷²

En términos del nuevo paradigma regulatorio de las telecomunicaciones que inició en 2006 (y que adoptó la radiodifusión con las *Reformas legales de abril de 2006*) la sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 tuvo un significado mayor: representó la adopción cabal del modelo de competencia y el repudio del modelo monopólico. A nivel de principios constitucionales el modelo de competencia recibió el respaldo del máximo interprete constitucional, que mandó señales claras al sistema judicial de que la competencia y el combate a los monopolios eran parte fundamental del mandato constitucional para este sector. Lo anterior no quita que en la Sentencia de la Corte hubiera elementos aislados que no resultan conducentes a la mejor operación de la competencia (p. ej., la prohibición de la subasta dentro de las licitaciones de espectro para radiodifusión o la eliminación de la posibilidad de objeción del Senado en la designación de los titulares del órgano regulador), ni tampoco que en la sentencia aparecieran destacadamente otros valores y principios constitucionales (p. ej., la rectoría económica del Estado o la libertad de expresión y el derecho a la información). Sin embargo, en el plano de los principios constitucionales —el plano fundamental en el que debe valorarse la intervención de un tribunal constitucional— la sentencia de la Corte apuntaló el principio de libre concurrencia en el sector y lo armonizó con otros valores constitucionales fundamentales.

E. *La ruta mexicana del monopolio a la competencia*

La transición del monopolio a la competencia ha sido el tema fundamental que ha guiado el cambio jurídico en la regulación mexicana de las telecomunicaciones

⁷² *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, p. 558.

desde la expedición del Reglamento de Telecomunicaciones hasta la más reciente reforma e iniciativas posteriores del 2006. Pero la ruta elidida por México para introducir la competencia en el sector ha sido notablemente limitada y llena de candados. En cada uno de los momentos de cambio del régimen jurídico (1990, 1995 y 2006) se han incorporado restricciones y distorsiones importantes. Con mucho la decisión de mayor impacto a futuro fue la que dio arranque al proceso de cambio regulatorio: el proceso que llevó a transferir (íntegramente y sin fraccionarlo) el monopolio público de Telmex a manos privadas en 1989-90. Pero decisiones posteriores habrían de confirmar que la transición del monopolio al mercado sería lenta. Así lo fue, por ejemplo, la decisión de utilizar un esquema duopólico (con una filial de Telmex como primer “competidor”) en los primeros años de la telefonía celular. La expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones incorporó candados que limitaban el poder del regulador, notablemente el Quinto Transitorio apuntalaba los derechos de Telmex bajo su título de concesión y hacía difícil modificarlo. Las *Reformas a la Radiodifusión y a la Cofetel* de 2006 también tendrían elementos anticompetitivos, aunque en este caso se trataría de privilegios para los concesionarios de radiodifusión (y no para Telmex).⁷³ A pesar de la invariable retórica procompetitiva (y de ciertos contenidos normativos que apuntaban en esta dirección), en cada uno de sus grandes momentos de cambio el nivel del terreno regulatorio fue parcialmente inclinado a favor de alguno de los grandes jugadores. La sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 ha sido el más claramente procompetitivo de los momentos de cambio regulatorio de las últimas décadas, aunque incluso en ésta resolución hubo elementos aislados contrarios a la mejor operación del mercado y se introdujeron otros valores constitucionales que pueden estar en pugna con la libre concurrencia. Pero el saldo final de esta sentencia de la Suprema Corte fue claramente favorable al cambio jurídico que ha guiado al sector telecomunicaciones (incluyendo –desde 2006– a la radiodifusión) del monopolio a la competencia.

⁷³ Al respecto ver el análisis de dichas *Reformas* que presentamos en el Apéndice de esta disertación.

2. Del concesionamiento discrecional a la libre entrada

Una de las características indisociables de los mercados competitivos es la libertad de entrada al mercado. Sin libre entrada no puede haber competencia, ya sea porque se preserva la situación monopólica u oligopólica preexistente, o porque cuando existe una empresa que se siente capaz de ofrecer un servicio más barato o más atractivo que el proporcionado por las empresas existentes se le impide ofrecerlo.

Por ello el tránsito del monopolio al mercado ha venido de la mano de la introducción de procedimientos más simples y claros para cumplir con el requisito administrativo necesario para entrar al mercado de servicios de telecomunicaciones y para poder explotar comercialmente el espectro radioeléctrico.

A. El modelo estadounidense y el europeo

En Estados Unidos la simplificación del acceso al mercado se dio a través de la creación de figuras como la de los servicios mejorados o de valor agregado, al amparo de las cuales se permitía la prestación de algunos servicios de telecomunicaciones sin necesidad de obtener ningún tipo de autorización administrativa. Poco a poco este tipo de figuras fueron siendo exportadas por los estadounidenses y adoptadas en otras latitudes y constituyeron la vanguardia del proceso de liberalización del sector telecomunicaciones. Otro instrumento jurídico utilizado en el sistema jurídico estadounidense para simplificar el acceso al mercado fue el ejercicio de la denominada facultad de “abstención regulatoria” mediante la cual las autoridades de ese país pueden decidir exentar del requisito de licencia a quienes pretendan prestar ciertos servicios de telecomunicaciones siempre que no presenten riesgos a la competencia. Un último recurso utilizado por los estadounidenses para simplificar el acceso al mercado ha sido la sustitución de los procedimientos de revisión de criterios de interés público para el otorgamiento de

licencias de uso de frecuencias, por sistemas de subasta. Este tipo de mecanismos también han sido adoptados en otros sistemas jurídicos.

Los europeos han seguido un proceso mucho más formal para desarmar su complejo sistema de entrada al mercado. En la Unión Europea la simplificación del acceso al mercado procedió a través de las llamadas Directivas de Licencias a través de las cuales se ha ido eliminando paulatinamente el uso de la concesión como título habilitante substituyéndosele por un régimen de autorizaciones generales y particulares.⁷⁴ En el caso Español, por ejemplo, el uso de la figura de la concesión para la prestación de servicios telefónicos se abandonó en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones a raíz de Directiva 97/13/CE⁷⁵, substituyéndose por el uso de una menos restrictiva licencia individual.⁷⁶ Más recientemente en su nueva Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, obligados por la Directiva 2002/20/CE⁷⁷, los españoles abandonaron incluso el uso de la licencia individual para la prestación del servicio telefónico, substituyéndola por una autorización general concedida con carácter general e inmediato por la ley (previa notificación a la autoridad del inicio de prestación del servicio).⁷⁸ La figura de la concesión –estrechamente ligada al concepto tradicional del servicio público– ha dejado de existir en el derecho español de las telecomunicaciones a la par que ha avanzado la competencia.

⁷⁴ Sobre este proceso ver en general CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, ZAGO PAVESA, Tzana y Rafael ARIÑO SÁNCHEZ, *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Granada, Ed. Comares, 2000, 464 pp.

⁷⁵ Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones.

⁷⁶ Ver art. 15 (2), Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones de España.

⁷⁷ Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

⁷⁸ Ver Exposición de Motivos, I, Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones de España. Ver también art. 6 (2), de esa Ley.

En el caso mexicano la simplificación del acceso a los mercados de servicios de telecomunicaciones ha seguido diversos caminos. Por una parte desde la expedición del Reglamento de Telecomunicaciones se substituyó el requisito de concesión por el de permisos en relación a múltiples servicios y se simplificó la tramitación de concesiones. La expedición de la Ley en 1995 profundizó las tendencias de simplificación de requisitos de entrada a los mercados de servicios de telecomunicaciones, pero no eliminó –a la europea– la figura de la concesión ni la discrecionalidad administrativa implícita en esta. En general, en la regulación mexicana se ha dejado sentir la influencia de algunos de los mecanismos de simplificación de entrada utilizados por los estadounidenses (p. ej., desregulación de entrada a la prestación de servicios de valor agregado y subastas de frecuencias). Actualmente, en México conviven figuras fuertemente restrictivas de la entrada al sector, con otras que facilitan notablemente el acceso al mercado. Más aún, la tendencia observable en los proyectos de reforma legal discutidos en México no pareciera dirigida a profundizar la simplificación del acceso al mercado, sino más bien a dificultarlo en algunos casos.

B. *El concesionamiento discrecional en las telecomunicaciones mexicanas*

Las limitaciones regulatorias al acceso a los mercados de servicios de telecomunicaciones tienen una larga trayectoria en la normatividad de las telecomunicaciones mexicanas. La Ley de Vías Generales de Comunicación de 1940 estableció un sistema particularmente poco claro y complejo para el otorgamiento de concesiones sobre vías generales de comunicación, incluyendo las relativas a la prestación de servicios de telecomunicaciones. La falta de claridad impedía determinar claramente a cuales servicios resultaba aplicable el requisito de concesión y a cuales el de permiso. El artículo 8 de la Ley de Vías señala que:

“Para construir, establecer y explotar vías generales de comunicación o cualquier clase de servicios conexos a éstas, será necesario, el tener *concesión o permiso* del Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de

Comunicaciones y con sujeción a los preceptos de esta Ley y sus reglamentos.”⁷⁹

Pero una vez en el supuesto de solicitar una concesión, el interesado en prestar servicios de telecomunicaciones bajo el artículo 15 de la Ley de Vías estaba obligado a seguir un procedimiento en el que la autoridad sujetaba la solicitud a “estudios técnicos” no claramente especificados y podía dictaminar con base en ellos a favor o en contra del solicitante, y acordar unilateralmente modificaciones a la solicitud del interesado. Llegado a ese punto, la Ley de Vías también dispuso que la solicitud modificada se publicara en el Diario Oficial para permitir que personas potencialmente afectadas pudieran enterarse de la misma y presentar sus observaciones a la SCT. En ese punto, la SCT puede no tomar en cuenta las objeciones de los particulares, y puede otorgar la concesión estableciendo en ella “las modificaciones de carácter técnico y jurídico que se estimen pertinentes” y sujetándola al “previo cumplimiento de los requisitos técnicos, administrativos y legales que señale”.⁸⁰ No sobra decir que el procedimiento antes descrito –a más de complejo y poco claro– esta plagado de instancias en las que la autoridad puede dispone de una amplia latitud para decidir favorable o desfavorablemente sobre la solicitud del interesado o para imponerle las cargas regulatorias que estime pertinentes.

En cualquier caso los problemas del procedimiento de concesionamiento de la Ley de Vías antes referidos no eran particularmente relevantes por el hecho de que, a partir de la creación de Telmex, el gobierno prácticamente no concesionó a particulares la prestación de servicios de telecomunicaciones. La combinación de la falta de claridad y la enorme discrecionalidad administrativa tutelada por la Ley de Vías y el hecho de que el sector estuviera controlado por empresas estatales hacían que la entrada al sector fuera prácticamente imposible para los particulares (aunque no hubiera una imposibilidad legal o constitucional al respecto). Existieron algunos

⁷⁹ Artículo 8, Ley de Vías Generales de Comunicación.

⁸⁰ Artículo 15, primer párrafo, Ley de Vías Generales de Comunicación.

casos de concesionamiento de servicios de telecomunicaciones a particulares, pero estos fueron notablemente excepcionales.⁸¹

La anterior situación cambió parcialmente con el Reglamento de Telecomunicaciones, e incluso desde el año previo a su expedición. El concesionamiento de la telefonía celular se tramitó con relativa rapidez bajo las normas de concesionamiento discrecional de la Ley de Vías. Bajo el Reglamento de Telecomunicaciones subsistió el concesionamiento discrecional previsto por el artículo 15 de la Ley de Vías⁸² pero se dio mayor claridad al procedimiento al establecerse que la SCT publicaría las bases para el otorgamiento de concesiones⁸³, y al precisarse en el Reglamento los requisitos específicos mínimos que debían satisfacer las solicitudes de concesión.⁸⁴ Pero más allá de estas disposiciones el procedimiento de concesionamiento bajo el Reglamento de Telecomunicaciones se da en un entorno de apertura del sector (lo que significaba que sí se entregarían concesiones) y con una mucha mayor claridad sobre los casos en los que procedía el requisito de concesión y aquellos en que aplicaba el requisito de permiso (porque el Reglamento mismo establecía claramente la figura aplicable al caso de cada servicio).

La expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones siguió –de alguna manera– el rumbo regulatorio establecido por el Reglamento de 1990, uno que consistía en aclarar y simplificar la entrada al sector pero sin eliminar el requisito de la concesión para los servicios de telecomunicaciones más importantes (los prestados por redes públicas de telecomunicaciones y los que involucran uso de frecuencias del espectro radioeléctrico)⁸⁵, y sin eliminar tampoco el elemento de discrecionalidad

⁸¹ Caso Iusacell.

⁸² Ver artículo 17, Reglamento de Telecomunicaciones.

⁸³ Ver artículo 14, Reglamento de Telecomunicaciones.

⁸⁴ Ver artículo 15, Reglamento de Telecomunicaciones.

⁸⁵ Ver artículo 11, Ley Federal de Telecomunicaciones.

implícito en la figura de la concesión. Al respecto, el artículo 24 de la Ley vigente, que regula el tipo más común de solicitud de concesión (esto es, la que permite a su titular prestar servicios de telecomunicaciones al público utilizando una red), dice que:

“Los interesados en obtener una concesión para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones, deberán presentar, **a satisfacción de la Secretaría**, solicitud que contenga como mínimo:

- I. Nombre y domicilio del solicitante;
- II. Los servicios que desea prestar;
- III. Las especificaciones técnicas del proyecto;
- IV. Los programas y compromisos de inversión, de cobertura y calidad de los servicios que se pretenden prestar;
- V. El plan de negocios, y
- VI. La documentación que acredite su capacidad financiera, técnica, jurídica y administrativa.”

Al comparar la redacción del artículo 15 de la Ley de Vías, con la del artículo 24 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, uno puede observar como el cambio jurídico en los procedimientos de concesionamiento se ha operado en la dirección de la claridad y la simplificación. Pero también se destaca el hecho de que en ambos casos subsiste el mismo tipo de título habilitante (la concesión) y que incluso en la redacción más reciente de la Ley subsiste lenguaje que sugiere una fuerte dosis de discrecionalidad de la autoridad para conceder o no la concesión (p. ej., “a satisfacción de la Secretaría”).

La figura del concesionamiento discrecional no tiene visos de desaparecer en el futuro de la regulación mexicana de las telecomunicaciones. Aunque ha habido exfuncionarios y especialistas que se han pronunciado a favor de eliminarlas, el tema no figura de manera prominente en la agenda de reforma normativa del sector.⁸⁶ Todas las iniciativas de reforma legislativa presentadas hasta ahora en el

⁸⁶ Véase por ejemplo la propuesta de un ex presidente de Cofetel de “excluir a las redes públicas de telecomunicaciones que no usen espectro del requisito de concesión” en LOZANO ALARCÓN, Javier, *Ponencia presentada en la IV Conferencia Internacional El reto de las telecomunicaciones en*

Congreso mexicano que tocan el tema de la regulación de la entrada a los mercados de telecomunicaciones mantienen la figura de la “concesión” en términos muy similares a los de la Ley vigente⁸⁷, como el requisito *sine qua non* para la entrada al mercado de los más importantes servicios de telecomunicaciones, y con un lenguaje discrecional similar al que ha prevalecido en la Ley vigente. Las más recientes *Reformas a la Radiodifusión y a la Cofetel* de 2006 tampoco tocaron la figura de la concesión (aunque si introdujeron la figura del concesionamiento por licitación en materia de radiodifusión comercial y regularon –de manera notablemente discrecional- el otorgamiento de “permisos” de radiodifusión).

Cabe señalar que en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 en la que se controvirtieron las *Reformas*, la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de varias disposiciones que afirmaban la discrecionalidad de las autoridades para otorgar (o no) permisos de radiodifusión. En la sentencia del caso la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de diversas porciones normativas de las *Reformas* en las que se otorgaban facultades discrecionales a la Cofetel en diversas etapas del trámite para obtener permisos en materia de radiodifusión. La Corte depuró la norma legal que rige estos procedimientos administrativos de expresiones tales como “cuando menos” o “a su juicio”, que se traducían en listados no exhaustivos e indeterminados de requisitos con los que el solicitante debía cumplir, o que permitían a Cofetel decidir discrecionalmente si el solicitante cumplió con los requisitos aplicables, o que la facultaban para solicitar entrevistas e información

el marco de la reforma del Estado en México, México D.F., Senado de la República, mimeo, julio de 2001, p. 10.

⁸⁷ Al compararse, por ejemplo, el artículo 33 de la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* y el artículo 13 de la *Iniciativa Ochoa* (que establecen los casos en que los particulares requieren concesión para prestar servicios de telecomunicaciones) con la redacción del artículo 11 de la ley vigente se encuentra que son notablemente similares. Asimismo, al compararse el artículo 45 de la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* y el artículo 27 de la *Iniciativa Ochoa*, se encuentran grandes similitudes con la redacción del artículo 24 de la Ley vigente (incluyendo el discrecional lenguaje de “a satisfacción”, aunque en este caso es no es “de la Secretaría” sino “de la Comisión”).

adicional indeterminada a los solicitantes de permisos de radiodifusión.⁸⁸ Cabe señalar que varias de las expresiones normativas declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte subsisten en otros procedimientos regulados por la Ley Federal de Telecomunicaciones (como vimos anteriormente). La sentencia de la Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 muestra que la tendencia regulatoria a desterrar la discrecionalidad administrativa en la regulación de la entrada a los mercados de telecomunicaciones es completamente congruente con las disposiciones de la Constitución mexicana.

C. La libre entrada en las telecomunicaciones mexicanas

Las medidas que mayor aportación hicieron para facilitar la entrada al sector telecomunicaciones habrían de tener lugar a partir de 1990, bajo el régimen instituido por el Reglamento de Telecomunicaciones y, sobre todo, a partir de 1995 bajo la Ley Federal de Telecomunicaciones. Entre ambos instrumentos jurídicos se advierte continuidad en la intención de facilitar progresivamente la entrada al mercado, aún en los casos en los que preserva la figura de la concesión. Existen al menos cuatro figuras que se han utilizado para liberar la entrada a los mercados de telecomunicaciones: a) la creación de categorías de prestadores de servicios de telecomunicaciones con requisitos mínimos de entrada (esto es, los prestadores de servicios de valor agregado); b) La sustitución del requisito de concesión por el de permiso para ciertos servicios; c) La simplificación y claridad del procedimiento de concesionamiento; y d) El concesionamiento mediante licitación del espectro radioeléctrico.

⁸⁸ Ver *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, pp. 253-6.

a. Acceso a servicios de valor agregado con requisitos mínimos

Los servicios mejorados o de valor agregado⁸⁹ fueron de los primeros en ser desregulados a nivel internacional. Entre estos se incluían varios servicios producto de la convergencia entre las telecomunicaciones y las computadoras. El servicio prototípico de valor agregado es el “acceso a Internet”, mismo que se pensaba que se difundiría mucho más rápido en la sociedad si se le exentaba de cumplir con los pesados requisitos aplicables a otros servicios de telecomunicaciones.

México no fue la excepción en la moda de desregulación de estos servicios. Bajo el Reglamento de Telecomunicaciones los servicios de valor agregado fueron unos de los primeros en ser clasificados como permisionables y a los que se exento del requisito de concesión.⁹⁰ La tendencia a simplificar el requisito de entrada aplicable a estos servicios habría de verse reforzado posteriormente bajo la Ley Federal de Telecomunicaciones misma que eliminó el requisito de permiso para los servicios de valor agregado sujetándolos a un mero requisito de registro. A la letra, el artículo 33 de la Ley vigente afirma que: “Para la prestación de servicios de valor agregado bastará su registro ante la Secretaría.”

El futuro de los requisitos de entrada aplicables a los servicios de valor agregado no es claro. Alguna de las iniciativas amplias de reforma legal actualmente discutidas – la de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria– parece querer llevar a algunos servicios de valor agregado (esto es, los relacionados con la Internet) en dirección opuesta a la de la Ley vigente, buscando sujetar su prestación a la obtención de

⁸⁹ Los servicios de valor agregado son “los que emplean una red pública de telecomunicaciones y que tienen efecto en el formato, contenido, código, protocolo, almacenaje o aspectos similares de la información transmitida por algún usuario y que comercializan a los usuarios información adicional, diferente o reestructurada, o que implican interacción del usuario con información almacenada”. Artículo 3, fracción XII, Ley Federal de Telecomunicaciones. Esta definición es muy similar a la que la regulación estadounidense hace de los servicios mejorados (*enhanced services*).

⁹⁰ Ver artículo 8, fracción I, Reglamento de Telecomunicaciones.

una concesión o de un permiso.⁹¹ Otra iniciativa amplia –la Iniciativa Ochoa– parece contenta con preservar el requisito de la Ley vigente.⁹²

b. Permisamiento o prestación libre de ciertos servicios

La sustitución del requisito de concesión por el de permiso o, incluso, por la libertad de prestación del mismo, ha sido uno de los mecanismos con los cuales se ha ido simplificando la entrada de prestadores de servicios a los mercados de telecomunicaciones.

Como vimos en el apartado anterior el Reglamento de Telecomunicaciones estableció el requisito de permiso (y no el de concesión) para los servicios de valor agregado. Pero estos no serían los únicos en beneficiarse de esta categoría más simple y menos discrecional de título habilitante. De acuerdo al artículo 8 del Reglamento también bastaría el requisito de permiso a quienes prestaran servicios mediante “redes locales complementarias que se instalen con infraestructura propia para la prestación de servicios de conducción de señales para grupos restringidos de usuarios”, “estaciones radioeléctricas que se instalen para servicios especiales de radiocomunicación”; y “redes privadas de telecomunicación que se instalen con infraestructura propia para satisfacer necesidades de comunicación interna o privada, salvo en los casos previstos en el Reglamento”.⁹³

En la Ley Federal de Telecomunicaciones se profundizó la tendencia facilitadora del Reglamento, reclasificándose algunos de los servicios que este consideraba como

⁹¹ La *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* pretendió crear la categoría de servicios básicos que incluye incluso al acceso a Internet (Transitorio Décimo Tercero) y a la prestación de los cuales resulta aplicable el requisito de concesión o de permiso dependiendo de su relación con el titular de la red pública utilizada.

⁹² Ver artículo 38, *Iniciativa Ochoa*.

⁹³ Artículo 8, Reglamento de Telecomunicaciones.

permisionables en una categoría de servicios de libre prestación, y reclasificándose también otros servicios antes considerados concesionables dentro de la categoría de los permisionables. Los servicios de telecomunicaciones sujetos al requisito de permiso bajo el Reglamento de 1990 y que pasaron a ser de libre prestación bajo la Ley de 1995 son los prestados por redes privadas. Bajo la Ley dichas redes “no requerirán de concesión, permiso o registro para operar, salvo que utilicen bandas de frecuencias del espectro, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 14.”⁹⁴ Por su parte, los servicios concesionables bajo el Reglamento de Telecomunicaciones que pasaron a ser permisionables bajo la Ley son los que se explotan a través de comercializadoras de servicios de telecomunicaciones.⁹⁵

En materia de permisos, las *Reformas a la Radiodifusión y a la Cofetel* de 2006 fueron a contrapelo de los cambios regulatorios experimentados por el sector desde la expedición del Reglamento de Telecomunicaciones al establecer un procedimiento complicado y oneroso para el otorgamiento de permisos de radiodifusión, incluso más complicado *prima facie* que el aplicable a las concesiones de radiodifusión al amparo de dichas *Reformas*.⁹⁶ Lo anterior fue ampliamente criticado por los comentaristas y es uno de los conceptos de invalidez en los que se basó la acción de inconstitucionalidad con la que se impugnaron las *Reformas*, y también uno de los puntos que motivaron declaraciones de inconstitucionalidad en la *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*.⁹⁷

⁹⁴ Artículo 28, primer párrafo, Ley Federal de Telecomunicaciones.

⁹⁵ Ver artículos 31, fracción I, y 52, Ley Federal de Telecomunicaciones.

⁹⁶ Ver artículos 20 y 21-A de la Ley Federal de Radio y Televisión.

⁹⁷ Ver 13^o concepto de invalidez en la *Demanda de Acción de Inconstitucionalidad de las Reformas a la Radiodifusión y a la Cofetel*. Sobre las porciones normativas del procedimiento para el otorgamiento de permisos de radiodifusión declaradas inconstitucionales ver *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, pp. 253-6 (comentadas en el apartado inmediato anterior).

c. Simplificación y claridad del procedimiento de concesionamiento

Como vimos anteriormente tanto el Reglamento de Telecomunicaciones como la Ley Federal de Telecomunicaciones mantuvieron el requisito de concesión –y la potencial discrecionalidad para autorizar la entrada a los más importantes mercados de telecomunicaciones. Pero lo cierto es que ambos instrumentos normativos también simplificaron y aclararon los requisitos aplicables a quienes solicitaban concesiones de red pública. Al amparo de la Ley Federal de Telecomunicaciones la autoridad administrativa contribuyó todavía más a aclarar los requisitos aplicables en estos casos a través de la expedición de dos acuerdos que transparentaron más aún los requisitos para obtener concesiones de redes públicas interestatales (p. ej., para prestar servicios de telefonía de larga distancia) y locales (p. ej., para prestar servicios de telefonía local o televisión por cable). Bajo dichos procedimientos se multiplicó el número de concesiones otorgadas y se automatizó el proceso de concesionamiento.

Con posterioridad a la expedición de la Ley, el gobierno mexicano suscribió obligaciones internacionales bajo el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio que lo obligan a preservar la claridad y transparencia de los procedimientos de concesionamiento (o de otorgamiento de cualquier otro tipo de título habilitante para prestar servicios de telecomunicaciones). La disposición relevante del Documento de Referencia de la OMC suscrito por México establece lo siguiente:

“Disponibilidad pública de criterios para el licenciamiento. Cuando se requiera una licencia, lo siguiente estará públicamente disponible: a) todos los criterios para el licenciamiento y el período normalmente requerido para llegar a una decisión concerniente a la solicitud de una licencia y b) los términos y condiciones para licencias individuales. Las razones de la negativa a una solicitud de licencia serán conocidas a petición del solicitante.”⁹⁸

⁹⁸ Numeral 4, Compromisos Adicionales de los Miembros, Cuarto Protocolo, Anexo sobre Telecomunicaciones Básicas, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (en adelante Documento de Referencia de la OMC).

d. Concesionamiento mediante licitación del espectro radioeléctrico

El concesionamiento por licitación es una de las figuras más interesantes utilizadas por la nueva normatividad mexicana para facilitar el acceso a los mercados de telecomunicaciones y al insumo indispensable para proporcionar los servicios inalámbricos (esto es, las frecuencias radioeléctricas). La Ley de 1995 estableció este tipo de procedimiento como el mecanismo mediante el cual se otorgan concesiones sobre frecuencias del espectro que serán explotadas comercialmente. El procedimiento de concesionamiento tiene varias características relevantes entre las que destacan el requisito de ser realizado a través de licitación pública, y el derecho del Estado a recibir una contraprestación por el otorgamiento de la concesión.⁹⁹ Por su parte, la Ley Federal de Telecomunicaciones establece también que las licitaciones públicas a través de las cuales se otorguen concesiones sobre el espectro radioeléctrico también se encuentran sujetas requisitos legales tales como la publicación periódica del programa de licitaciones y la publicación de la convocatoria a cada licitación.

La idea de utilizar subastas para asignar frecuencias del espectro radioeléctrico representó la recepción en México de un mecanismo utilizado por la regulación estadounidense moderna para estos mismos fines. Pero su materialización en la normatividad mexicana como una forma de “concesionamiento mediante licitación” representó una forma de moderar la discrecionalidad intrínseca al procedimiento de concesionamiento, imbuyéndola de los poco discrecionales principios aplicables en los procedimientos de licitación pública. Representó una forma de otorgar

⁹⁹ La Ley Federal de Telecomunicaciones establece a la licitación como el procedimiento obligatorio para habilitar el uso del espectro por particulares (salvo en los casos de espectro experimental o libre, o de antenas transmisoras satelitales). A la letra, el artículo 14 de la Ley señala que: “Las concesiones sobre bandas de frecuencias del espectro para usos determinados se otorgarán mediante licitación pública...”.

concesiones de manera casi automática a quienes cumplen los requisitos establecidos en las bases de licitación y ofrecen la contraprestación más alta al gobierno federal.

Ciertamente el otorgamiento de concesiones a través de licitación pública en la década de los años noventa no fue exclusivo del sector telecomunicaciones, y fue incorporado en varias leyes expedidas a fines de la administración del Presidente Salinas de Gortari y a principios de la del Presidente Zedillo, fundamentalmente en leyes reglamentarias del sector comunicaciones y transportes.¹⁰⁰ Por otra parte, procedimientos de alguna manera similares –aunque aplicables en casos excepcionales– existían incluso bajo la Ley de Vías de 1940.¹⁰¹ Lo que si fue

¹⁰⁰ Es el caso de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario cuyo artículo 9 establece que: “Las concesiones a que se refiere este capítulo [i. e., para construir, operar y explotar vías férreas, que sean vía general de comunicación, y para prestar el servicio público de transporte ferroviario] se otorgarán mediante licitación pública. [...]” Es también el caso de la Ley de Aeropuertos, cuyo artículo 11 señala que: “Las concesiones a que se refiere esta sección [concesiones para la administración, operación, explotación y, en su caso, construcción de aeropuertos] se otorgarán mediante licitación pública,...”. Disposiciones similares, pero que se refieren a "concurso público" y no a licitación pública" se encuentran en la Ley de Puertos, cuyo artículo 24 señala que: “Las concesiones a que se refiere este capítulo [concesiones para la administración portuaria integral, o concesiones sobre bienes del dominio público que además incluyen la construcción, operación, y explotación de terminales, marinas, e instalaciones portuarias] se otorgarán mediante concurso público,...”. Asimismo, la Ley Minera y la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal instituyen un tipo de "concurso" público para otorgamiento de ciertas concesiones de exploración y explotación en dicha materia (artículo 13, Ley Minera); y un procedimiento de "concurso público" para el otorgamiento de concesiones para construir, operar, explotar, conservar y mantener los caminos y puentes federales (artículo 6, Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal).

¹⁰¹ Así lo establece el artículo 33, de la Ley de Vías, que dice que: “En los casos de caducidad por las causas expresadas en las fracciones V, VI y VII del artículo 29, si el gobierno no considera conveniente hacer por su cuenta la explotación de la vía, procederá, en subasta pública, a la venta de ésta con todos sus bienes muebles e inmuebles,...”. También es relevante la fracción VI de dicho artículo que señala que: “Desde el momento en que el comprador tome posesión de la vía con todos sus bienes, aquella y éstos se regirán por la concesión declarada caduca, la que continuará subsistente para el comprador hasta en tanto se le otorgara nueva concesión.”

particularmente especial del concesionamiento por licitación en el sector telecomunicaciones fue su implementación mediante las llamadas “subastas simultaneas ascendentes”, complejos mecanismos de subasta basados en la teoría de juegos y concebidos por economistas regulatorios. Otro factor en el que se distinguió el proceso de concesionamiento mediante licitación fue su amplio uso. A través de licitaciones el gobierno federal otorgó cientos de concesiones para uso de frecuencias del espectro en el lapso de 1997 a 2000. En este sentido, el concesionamiento por licitación en el sector telecomunicaciones sí significó una manera administrativamente muy eficiente de concesionar rápidamente el espectro radioeléctrico.

Con las *Reformas a la Radiodifusión y a la Cofetel* de 2006 la técnica de concesionamiento por licitación se extendió a las concesiones de radiodifusión, generando considerable controversia y críticas por parte de políticos y académicos¹⁰², y convirtiéndose en uno de los conceptos de invalidez en los que se basó la acción de inconstitucionalidad con la que se impugnaron dichas *Reformas*.¹⁰³ En la *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006* la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió declarar inconstitucional e invalidar el mecanismo de subasta que formaba parte del procedimiento de licitación de espectro para radiodifusión. La *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006* utilizó varios argumentos para concluir que el uso de la subasta era inconstitucional en las licitaciones de espectro para radiodifusión.¹⁰⁴ El argumento

¹⁰² Respecto a las críticas al uso de la licitación (y particularmente las subastas basadas en el monto económico ofrecido como contraprestación) ver el análisis de las Reformas incorporado en el Apéndice de esta disertación.

¹⁰³ Ver 15º concepto de invalidez en la *Demanda de Acción de Inconstitucionalidad de las Reformas a la Radiodifusión y a la Cofetel*.

¹⁰⁴ Entre otros argumentos utilizados en la sentencia para declarar la inconstitucionalidad de las subastas de espectro se encuentran los siguientes: a) subasta y licitación son dos procedimientos diferentes, su uso simultáneo genera confusión e inseguridad jurídica, b) el uso de subastas es contrario a los principios aplicables a las licitaciones que se desprenden del artículo 134

básico utilizado en el Proyecto del Ministro Aguirre Anguiano y retomado en la Sentencia era que con las subastas:

“se contrarían también los principios económicos rectores establecidos en el artículo 28 constitucional que prohíbe la creación de monopolios y la realización de prácticas monopólicas, al impedirse la libre competencia o concurrencia en el sector radiodifusión, generándose ventajas a favor de ciertas clases poderosas económicamente y en perjuicio del público en general, pues si el otorgamiento de concesiones en este ramo se hace depender preponderantemente del elemento económico, resulta lógico concluir que quienes cuenten con mayores recursos financieros resultarán vencedores de la licitación por subasta pública...”¹⁰⁵

Una de las preguntas que quedan abiertas con los pronunciamientos de la Suprema Corte en materia de subastas es hasta que punto serán aplicables a las licitaciones de espectro para otros servicios de telecomunicaciones diferentes de la radiodifusión. El tema de las subastas en espectro para radiodifusión, es diferente del espectro para telecomunicaciones, si no por otra razón porque los medios de difusión masiva están muy imbricados con cuestiones de libertad de expresión y derecho a la información, así como en temas de democracia. La cuestión del pluralismo político y cultural es fundamental en la regulación de la radiodifusión. Se trata de una cuestión que complementa, pero también trasciende las consideraciones de competencia económica. En ese contexto es entendible que se haya eliminado a la subasta como el mecanismo que debía utilizarse en las licitaciones de concesiones de radiodifusión. Pero no queda claro hasta que punto la decisión de la Corte sienta un precedente aplicable en materia de telecomunicaciones y obligará a abandonar las “subastas simultáneas ascendentes” utilizadas con éxito entre 1996 y 2005, ni hasta que punto obligará a que en el

constitucional, y c) el uso de subastas genera incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación pagada por la concesión de espectro de radiodifusión. Ver *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, pp. 551-66.

¹⁰⁵ Ver *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, p. 558.

futuro sólo se utilicen licitaciones “a sobre cerrado” o alguno de los mecanismos denominados “concursos de belleza” (*beauty contests*).¹⁰⁶

3. Del control tarifario a la libertad tarifaria con excepciones

A. *Del control tarifario a la libertad tarifaria con excepciones*

La cuestión de los precios o las tarifas¹⁰⁷ es central para el desarrollo de cualquier industria. Ningún otro elemento individual afectado por la regulación tiene tanto peso ni afecta de manera más importante el desempeño de las unidades económicas que participan en una industria. Cuando los precios o tarifas se rezagan por debajo de los costos, las industrias enfrentan problemas financieros.

La cuestión tarifaria es –además– una de las que más afectadas resultan por el proceso de liberalización de los mercados de servicios de telecomunicaciones. La operación misma del mercado requiere necesariamente que los participantes puedan fijar y ajustar libremente sus tarifas para competir entre sí. De hecho, la

¹⁰⁶ Esa es la opinión del economista Fernando Butler. Ver BUTLER SILVA, Fernando, op. cit.

¹⁰⁷ Precio y tarifa son términos cuyo significado es muy similar. En telecomunicaciones “tarifa” es el “precio” de un servicio de telecomunicaciones aunque el uso del primer término se encuentra estrechamente ligado a la idea de los servicios de telecomunicaciones como servicios públicos concesionados. El Diccionario Espasa Economía y Negocios de la consultoría Arthur Andersen define tarifa como la: “Lista en la que se recogen los distintos precios de venta de un producto o un servicio; este término es mucho más utilizado en el caso de que éstos sean públicos (tarifa telefónica, tarifas del transporte público, etc.)”. Voz “tarifa”, ARTHUR ANDERSEN S.A., *Diccionario Espasa Economía y Negocios*, Madrid, Espasa Calpe, 1997, p. 649. Asimismo, el Diccionario Jurídico Mexicano señala que: “El concepto de tarifa se encuentra íntimamente ligado a la figura de la concesión, en virtud de que el Estado otorga a los particulares la realización de aquellos servicios públicos que no puede atender en forma directa y como contraprestación se establece una cuota general que servirá para cubrir el importe del servicio otorgado.” INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, vol. IV, México, Porrúa, 1998, p. 3,055.

libertad tarifaria es un elemento clave de la definición misma de economía de mercado. Ésta última es:

“Un sistema económico en el que las decisiones acerca de la distribución de recursos y producción se realiza *sobre la base de precios generados por intercambios voluntarios entre productores, consumidores, trabajadores y dueños de los factores de la producción*. La toma de decisiones en este tipo de economías es descentralizada –esto es, las decisiones son tomadas de manera independiente por grupos e individuos en la economía y no por un ente de planeación centralizada.”¹⁰⁸

Mientras que en un entorno monopólico el control tarifario gubernamental resulta natural y hasta cierto punto necesario, en un entorno competitivo el control tarifario obstaculiza la operación eficiente del mercado. Además, en un entorno competitivo en el que el número de operadores que ofrecen servicios se multiplica, un régimen de control tarifario gubernamental se vuelve administrativamente muy costoso de operar (no es lo mismo fijar las tarifas de una sola empresa, que las de un ciento). Por ello, en entornos competitivos el régimen jurídico apropiado es uno de libertad tarifaria.

No obstante lo anterior, los mercados de telecomunicaciones difícilmente se ajustan con plenitud a las características de los mercados plenamente competitivos. Incluso con la apertura a la competencia, la concentración de poder de mercado en ciertos operadores hace indispensable el establecimiento de ciertas excepciones a la libertad tarifaria, notablemente para el caso de la interconexión entre redes y para las tarifas que los operadores dominantes cobran a los consumidores. En esos casos específicos el régimen de libertad tarifaria no opera adecuadamente. En esos casos específicos resulta necesario que la autoridad pueda intervenir para regular las tarifas.

¹⁰⁸ PEARCE, David W. (ed.), *The MIT Dictionary of Modern Economics*, 4ª ed., Cambridge, Mass., The MIT Press, 1992, pp. 266-7 (énfasis añadido y traducción del original en inglés por el autor).

La transición de una industria sujeta a un control tarifario generalizado, a una industria regida por una norma básica de libertad tarifaria con excepciones en materia de tarifas de interconexión y regulación de dominancia es uno de los cambios fundamentales que se ha operado con la introducción de la nueva regulación en el sector de las telecomunicaciones. Se trata de un fenómeno que tiene diversas manifestaciones en la normatividad mexicana, pero que, misma que todavía no parece haber logrado consolidar un régimen jurídico equilibrado, efectivo y, sobre todo, seguro.

B. El control tarifario en las telecomunicaciones mexicanas

Durante la mayor parte del siglo XX el control tarifario fue una de las instituciones clave en la regulación de los servicios de telecomunicaciones. El fundamento principal del régimen de control tarifario de los servicios de telecomunicaciones se encuentra en la Ley de Vías Generales de Comunicación de 1940. El artículo 50 de dicha Ley señala que: “La explotación de vías generales de comunicación, objeto de concesión o permiso, será hecha conforme a... tarifas... autorizadas previamente por la Secretaría de Comunicaciones.”¹⁰⁹ Conforme a la redacción del anterior artículo, tanto las tarifas de los concesionarios como las de los permisionarios se encuentran sujetas a un régimen de autorización. La misma Ley de Vías también establece la facultad de la SCT para estudiar y aprobar, revisar, modificar, cancelar o registrar tarifas y sus elementos de aplicación¹¹⁰; dispone la creación de una comisión consultiva de tarifas¹¹¹; y sujeta la aprobación definitiva de las tarifas por la SCT a la opinión de dicha comisión.¹¹²

¹⁰⁹ Artículo 50, Ley de Vías Generales de Comunicación.

¹¹⁰ Artículo 49, primer párrafo, Ley de Vías Generales de Comunicación.

¹¹¹ Artículo 49, segundo párrafo, Ley de Vías Generales de Comunicación.

¹¹² Artículo 49, tercer párrafo, Ley de Vías Generales de Comunicación.

Con la expedición del Reglamento de Telecomunicaciones de 1990 el régimen de control tarifario establecido en la Ley de Vías se mantuvo de una manera suavizada y matizada. Aunque la regla general de la Ley de Vías aplicable a concesionarios y permisionarios era la sujeción a un régimen de control tarifario, en el Reglamento se establecieron múltiples disposiciones que permitían relajar dicho régimen. Por ejemplo, el Reglamento de Telecomunicaciones estableció que, de manera previa al inicio de operaciones los concesionarios tuvieran que obtener la aprobación de sus tarifas, pero esa regla no sería necesariamente aplicable a los permisionarios. Al respecto, dicho Reglamento establece que:

“Para iniciar la explotación de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, los concesionarios deberán obtener previamente de la Secretaría la aprobación provisional de las tarifas, o bases tarifarias, y sus reglas de aplicación correspondientes. Asimismo, esta disposición podrá ser aplicable a los permisionarios de servicios de telecomunicaciones al público, cuando la Secretaría así lo determine, dadas la naturaleza y la competencia restringida en la prestación del servicio de que se trate.”¹¹³

Solo en el caso de los servicios telefónicos básicos concesionados, el Reglamento de Telecomunicaciones opto por establecer las características específicas del sistema de control tarifario a nivel reglamento. Al respecto señaló: “La explotación comercial de los servicios públicos de telefonía básica que proporcionan las concesionarios por medio de la red pública telefónica, se realizará conforme a un control tarifario autorizado por la Secretaría, de acuerdo a las bases que se establecen en las condiciones de este capítulo.”¹¹⁴ Dichas bases señalan:

“Los cargos y tarifas del servicio público de telefonía básica a los que se les aplicará dicho control tarifario serán los siguientes:

- I. Cargos por instalación y conexión a la red pública telefónica de líneas terminales y troncales, para telefonía básica, para suscriptores residenciales y comerciales.
- II. Renta básica mensual por línea contratada, terminal o troncal, para servicio de telefonía básica, para suscriptores residenciales y

¹¹³ Artículo 76, Reglamento de Telecomunicaciones.

¹¹⁴ Artículo 137, primer párrafo, Reglamento de Telecomunicaciones.

- comerciales, que incluye un tiempo o número máximo de llamadas locales libres de cobro.
- III. Tarifas por el servicio público local para conferencias telefónicas, medidas por número de llamadas, duración y distancia, según la hora del día y día de la semana, para suscriptores residenciales y comerciales.
 - IV. Tarifas por el servicio público de larga distancia nacional para conferencias telefónicas, medidas por distancia y duración, según la clase de llamada, hora del día y día de la semana, para suscriptores residenciales y comerciales.
 - V. Tarifas por el servicio público de larga distancia internacional para conferencias telefónicas facturadas en México, medidas por duración según destino, clase de llamada, hora del día y día de la semana, para suscriptores residenciales y comerciales.”¹¹⁵

Además de lo anterior, aplicable específicamente al servicio público de telefonía básica, para la generalidad de los casos de servicios concesionados el Reglamento de Telecomunicaciones remitió al título de concesión la determinación de las condiciones tarifarias específicas aplicables a cada concesionario. Al respecto señaló que: “En las concesiones que otorgue la Secretaría para explotar redes y servicios públicos de telecomunicaciones se fijarán las bases para establecer las tarifas que aplicarán los concesionarios a los usuarios.”¹¹⁶ La manera en que se implementó la anterior disposición varió en los diferentes títulos de concesión y permitió que se diera mayor flexibilidad al régimen de control tarifario. Por ejemplo, la disposición del título de concesión aplicable a un operador de telefonía celular establece que: “LA CONCESIONARIA someterá para su aprobación a LA SECRETARIA las tarifas máximas de los servicios que preste, las cuales deberán ser competitivas a nivel internacional.”¹¹⁷ Además el título de concesión señala que “Si a juicio de LA SECRETARIA pudiere generarse competencia suficiente en alguno de los servicios que preste LA CONCESIONARIA, se podrá autorizar mayor flexibilidad en el control tarifario.”¹¹⁸

¹¹⁵ Artículo 137, segundo párrafo, Reglamento de Telecomunicaciones.

¹¹⁶ Artículo 128, Reglamento de Telecomunicaciones.

¹¹⁷ Condición 6-1, primer párrafo, Título de Concesión de Movitel del Noroeste.

¹¹⁸ Condición 6-1, segundo párrafo, Título de Concesión de Movitel del Noroeste.

Pero, sin duda alguna, el caso de régimen concesional de control tarifario más relevante fue que se incorporó en el Título de Concesión de Telmex, particularmente el relativo al “sistema de precios tope”¹¹⁹ que rige a la principal “canasta” de servicios telefónicos provistos por dicha empresa y sujetos a control tarifario.¹²⁰ Esta es la regulación tarifaria que se ha venido aplicando a Telmex desde su privatización. El elemento clave de este sistema de control tarifario es la obligación de Telmex de reducir constantemente sus tarifas telefónicas en términos reales (aunque esta disposición sólo comenzó a operar a partir de 1997). La disposición dice así:

“A partir de enero de 1997 y hasta el 31 de diciembre de 1998, "Telmex" se obliga a modificar la estructura de la tarifa de la canasta de servicios básicos de tal manera *que cada trimestre se reduzca 0 74% el ingreso tope obtenido por el total de los servicios* de la canasta. [...] A partir del 1o. de enero de 1999, se aplicará un sistema de precios tope definiendo el factor "X" de ajuste [esto es, de reducción tarifaria por productividad] que se revisará cada 4 años, conforme al procedimiento y metodología de costos incrementales indicados en [este título].”¹²¹

A pesar de que, como veremos en el siguiente apartado, la Ley Federal de Telecomunicaciones ha introducido una regla general de libertad tarifaria, el viejo régimen de control tarifario mantiene su vigencia. Dado que la entrada en vigor de la Ley Federal de Telecomunicaciones no eliminó las disposiciones tarifarias de la Ley

¹¹⁹ El sistema establecido en el capítulo 6 del Título de Concesión de Telmex fija un nivel máximo de ingresos a la canasta de servicios básicos controlados e incentiva al concesionario a trasladar las mejoras operativas a los usuarios a través de mejores tarifas. Ver Condición 6-2, párrafo quinto, Título de Concesión de Telmex.

¹²⁰ La canasta incluye el servicio local residencial y comercial, que a su vez se dividen en cargos de instalación por línea, renta básica por línea y servicio medido. Adicionalmente cubre los servicios residencial y comercial de larga distancia nacional e internacional. Ver Condición 6-3, inciso b), Título de Concesión de Telmex.

¹²¹ Condición 6-5, párrafos cuarto y sexto, Título de Concesión de Telmex.

de Vías y el Reglamento de Telecomunicaciones que no se le oponen¹²², y dado que la Ley Federal de Telecomunicaciones mantuvo en vigor las disposiciones tarifarias de los títulos de concesión emitidos con anterioridad¹²³, resulta que parte de las disposiciones de control tarifario de la vieja regulación –p. ej., las incorporadas en los títulos de concesión– siguen vigentes y en algunos casos, como el de Telmex, son las principales disposiciones tarifarias aplicadas hoy día.

Las *Reformas* del 11 de abril de 2006 no afectaron mayormente la cuestión tarifaria en materia de radiodifusión toda vez que la radio y televisión abiertas son –por definición– gratuitas para el público en general. No obstante, los radiodifusores comerciales sí cobran tarifas por la publicidad que transmiten y por el uso de su programación por terceros. En este sentido las excepciones a la libertad tarifaria establecidas en la Ley Federal de Telecomunicaciones (p. ej., las obligaciones tarifarias para concesionarios con poder de mercado) podrían resultar relevantes para los radiodifusores en el futuro.

C. La libertad tarifaria con excepciones en las telecomunicaciones mexicanas

a. La libertad tarifaria

A diferencia del régimen de control tarifario, la libertad tarifaria de los prestadores de servicios de telecomunicaciones tiene una trayectoria mucho más reciente que se remonta a algunas disposiciones del Reglamento de Telecomunicaciones y, sobre

¹²² Ver Transitorio Segundo, Ley Federal de Telecomunicaciones (que no deroga expresamente el artículo 50 de la Ley de Vías Generales de Comunicación). También Transitorio Tercero, Ley Federal de Telecomunicaciones (que mantiene la vigencia de las disposiciones del Reglamento de Telecomunicaciones que no se opongan a la Ley).

¹²³ Ver Transitorio Quinto, Ley Federal de Telecomunicaciones (que requiere que las concesiones y permisos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se respeten en sus términos y condiciones hasta su término).

todo, al artículo 60 de la Ley Federal de Telecomunicaciones. En el Reglamento los casos de libertad tarifaria constituyen excepciones al régimen dominante de control tarifario, mientras que en la Ley está se han convertido en la regla.

El Reglamento de Telecomunicaciones establece un régimen de libertad tarifaria para los permisionarios en general, y para algunos servicios prestados por concesionarios. Respecto al régimen de libertad tarifaria de los permisionarios el Reglamento señala que: “Las tarifas de los servicios de telecomunicaciones que no requieran concesión serán libremente establecidas por los proveedores del servicio respectivo.”¹²⁴ Pero incluso esta regla general de libertad tarifaria aplicable a permisionarios puede ser cambiada por una de control tarifario si la autoridad lo considera apropiado. El Reglamento señala: “En caso de que la Secretaría determine mediante un estudio que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria las bases tarifarias serán fijadas de acuerdo a los procedimientos y bases que se establezcan en sus permisos.”¹²⁵ Por lo que toca a los servicios prestados por concesionarios, el Reglamento sólo prevé la libertad tarifaria para el servicio de arrendamiento de circuitos privados.¹²⁶

Con la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones la institución de la libertad tarifaria avanzaría enormemente. La regla general de la Ley se establece en el artículo 60 que a la letra dice: “Los concesionarios y permisionarios fijarán libremente las tarifas de los servicios de telecomunicaciones en términos que

¹²⁴ Artículo 129, primer párrafo, Reglamento de Telecomunicaciones.

¹²⁵ Artículo 129, segundo párrafo, Reglamento de Telecomunicaciones.

¹²⁶ Al respecto señala que: “El arrendamiento de circuitos privados podrá operar en base de tarifas en competencia, debiendo registrar previamente a la iniciación de operaciones ante la Secretaría, la tarifa correspondiente e informar a la Secretaría con 15 días de anticipación, sobre las modificaciones y reestructuraciones que se efectúen a la misma con posterioridad.” Artículo 139, Reglamento de Telecomunicaciones.

permitan la prestación de dichos servicios en condiciones satisfactorias de calidad, competitividad, seguridad y permanencia.”

Bajo este régimen de libertad tarifaria de la Ley el único requisito general que subsiste es el de registrar las tarifas antes de aplicarlas. Al respecto el artículo 61 de la Ley señala que: “Las tarifas deberán registrarse ante la Secretaría previamente a su puesta en vigor.” Ante la ausencia de disposiciones legales concretas al respecto, la Comisión Federal de Telecomunicaciones expidió un Acuerdo en el que reguló el procedimiento para el registro de las tarifas de concesionarios y permisionarios.¹²⁷

Adicionalmente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte contiene una disposición que establece un régimen de libertad tarifaria todavía más amplio para el caso de los prestadores de servicios de valor agregado de los países miembros del Tratado. Estos prestadores de servicio ni siquiera necesitan registrar previamente sus tarifas. Al respecto el Tratado señala que: “Ninguna Parte exigirá a un prestador de servicios mejorados o de valor agregado: ... (b) justificar sus tarifas de acuerdo a sus costos; [/] (c) registrar una tarifa”.¹²⁸

b. Las excepciones a la libertad tarifaria

La principal excepción legal a la libertad tarifaria de los prestadores de servicios de telecomunicaciones es la aplicable a los concesionarios que tienen poder monopólico o de mercado, es decir, a aquellos que pueden elevar indiscriminadamente los precios, sin que sus usuarios puedan optar en la práctica por otros competidores. La disposición de la Ley señala que:

¹²⁷ Acuerdo por el que se establece el procedimiento para el registro de tarifas de los servicios de telecomunicaciones, al amparo de la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de noviembre de 1996.

¹²⁸ Artículo 1303, párrafo 2, Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

“La Secretaría estará facultada para establecer al concesionario de redes públicas de telecomunicaciones, que tenga poder sustancial en el mercado relevante de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica, *obligaciones específicas relacionadas con tarifas*, calidad de servicio e información.[/] La regulación tarifaria que se aplique buscará que las tarifas de cada servicio, capacidad o función, incluyendo las de interconexión, permitan recuperar, al menos, el costo incremental promedio de largo plazo.”¹²⁹

Al amparo de la anterior disposición la Comisión Federal de Telecomunicaciones buscó imponer una regulación tarifaria al operador telefónico dominante a través de un proceso que resultó particularmente lento y engorroso. La Comisión Federal de Telecomunicaciones emitió la regulación de dominancia de Telmex en septiembre de 2000¹³⁰, casi tres años después de que la Comisión Federal de Competencia declaró a esa empresa dominante en varios mercados de telecomunicaciones (el 4 de diciembre de 1997). Pero la regulación de dominancia de Telmex habría de acabar anulada un año y medio después (el 12 de julio 2002) como resultado de una impugnación judicial exitosa realizada por Telmex.¹³¹ En suma, el procedimiento para establecer esta regulación tarifaria que contrarrestara el poder de mercado de

¹²⁹ Artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

¹³⁰ Ver Resolución Administrativa por la que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes por conducto de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, establece a Teléfonos de México, S.A. de C.V., obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información, en su carácter de concesionario de una red pública de telecomunicaciones con poder sustancial en cinco mercados relevantes, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 12 de septiembre de 2000.

¹³¹ Ver Resolución Administrativa por la que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, por conducto de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, en estricto cumplimiento a la sentencia de fecha 11 de mayo de 2001 del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y de acuerdo a lo ordenado por dicho Tribunal Colegiado mediante resolución del 27 de mayo de 2002, deja sin efectos la diversa por la que se establecieron a Teléfonos de México, S.A. de C.V., obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información, así como distintos actos relacionados con la misma, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 12 de julio de 2002.

Telmex tomó casi cinco años y acabó siendo anulado por los tribunales.¹³² Si bien la Cofeco reinició el procedimiento el precedente de fracaso no augura buenas perspectivas de éxito a la autoridad.

El fracaso de la regulación de las tarifas de Telmex sugiere un serio problema de efectividad de una parte crucial de la nueva regulación tarifaria, particularmente de las disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones que permiten regular las tarifas de los operadores con poder de mercado. En la práctica, para las autoridades del sector telecomunicaciones, ha sido muy difícil imponer las obligaciones específicas de tarifas al operador telefónico dominante por lo que han tenido que recurrir a la vieja regulación basada en el régimen de control tarifario del título de concesión de Telmex. Así, el régimen de control tarifario de viejo cuño subsiste como resultado de las imprecisiones legales, pero también por la necesidad administrativa de compensar la poca eficacia práctica de la nueva regulación, con la relativa seguridad y efectividad de las viejas normas.

4. Del servicio público tradicional al servicio universal

A. El servicio público y el servicio universal: dos instituciones expansivas

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

El servicio público es una institución fundamental del derecho administrativo continental. Fruto de las ideas de los juristas franceses Leon Duguit y Gaston Jeze,

¹³² Este tema se trata con mayor detenimiento en el Capítulo Quinto de esta disertación.

y desarrollado por la jurisprudencia y la legislación francesas, el servicio público se volvió una pieza fundamental del derecho administrativo y de la vida pública francesa.¹³³ La aparición de la institución del servicio público produjo una revolución copernicana en el derecho público europeo. Bajo esta doctrina, las potestades extraordinarias del Estado dejaron de fundarse en su autoridad soberana, y pasaron a justificarse en el servicio prestado a los individuos.¹³⁴

Con el paso del tiempo, la institución administrativa del servicio público fue “recibida” por otros sistemas legales afines al francés como el español y el mexicano, incorporándose también a su doctrina, legislación y jurisprudencia.¹³⁵ Hoy día pueden distinguirse diversos conceptos del servicio público en diferentes sistemas jurídicos, pero entre estos se observa una afinidad general indudable¹³⁶,

¹³³ Para un recuento relativamente reciente de la trayectoria del servicio público en Francia, ver FOURNIER, Jacques, *Les services publics. Analyses et réflexions*, Paris, Francia, ART, mimeo, mayo 2001, 16 pp. Disponible en línea en http://www.vie-publique.fr/dossier_polpublic/regulation_sp/fournier.shtml (liga válida al 29 de enero de 2004).

¹³⁴ Ver PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto de derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 83-94.

¹³⁵ Un recuento de la recepción del servicio público en Europa con énfasis especial en el caso del sistema jurídico español, puede consultarse en MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio público y mercado. I. Los Fundamentos*, Madrid, Ed. Civitas, 1998, pp. 43-137. Un recuento de la recepción del servicio público en México puede encontrarse en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo (Servicios públicos)*, México, Ed. Porrúa, 1995, pp. 24-30.

¹³⁶ En el derecho francés el servicio público es “toda actividad destinada a satisfacer una necesidad de interés general y que, por lo tanto, debe ser garantizada o controlada por la Administración...” (voz “Service public”, en GUILLIEN, Raymond y Jean VINCENT (Dirs.), *Lexique de termes juridiques*, 4a ed., Paris, Dalloz, 1978, p. 354, traducción del original en francés por el autor). En el derecho español se trata de aquella “modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de manera directa por órganos de la propia Administración creadas al efecto y con exclusión o en concurrencia de los particulares” (voz, “Servicio público”, en FUNDACIÓN TOMÁS MORO, *Diccionario Espasa Jurídico*, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1998, p. 912). Finalmente, en el derecho mexicano se trata de una “institución jurídico-administrativa en la que el titular es el Estado y cuya única finalidad consiste en satisfacer de una manera regular, continua y uniforme necesidades públicas de carácter esencial, básico o fundamental” (Voz “Servicio Público” en *Diccionario Jurídico*

no muy lejana de la concepción que la doctrina francesa maduró inicialmente, conforme a la cual, en palabras de Gastón Jeze:

“Decir que en un determinado caso existe un servicio público, es decir que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, existe un régimen jurídico especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y los reglamentos.”¹³⁷

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

A diferencia del “servicio público” que llegó a América desde Europa, el “servicio universal” recorrió un camino inverso, se expandió desde América a Europa. El concepto se desarrolló a lo largo del siglo XX en Estados Unidos vinculado a la regulación de las telecomunicaciones. En su trayectoria histórica el servicio universal tuvo varios significados diferentes, siendo inicialmente utilizado para justificar el monopolio telefónico de ATT¹³⁸ o los subsidios cruzados al interior de

Mexicano, Tomo P-Z, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Ed. Porrúa, 1998, p. 2,906).

¹³⁷ Gastón Jeze, citado en PAREJO ALFONSO, Luciano, op. cit., p. 91 (traducción del original en francés de Carlos García Oviedo).

¹³⁸ El lema de la campaña de ATT: “un solo sistema, servicio universal” recoge este significado inicial justificador de una integración industrial monopólica. Ver MUELLER, Jr., Milton, *Universal Service: Competition, Interconnection, and Monopoly in the Making of the American Telephone System*, Boston, Mass., MIT Press y AEI Press, 1997, p. 191.

ATT entre tipos de servicio telefónico, usuarios y regiones.¹³⁹ A fines del siglo XX, y particularmente con la reforma a la Ley de Telecomunicaciones de 1996, el servicio universal estadounidense se ubicó en su significado actual, como un mínimo de servicios de telecomunicaciones accesibles a los habitantes y cuyo contenido específico es definido y revisado periódicamente y a la alza.¹⁴⁰ Pero la institución estadounidense del servicio universal, no se limitó a definir un objetivo, sino que lo acompañó con los indispensables “dientes”. Por ello, los estadounidenses establecieron en la referida ley una obligación de financiamiento del servicio universal a cargo de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.¹⁴¹ Asimismo, las autoridades administrativas introdujeron un elemento crucial para el desarrollo futuro de la institución del servicio universal: la neutralidad competitiva.¹⁴²

A la par que la competencia se fue extendiendo en los sectores de las telecomunicaciones alrededor del mundo, la institución del servicio universal

¹³⁹ De acuerdo a Thomas G. Krattenmaker el “servicio universal se convirtió en el término utilizado para describir y justificar la práctica de subsidiar a los residentes de zonas apartadas o poco pobladas a través del cobro de tarifas muy por arriba de costos a los residentes de zonas urbanas y a los usuarios de rutas de uso intenso.” KRATTENMAKER, Thomas G., *Telecommunications law and policy*, 2ª ed., Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 1998, p. 352 (traducción del original en inglés por el autor).

¹⁴⁰ En ese tenor, la sección 254 de la Ley de Telecomunicaciones de 1996 de Estados Unidos definió al servicio universal como: “un nivel de servicios de telecomunicaciones que la Comisión [Federal de Comunicaciones] establecerá periódicamente... tomando en cuenta los avances en los servicios y tecnologías de información y telecomunicaciones.” Section 254 (c) (1), *Telecommunications Act of 1996* (traducción del original en inglés por el autor).

¹⁴¹ “Todos los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberían contribuir de manera equitativa y no discriminatoria, a la preservación y desarrollo del servicio universal.” Section 254 (b) (4), *Telecommunications Act of 1996* (traducción del original en inglés por el autor).

¹⁴² Curiosamente este elemento no fue producto de la Ley estadounidense de 1996, sino de una recomendación del Consejo Conjunto sobre Servicio Universal (*Joint Board on Universal Service*), aceptada por el regulador estadounidense. Ver KRATTENMAKER, Thomas, op. cit., p. 465.

encontró eco en la normatividad de otros países¹⁴³, en los instrumentos internacionales de la Comunidad Europea¹⁴⁴, en los de la Organización Mundial del Comercio, y en los documentos y recomendaciones de organismos internacionales especializados en la materia.¹⁴⁵

B. *El servicio público en las telecomunicaciones mexicanas*

En el sector mexicano de las telecomunicaciones, la institución administrativa del servicio público puede válidamente ser caracterizada como errática e impropia. “Errática” porque la consideración de unos u otros servicios de telecomunicaciones como públicos varió constantemente a lo largo del siglo XX. “Impropia” porque aunque los servicios de telecomunicaciones han sido regulados como servicios públicos, la normatividad aplicable a los mismos exhibe serias deficiencias y no resulta claro que siempre hayan cumplido –o cumplan hoy día– con los requisitos que la Constitución mexicana requiere para considerar válidamente a determinados servicios como públicos.¹⁴⁶ La revisión de la trayectoria del servicio público en la normatividad mexicana de las telecomunicaciones evidencia lo anterior.

¹⁴³ Ver CARRIL, Héctor Mario (coord.) y Graciela MEALLA (redactora), *El servicio universal en las Américas*, Washington, Comisión Interamericana de Telecomunicaciones, febrero de 200, 354 pp.

¹⁴⁴ Una buena recopilación de las Directivas (y otras normas) de la Comunidad Europea en materia de telecomunicaciones (hasta 1998), incluyendo un buen índice que refiere sus referencias al servicio universal puede consultarse en WATSON, Christopher y Tom WHEADON (ambos del despacho jurídico Simmons & Simmons), *Telecommunications. The EU Law*, Bembridge, Reino Unido, Palladian Law Publishing, 1999, 448 pp.

¹⁴⁵ Ver UIT, Unión Internacional de Telecomunicaciones, *Informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones 1998. Acceso Universal*, Ginebra, UIT, 1998.

¹⁴⁶ La denominación “servicios públicos impropios” es utilizada por parte de la doctrina para referirse a aquellos servicios que, si bien exhiben muchos de los rasgos característicos de los servicios públicos, no cumplen cabalmente con los requisitos para ser considerados “servicios públicos” (p. ej., por no ser prestados o concedidos directamente por el Estado). Ver FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, op. cit., pp. 88-90 (que retoma este concepto de administrativistas como Arnaldo de Valles y Rafael Bielsa).

Hasta antes de la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones en 1995, el único fundamento legal de la regulación del sector telecomunicaciones se encontraba en las diversas leyes de vías generales de comunicación.¹⁴⁷ La última de esas –la Ley de Vías Generales de Comunicación de 1940 (en lo sucesivo Ley de Vías)– sigue vigente y sigue siendo aplicable a los servicios de telecomunicaciones en México.¹⁴⁸ La Ley de Vías utiliza y regula la categoría de servicios públicos, pero no la define, ni establece claramente su relación con las demás categorías de servicios consideradas en la Ley.¹⁴⁹ Para un estudioso de la Ley de Vías los “servicios públicos” pueden considerarse incluidos dentro de la más amplia categoría de “servicios conexos a vías generales de comunicación”.¹⁵⁰ Para otro estudioso del derecho mexicano de las telecomunicaciones las vías de comunicación mismas se identifican con los “servicios públicos”.¹⁵¹ Esta última interpretación fue eventualmente desautorizada por la jurisprudencia.¹⁵²

¹⁴⁷ Con base en las facultades que la Constitución mexicana de 1917 otorga al Congreso federal para legislar en materia de vías generales de comunicación se han expedido sucesivamente las siguientes leyes de vías generales de comunicación: la de 29 de agosto de 1931, la del 28 de septiembre de 1932, y la del 19 de febrero de 1940.

¹⁴⁸ Ver art. 8, fr. I, de la Ley Federal de Telecomunicaciones. También Transitorio Segundo, frs. I y III, de la misma ley.

¹⁴⁹ Ya en 1984 Miguel Orrico Alarcón se quejaba del “desorden existente en materia de servicios relacionados con las vías generales de comunicación.” Al respecto señalaba que “[n]o existe doctrina ni criterio alguno que establezca una diferencia entre los servicios a los que aluden la Ley de Vías Generales de Comunicación y otros ordenamientos legales en vigor. Los dispositivos legales se concretan a enunciar los términos auxiliares o conexos sin formar catálogo alguno de ellos.” ORRICO ALARCÓN, Miguel, *Los transportes y las comunicaciones en el derecho mexicano*, México D. F., Secretaría de Comunicaciones y Transportes, 1984, p. 46.

¹⁵⁰ De acuerdo a Orrico Alarcón, “la ley [i.e., la Ley de Vías] sólo debe interpretarse en función de dos tipos de servicios; los auxiliares que forman parte de la vía y los conexos, que incluye a los principales [i.e., los servicios públicos].” ORRICO ALARCÓN, Miguel, op. cit., p. 47.

¹⁵¹ La idea de que las vías generales de comunicación son servicios públicos encuentra respaldo en la exposición de motivos de la Ley de Vías Generales de Comunicación de 1939, que señaló como “principal objetivo” de la misma “hacer que las vías generales de comunicación se exploten

El traslape entre tipos de servicios y la falta de claridad sobre cuales servicios deben ser considerados públicos conforme a la Ley de Vías se incrementa por la multiplicidad de ordenamientos administrativos que, con anterioridad a la emisión del Reglamento de Telecomunicaciones de 1990, y sin ninguna referencia a las principales categorías regulatorias de la Ley de Vías, declararon “públicos” a diversos servicios de telecomunicaciones como al “servicio de giros telegráficos nacionales e internacionales”¹⁵³, al “servicio telefónico móvil”¹⁵⁴, al “servicio público de procesamiento remoto de datos”¹⁵⁵, y al “servicio público telefónico”¹⁵⁶. La falta de claridad en la relación entre la normatividad administrativa y la Ley de Vías se vio también reflejada en la doctrina que analizó la aplicación de dicha Ley. En 1984 Miguel Orrico Alarcón se refiere al servicio de procesamiento remoto de datos, al Telex y a las radioayudas para la navegación aeronáutica como servicios

como verdaderos servicios públicos, es decir, actividades técnicas prestadas de manera regular y continua para la satisfacción de necesidades generales.” Citada en FERNÁNDEZ, José Luis, *Derecho de la radiodifusión*, México D.F., Ed. Olimpo, 1960, p. 160. José Luis Fernández compartía la idea referida en dicha exposición de motivos.

¹⁵² Ver Vías Generales de Comunicación, Ley de. Servicio Público.- (Apéndice de 1995, Tomo III, Parte HO, Segunda Sala, tesis de jurisprudencia núm. 1093).

¹⁵³ Considerado Cuarto, Reglamento del Servicio de Giros Telegráficos Nacionales e Internacionales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1962.

¹⁵⁴ Considerando Tercero, Acuerdo que señala que la operación de los sistemas telefónicos móviles deberán ser duplex, y el servicio ser proporcionado con privacidad y llamada selectiva, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1976.

¹⁵⁵ Artículo Primero, inciso c, Acuerdo que regula el establecimiento y operación de los sistemas de transmisión de señales de datos y su procesamiento, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de febrero de 1981.

¹⁵⁶ El “Título de concesión que se otorga a la empresa de participación estatal denominada Teléfonos de México S.A.” del 10 de marzo de 1976, fue para “construir, operar y explotar una red de *servicio público* telefónico” (Título de Telmex de 1976). Este título sustituyó los contratos de concesión anteriores de las compañías Mexicana y Ericsson.

públicos.¹⁵⁷ Adicionalmente el autor consideraba servicios públicos concesionables, entre otros, a los servicios de “televisión por cable”, “localización de personas”, y “música continua”.¹⁵⁸

Con la expedición del Reglamento de Telecomunicaciones en 1990, se da la consagración de la institución jurídica del servicio público en el sector telecomunicaciones.¹⁵⁹ Dicho ordenamiento señaló de manera expresa el carácter de servicio público de varios servicios de telecomunicaciones, incluyendo a los siguientes: telegrafía, telefonía básica, comunicación nacional por satélite, conducción de señales por satélite, radiocomunicación móvil terrestre, radiocomunicación móvil marítima, aeronáutica, radiotelefonía móvil con tecnología celular y convencional, radiolocalización móvil de personas, radiocomunicación móvil especializada con tecnología de frecuencias portadoras compartidas, radionavegación aeronáutica, radionavegación marina, radiolocalización de objetos y personas, y comunicación de larga distancia nacional o internacional.¹⁶⁰

No obstante el fuerte uso que el Reglamento de 1990 hace de la institución administrativa del servicio público, el Ejecutivo que lo expidió omitió subsanar un problema jurídico fundamental: la falta de fundamento legal expreso para el servicio público en el sector telecomunicaciones. Lo anterior no obstante que la reserva de ley en esta materia había sido introducida expresamente en la Constitución desde 1983¹⁶¹, y no obstante que la Ley de Vías Generales de Comunicación que constituyó el fundamento legal del Reglamento de 1990 solo contenía vagas

¹⁵⁷ ORRICO ALARCÓN, Miguel, op. cit., pp. 204-5.

¹⁵⁸ Idem., pp.204-6.

¹⁵⁹ Reglamento de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de octubre de 1990.

¹⁶⁰ Ver art. 2, fr. II, V, § quinto, noveno y § décimo tercero, Reglamento de Telecomunicaciones. También art. 5, fr. II, art. 110 frs. II y III, y Transitorio Segundo del mismo Reglamento.

¹⁶¹ El 3 de febrero de 1983 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma que introdujo en el artículo 28 de la Constitución el texto: “La sujeción a regimenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.”

disposiciones respecto a servicios públicos y que no se refería ningún servicio de telecomunicaciones en específico como concesionable.

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

A pesar de la evidente despublificación observada en algunos aspectos de la Ley de 1995 (y referida en los anteriores dos párrafos), la preservación misma de la figura de la concesión como título habilitante para explotar redes de telecomunicaciones es sintomática de la subsistencia de la institución del servicio público tradicional en la legislación mexicana de las telecomunicaciones. A decir del administrativista español Juan José Montero Pascual, en México: “La exigencia de concesión como título habilitante para instalar y operar redes públicas de telecomunicación supone la pervivencia de la institución del servicio público”.¹⁶²

Pero no es sólo la utilización de la figura de la concesión lo que revela la continuidad (jurídicamente irregular) del servicio público en el sector

¹⁶² MONTERO PASCUAL, Juan José, “Una aproximación a la regulación del sector de las telecomunicaciones en México”, *Revista de Derecho Privado*, Año. 9, núm. 27, septiembre-diciembre 1998, p. 178.

telecomunicaciones. La revisión de las condiciones de los títulos de concesión y de los permisos otorgados con posterioridad a la Ley del 1995 muestra que la regulación característica del servicio público ha subsistido en el sector telecomunicaciones.¹⁶³

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

¹⁶³ Así, por ejemplo, en varios títulos de concesión de redes públicas que prestan el servicio de telefonía inalámbrica, el concesionario “se obliga a prestar los servicios [...] *en forma continua y eficiente*”, a “poner a disposición de la Comisión [...] un plan de acciones para *prevenir la interrupción de los servicios*”, y a “*atender toda solicitud de servicio* que se encuentre dentro de su área de cobertura, donde tenga señal de calidad aceptable conforme a las normas establecidas”. Condiciones 2.1., 2.7, y A.8.1. en el Título de Concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones, otorgado en favor de Telefonía Inalámbrica del Norte, S.A. de C.V. publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 1999.

C. *El servicio universal en las telecomunicaciones mexicanas*

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

El primer instrumento normativo interno que incorporó expresamente al servicio universal en materia de telecomunicaciones en nuestro país fue el Título de Concesión de Teléfonos de México, S.A. de C.V. de 1990 (en lo sucesivo el Título de Telmex de 1990). En dicho título se define al “servicio universal” como el objetivo consistente en:

“lograr que en el menor plazo posible cualquier persona pueda tener acceso al servicio telefónico básico, en su modalidad de caseta telefónica pública o de servicio domiciliario.”¹⁶⁴

El objetivo de “servicio universal” incorporado en el Título de Telmex de 1990 se sujetó expresamente a diversas condiciones y obligaciones.¹⁶⁵ Entre las obligaciones más importantes se encontraba expandir el número de líneas del servicio telefónico básico en operación a una tasa promedio de 12% anual hasta fin de 1994¹⁶⁶, y ofrecer el servicio telefónico a través de caseta pública o agencia de servicio de larga distancia en todas las poblaciones del país con más de 500 habitantes antes de diciembre de 1994.¹⁶⁷ A partir de 1994 dos fueron las

¹⁶⁴ Condición 3-1, párr. primero, Modificación al Título de Concesión de Teléfonos de México, S.A. de C.V., 10 de agosto de 1990 (Título de Telmex de 1990).

¹⁶⁵ Por ejemplo, se señaló que Telmex “avanzará hacia ese objetivo de servicio universal, de acuerdo a su capacidad financiera, la demanda por servicios telefónicos, y conforme a los programas [de expansión y modernización] que concierte con la ‘Secretaría’ [de Comunicaciones y Transportes]”. Condición 3-1, párr. segundo, Título de Telmex de 1990.

¹⁶⁶ Condición 3-2, párr. segundo, Título de Telmex de 1990.

¹⁶⁷ Condición 3-4, párr. tercero, Título de Telmex de 1990.

principales obligaciones de servicio universal que Telmex debió cumplir. Primero, ofrecer el servicio de telefonía rural en poblaciones en las cuales pueda recuperar al menos el 75% de los costos de instalar y mantener operando el servicio a partir de 1995. Segundo, aumentar la densidad de telefonía pública a cinco casetas por cada mil habitantes para diciembre de 1998¹⁶⁸, es decir, instalar aproximadamente 500,000 teléfonos públicos para dicha fecha.

Después de 1998 las obligaciones de servicio universal del título de Telmex se volvieron más débiles y quedaron vinculadas a los programas que la empresa *pactara* con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Como es natural, al requerirse el consentimiento de Telmex para definir los contenidos de estos programas, a partir de 1998 se debilitó significativamente lo que el gobierno puede exigir de la principal empresa telefónica del país en materia de cobertura social. El fin de la etapa de obligaciones fuertes de Telmex en materia de telefonía pública y rural coincidió con los primeros años de inicio de la competencia telefónica¹⁶⁹ y con el inicio de la regulación que obligó a Telmex a congelar tarifas y transferir ganancias de productividad a sus usuarios.¹⁷⁰

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

¹⁶⁸ Condición 3-5, párr. segundo, Título de Telmex de 1990.

¹⁶⁹ Misma que inició en el servicio telefónico de larga distancia en enero de 1997.

¹⁷⁰ Misma que inició formalmente en 1997, aunque solo comenzó a ser evidente para los usuarios a partir del año 2000.

nacional, con el propósito de que exista acceso a las redes públicas de telecomunicaciones para la atención de servicios públicos y sociales, de las unidades de producción y de la población en general.”¹⁷¹

Una vez establecido el objetivo de servicio universal mexicano, la Ley de 1995 establece la obligación de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de elaborar “los programas de cobertura social y rural”. En la elaboración de dichos programas, la referida Secretaría debe tomar “en cuenta las propuestas de los gobiernos de las entidades federativas, de los concesionarios de redes públicas de telecomunicación y otras partes interesadas”. Dichos programas, dice el artículo 50, “podrán ser ejecutados por cualquier concesionario”. Los programas de cobertura social y rural son, pues, el medio expresamente contemplado en la Ley de 1995 para la realización de los objetivos de servicio universal. Sin embargo al regular la elaboración de los programas de cobertura social y rural el artículo 50 de la Ley de 1995 no estableció ninguna obligación fuerte del Estado o de los prestadores de servicios de contribuir al financiamiento, situación que ha probado ser fatal en la aplicación de la norma puesto que ha ocasionado que se inviertan pocos recursos. Además, en la Ley de 1995 no se tocaron los otros temas cruciales del servicio universal, los relativos a su definición precisa y evolutiva, al pago del déficit de acceso, a la transparencia en su operación, y a la preservación de la equidad competitiva.

No obstante las limitaciones de la Ley de 1995, la normatividad mexicana dio un importante paso en la dirección del servicio universal moderno al adoptar el Cuarto Protocolo del Anexo sobre Telecomunicaciones Básicas del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (en lo sucesivo Documento de Referencia de la OMC).¹⁷²

¹⁷¹ Art. 50, primer párrafo, Ley Federal de Telecomunicaciones.

¹⁷² El Documento de Referencia se encuentra incorporado la propuesta de Lista de Compromisos Específicos anexa al Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, S/L/20, del 30 de abril de 1996. La aceptación del Documento de Referencia por México consta en México. Lista de compromisos específicos. Suplemento 2., GATS/SC/56/Suppl.2, del 11 de abril de

Al suscribir esta norma internacional en 1997, México introdujo en su normativa varios de los principios básicos del servicio universal moderno. La disposición relevante del Documento de Referencia de la OMC establece lo siguiente:

“Servicio Universal. Cualquier miembro tiene el derecho de definir la clase de obligación de servicio universal que desee mantener. Tales obligaciones no serán consideradas como anticompetitivas *per se*, con tal de que sean administradas de manera transparente, no discriminatoria y de forma competitivamente neutral y no sean más gravosas que lo necesario para el tipo de servicio universal definido por el miembro.”¹⁷³

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

La principal aportación del Documento de Referencia de la OMC consistió en incorporar al derecho mexicano de las telecomunicaciones dos de las características fundamentales de la concepción moderna del servicio universal: neutralidad competitiva y transparencia. Por otra parte, en el primer caso en que fue

1997 (Que a la letra dice: “México adopta las obligaciones contenidas en el documento de referencia anexo a la presente.”).

¹⁷³ Numeral 3, Compromisos Adicionales de los Miembros, Cuarto Protocolo, Anexo sobre Telecomunicaciones Básicas, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (en adelante Documento de Referencia de la OMC).

aplicado a México¹⁷⁴, el Documento de Referencia de la OMC mostró ser efectivo en obligar a las autoridades administrativas mexicanas a cambiar la regulación interna para ajustarla a los principios procompetitivos acordados a nivel internacional.¹⁷⁵ En ese sentido –y guardando las diferencias en las respectivas proporciones– la normatividad internacional de la OMC pareciera estar jugando sobre la regulación interna mexicana del sector telecomunicaciones, un papel de presión similar al que las normas comunitarias tuvieron sobre las normas internas de los países europeos.

La cuarta y última muestra de la incorporación de la institución del servicio universal a la normatividad mexicana, fue la creación de un modesto fondo de servicio universal, por virtud de una disposición transitoria del presupuesto federal para el 2002.¹⁷⁶ Su denominación asignada fue “Fondo de Cobertura Social de Telecomunicaciones”.¹⁷⁷ El objetivo que se le dio fue el de “incrementar la cobertura, penetración y diversidad de servicios de telecomunicaciones entre la población de escasos recursos del medio rural y urbano”.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Organización Mundial del Comercio, *México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones, Informe del Grupo Especial, WT/DS204/R*, 2 de abril de 2004, 304 pp.

¹⁷⁵ Ver “México y los Estados Unidos alcanzan un acuerdo para resolver controversia sobre telecomunicaciones”, Boletín de Prensa No. 63, Secretaría de Economía, 1 de junio de 2004 (en el que el gobierno mexicano de cuenta de un acuerdo con el gobierno de Estados Unidos que “implementa las recomendaciones del Grupo Especial [de la OMC] contenidas en el informe emitido el 2 de abril de 2004, y que han sido adoptadas el día de hoy”). Las principales modificaciones regulatorias realizadas por México para dar cumplimiento al fallo de la OMC se reflejaron en las Reglas de Telecomunicaciones Internacionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2004.

¹⁷⁶ Transitorio Décimo Noveno, Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2002, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 2001 (en lo sucesivo Presupuesto 2002).

¹⁷⁷ Transitorio Décimo Noveno, Párrafo Primero, Presupuesto 2002.

¹⁷⁸ Id.

La Cámara de Diputados asignó a este fondo recursos presupuestales por \$750 millones de pesos, monto que no podía ser modificado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.¹⁷⁹ Las Reglas de Operación del fideicomiso que administra el Fondo y los Mecanismos de Asignación de los recursos correspondientes se publicaron más de un año después del plazo establecido para su formulación y aprobación en el Presupuesto federal del 2002.¹⁸⁰

Aunque los Mecanismos de Asignación del Fondo de Cobertura Social contienen varios elementos dignos de interés¹⁸¹, quizá aspecto más importante de la nueva regulación consista en que dichos Mecanismos adoptan un diseño que retoma conceptos compatibles con la normatividad internacional aplicable, incluyendo los de transparencia y neutralidad competitiva en materia de servicio universal por el Documento de Referencia de la OMC. Al respecto los Mecanismos señalan que: “Los Proyectos de Cobertura Social que se incluyan en el Programa Anual de Cobertura Social serán adjudicados cumpliendo con las leyes y reglamentos aplicables y mediante procedimientos transparentes, neutrales competitivamente y no discriminatorios.”¹⁸²

¹⁷⁹ Transitorio Décimo Noveno, Párrafos Primero y Quinto, Presupuesto 2002. Sin embargo, se previó que los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios, los concesionarios y permisionarios de telecomunicaciones, así como cualquier otra persona física o moral, pudiera hacer aportaciones adicionales al Fondo. Ver Párrafo Tercero, Id.

¹⁸⁰ Acuerdo mediante el cual se aprueban las Reglas de Integración y Operación del Comité Técnico y los Mecanismos para la Asignación y Distribución Eficaz, Eficiente, Justa y Transparente de Recursos, del Fideicomiso del Fondo de Cobertura Social de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 12 de mayo de 2003 (en lo sucesivo Reglas de Operación y Mecanismos de Asignación del Fondo, respectivamente).

¹⁸¹ Ver Capítulo IV, incisos b, c y d, Mecanismos de Asignación del Fondo. También Capítulo V, tercer párrafo, incisos a, b y c, de los citados Mecanismos.

¹⁸² Capítulo VI, Mecanismos de Asignación del Fondo.

La figura del Fondo de Cobertura Social de Telecomunicaciones representa una adición institucional saludable para el sector, pero su efecto es significativamente marginal habida cuenta de que los primeros recursos disponibles en el Fondo fueron aplicados con un retraso de tres años y medio. La primera licitación pública para asignar los recursos (los 835 millones de pesos con que contaba el fondo a fines de 2004) finalmente inicio en 2004.¹⁸³ Una segunda licitación tendría lugar un año y medio después. Como resultado de las licitaciones referidas, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes otorgó los títulos de concesión a Teléfonos de México (empresa ganadora de las licitaciones del Fondo de Cobertura Social) para desarrollar los programas de cobertura social el 6 de abril de 2005 y el 29 de noviembre de 2006.¹⁸⁴ Conforme a los términos de la primera concesión Telmex estuvo obligado a prestar el servicio de telefonía local y de larga distancia tipo residencial y a través de caseta pública en vivienda y caseta en vía pública en 1,881 localidades; asimismo debió prestar los servicios de transmisión de datos y acceso a Internet en 3,930 localidades.¹⁸⁵ Conforme a los términos de la segunda concesión Telmex estuvo obligado a prestar el servicio de telefonía local y de larga distancia tipo residencial y a través de caseta pública en vivienda y caseta en vía pública en 2,171 y 5,054 otras localidades; asimismo debió prestar los servicios de transmisión de datos y acceso a Internet en 7,225 localidades.¹⁸⁶ A pesar de

¹⁸³ Ver GUADARRAMA H., José de Jesús, "Teléfónicas, listas para llevar servicios a comunidades rurales", *El Financiero*, 9 de noviembre de 2004, p. 12 (que daba cuenta del avanzado estado de la licitación de los recursos del Fondo –aportación inicial de 750 millones más los intereses acumulados- hacia fines del 2004).

¹⁸⁴ Aunque sus extractos fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2005 y el 26 de enero de 2007, respectivamente.

¹⁸⁵ Ver numerales A.2.2. a A.2.4. en Extracto del Título de Concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones, otorgado en favor de Teléfonos de México, S.A. de C.V. publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2005.

¹⁸⁶ Ver numerales A.2.1 a A.2.4 en Extracto del Título de Concesión para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para usos determinados en los Estados Unidos Mexicanos, otorgado en favor de Teléfonos de México, S.A. de C.V. publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de enero de 2007.

algunas evidentes mejoras en el proceso y concepción de los programas de servicio universal que el Fondo introdujo en la normatividad mexicana, su impacto en el conjunto de una política de servicio universal sigue siendo marginal e incipiente, y apenas comienza a revertir los siete años (entre 1998 y 2005) que transcurrieron entre el vencimiento de las obligaciones contempladas en el título de concesión de Telmex y la primera licitación de cobertura social realizada por el gobierno.

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

Las *Reformas de la Radiodifusión* del 11 de abril de 2006 no impactaron mayormente los temas de servicio público y servicio universal (ausentes en el contenido de tales *Reformas*). Desde la expedición de la Ley Federal de Radio y Televisión la radiodifusión no ha sido considerada un servicio público.¹⁸⁷ Lo anterior no se debió a que la radiodifusión no sea un servicio de gran importancia social –de tanta importancia como la telefonía–, cuya universalización sea considerada un objetivo importante de política pública. Quizá la gran cobertura alcanzada por la radio y televisión abiertas en México haya ocasionado que el objetivo de servicio universal en materia de radiodifusión se haya dado por sentado. No obstante, con la introducción de la política regulatoria de transición a la televisión digital por la SCT

¹⁸⁷ Ver FERNÁNDEZ, José Luis, op. cit., p. 160.

se ha comenzado a replantear la cuestión.¹⁸⁸ Al menos en una de las Iniciativas de reforma legal presentadas en 2006 (la *Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna*) ya figura esta preocupación.¹⁸⁹

5. *Del regulador político a la entidad reguladora independiente*

La idea de sustituir el esquema de regulación basado en una autoridad estrechamente sujeta al control político del Ejecutivo, por un esquema en el cual el principal regulador es una autoridad autónoma o independiente fue una idea incubada en la experiencia histórica y administrativa estadounidense y europea. Pero también se trató de una idea fortalecida por la teoría económica de la captura regulatoria.

En cualquier caso la institución del ente regulador independiente ha ido siendo adoptada en mayor o menor grado por diversos países del mundo y ha sido incorporada a la normatividad mexicana a través del paulatino desarrollo de organismos constitucionales autónomos, así como de órganos desconcentrados y otros órganos reguladores a los que se ha dotado de ciertas características institucionales para garantizar su independencia. En varias áreas de la regulación industrial mexicana el desarrollo de las entidades reguladoras ha seguido vías jurídicamente impropias e irregulares, fundamentalmente a través de la creación de órganos desconcentrados a los cuales se les transfieren facultades reguladoras y a los que se aísla parcialmente de la influencia y control de sus superiores jerárquicos en la Administración Pública. En las telecomunicaciones mexicanas, la figura de la entidad reguladora independiente ha ido incorporándose desde un inicio tímido a partir de la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones, y ha avanzado con la aceptación del Documento de Referencia sobre telecomunicaciones básicas en la Organización Mundial del Comercio, así como con las *Reformas* legales del 11

¹⁸⁸ Ver HERNÁNDEZ OCHOA, César Emiliano, op. cit.

¹⁸⁹ Ver transitorios Cuarto y Quinto en *Iniciativa Paralela Rubio Barthell/Osuna*.

de abril de 2006. No obstante, es probable que la sentencia que la Suprema Corte emita sobre la Acción de Inconstitucionalidad en que se impugnaron las *Reformas* limite parcialmente algunas de las características institucionales con las que el legislativo buscó apuntalar la independencia de Cofetel en el 2006. Con sus decisiones de mayo de 2007, la Corte está estableciendo una serie de principios relativos a la autonomía de las entidades reguladoras mexicanas, y a su acomodo dentro del orden constitucional y de la doctrina mexicana relativa a la centralización y descentralización administrativas.

A. *Del regulador político a la entidad reguladora independiente*

a. Aparición de las entidades reguladoras independientes en Estados Unidos y Europa

El modelo inicial de los organismos reguladores autónomos o comisiones reguladoras independientes fue la *Interstate Commerce Commission* (ICC) creada en Estados Unidos en 1887, modelo perfeccionado en ese mismo país con la *Federal Trade Commission* (FTC). El modelo estadounidense de *independent regulatory agency* pretendía entre otras cosas reducir el poder del Presidente estadounidense para nombrar y remover libremente a los funcionarios del Poder Ejecutivo a cargo de estas comisiones. Este modelo fue generado por el Congreso estadounidense como una respuesta al sistema de tráfico de influencias, clientelismo y amiguismo (*spoils system*), que guiaba las designaciones de funcionarios realizadas por el Presidente de Estados Unidos de acuerdo a parte de la opinión pública estadounidense de finales del siglo XIX.¹⁹⁰ En palabras de Santiago Muñoz Machado, la creación de las comisiones reguladoras independientes:

¹⁹⁰ Ver BREYER, Stephen G., STEWART, Richard B., SUNSTEIN, Cass R. y Matthew L. SPITZER, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, 4ª ed., New York, Aspen Law and Business, 1999, pp. 77-8. También García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pp. 176-7.

“se fundó en dos preocupaciones básicas; la primera, crear organismos suficientemente separados del debate político y de la influencia de los cambios electorales; la segunda, obtener de los mercados suficiente información como para poderlos organizar de un modo consecuente con los intereses generales y el respeto de los consumidores.”¹⁹¹

El modelo estadounidense de comisión reguladora independiente comenzó a ser adoptado en otras regiones del globo –inicialmente en Europa– a raíz de la ola de privatizaciones de industrias estatales de la segunda mitad del siglo XX. Al privatizarse importantes empresas estatales monopólicas se presentaba la necesidad de separar las funciones de gestión y regulación de los sectores económicos. Esta necesidad de separación de funciones se explica, según Muñoz Machado, porque:

“...si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión quedan situados en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia. Las empresas privadas que quieran actuar en el mismo sector, quedarían en una situación de desigualdad.”¹⁹²

Por su parte el artículo 7 de la Directiva 90/388 de la Comisión Económica Europea, del mismo 28 de junio de 1990, obligó a los Estados miembros de la Comunidad Europea a garantizar a partir del 1 de julio de 1991 que "la concesión de las autorizaciones de explotación, el control de conformidad y de las especificaciones obligatorias, la atribución de las frecuencias [y numeración, así como] la vigilancia de las condiciones de utilización sean realizados por *una entidad independiente de los organismos de telecomunicaciones*.”¹⁹³

¹⁹¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Madrid, Civitas, 1998, p. 260.

¹⁹² *Idem.*, p. 254.

¹⁹³ Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial n° L 192 de 24/07/1990 P. 0010 - 0016. Los términos entre corchetes fueron añadidos por la Directiva 96/19.

De acuerdo a Santiago Muñoz Machado, gracias a las anteriores exigencias comunitarias, la mayor parte de los países europeos comenzaron a adoptar comisiones reguladoras independientes.¹⁹⁴

Sin embargo, la exigencia más fuerte de creación de organismos reguladores independientes en la Comunidad Europea habría de concretarse con la reforma del 6 de octubre de 1997 en la que se introdujo el artículo 5 bis a la Directiva 90/387 de la Comisión Económica Europea, de 28 de junio de 1990. Dicho artículo 5 bis obligó a los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea a lo siguiente:

“1. En el supuesto de que las misiones asignadas a la autoridad nacional de reglamentación en la legislación comunitaria sean llevadas a cabo por más de un organismo, los Estados miembros velarán por que se dé a conocer públicamente cuáles son las misiones que corresponden a cada organismo.

2. Para *garantizar la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación*:

- las autoridades nacionales de reglamentación serán jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todos los organismos suministradores de redes, equipos o servicios de telecomunicaciones;
- los Estados miembros que mantengan la propiedad o un control significativo de los organismos suministradores de redes y/o servicios de telecomunicaciones velarán por que exista una separación estructural efectiva entre la función de reglamentación y las actividades asociadas con la propiedad o el control.

3. Los Estados miembros velarán por que existan a nivel nacional mecanismos adecuados en virtud de los cuales una parte afectada por una decisión de la autoridad nacional de reglamentación pueda recurrir ante una instancia independiente con respecto a las partes involucradas.

¹⁹⁴ Al respecto señala Muñoz Machado: “La exigencia comunitaria de la separación de reguladores y operadores en el mercado ha dado lugar a la creación, en todos los Estados miembros, de comisiones independientes que se ocupan de la función de regulación.” MUÑOZ MACHADO, Santiago, op. cit., p. 259.

4. Los Estados miembros podrán tomar medidas para garantizar que las autoridades nacionales de reglamentación puedan obtener de los organismos suministradores de redes y/o servicios de telecomunicaciones toda la información necesaria para aplicar la legislación comunitaria."¹⁹⁵

b. La teoría económica de la captura regulatoria

La teoría de la captura (*capture theory*) se origina en los escritos del economista estadounidense George Stigler (1911-1991). La idea básica de Stigler consiste en que "una industria regulada se puede beneficiar de su regulación si logra 'capturar' al organismo regulador involucrado."¹⁹⁶

La "captura" o "expropiación" del regulador ocurre cuando una o varias empresas reguladas logran controlar o neutralizar a la agencia regulatoria y a la regulación. Si el regulador responde a los intereses de una o varias empresas en particular, o si su acción es paralizada por dicha o dichas empresas, deja de servir al interés público y comienza a servir a intereses particulares (o, peor aún, genera una situación de caos que no sirve a ningún interés privado, ni público).

La 'captura' del organismo regulador por su regulado puede lograrse gracias a diversos factores incluyendo "influencia política; conocimiento técnico superior que hace que el organismo regulador dependa de la industria; dirigentes del organismo regulador designados de entre las filas de la industria regulada o cooptados por la esperanza de obtener posiciones en la industria regulada en el futuro; y la

¹⁹⁵ Directiva 97/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 90/387/CEE y 92/44/CEE del Consejo a efectos de su adaptación a un entorno competitivo en el sector de las telecomunicaciones. Publicada en el Diario Oficial n° L 295 de 29/10/1997 p. 0023 - 0034.

¹⁹⁶ PEARCE, David W. (ed.), *The MIT Dictionary of Modern Economics*, 4ª ed., Cambridge, Mass., The MIT Press, 1992, p. 55 y p. 410.

necesidad del organismo de obtener el reconocimiento y la cooperación informal de la industria."¹⁹⁷

En cierta medida los organismos reguladores autónomos modernos han seguido diseños institucionales que buscan dificultar los riesgos de captura. Por ejemplo, la designación de sus dirigentes se despolitiza; se limita la posibilidad de su contratación en la industria; se crea un régimen de responsabilidades para los funcionarios que pueda sancionar conflictos de interés; se dota a estos organismos de mecanismos para generar y conservar en su interior conocimientos técnicos sobre la industria; se establecen sistemas de servicio civil de carrera para mejorar las percepciones y conservar al personal de estos organismos. Sin embargo, otros factores institucionales característicos de estos organismos aumentan naturalmente el riesgo de captura. Por ejemplo, el poder poco controlado que frecuentemente se les otorga y que vuelve más valiosa la captura, o la necesaria cercanía del regulador y el regulado a que lo obliga el carácter especializado y dinámico de estos organismos.¹⁹⁸

c. Las formas de organización de la administración pública mexicana: centralización, desconcentración y descentralización.

Aunque el desarrollo legislativo, convencional y constitucional mexicano de los últimos lustros comienza a reflejar la preocupación por despolitizar la regulación y evitar la captura a través de la creación de entidades reguladoras más independientes del poder político y económico, la doctrina jurídica mexicana relativa a la organización de la administración pública sigue estructurándose en torno a una

¹⁹⁷ Idem., p. 55.

¹⁹⁸ “[L]as agencias reguladoras, que deben fijar los precios, para actuar justamente deben hacer un seguimiento muy próximo de la actividad económica de la empresa. Esta proximidad lleva consigo el riesgo de que las agencias reguladoras sean ‘capturadas’ por los operadores del mercado y tiendan a servir sus intereses cuando hacen el cálculo de los costes.” MUÑOZ MACHADO, Santiago, op. cit., p. 271.

dicotomía conceptual “centralización-descentralización” firmemente anclada en la Constitución y en la legislación aplicable a la organización de la administración pública mexicana.

Para el derecho administrativo mexicano la organización de la administración pública federal se da en torno a dos grandes categorías establecidas la Constitución, la de la administración centralizada y la de la administración descentralizada o paraestatal.¹⁹⁹ Ambas son formas de organización que encuentran su justificación en la racionalización del funcionamiento de la administración pública.²⁰⁰ La división entre ambas formas de organización administrativa ha sido retomadas por el derecho administrativo mexicano de la tradición jurídica francesa.²⁰¹

En la primera categoría –administración centralizada– se ubican las dependencias y los órganos desconcentrados de la administración pública que se encuentran sujetos con mayor fuerza al control jerárquico del titular del Poder Ejecutivo (que típicamente ejerce sobre éstas y éstos amplios poderes de nombramiento, mando, decisión, vigilancia, disciplina y decisión). La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal lista las diversas dependencias que integran esta administración

¹⁹⁹ El artículo 90 de la Constitución establece estas dos grandes categorías de la organización administrativa federal cuando dice a la letra: “La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso...”.

²⁰⁰ Respecto a las formas de organización administrativa dice el doctor Jorge Fernández Ruiz: “...la centralización, la descentralización y la desconcentración administrativas..., lejos de excluirse, coexisten y se complementan, porque las tres tienen por objeto común, en principio, racionalizar el funcionamiento de la administración pública.” FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo*, México, McGraw Hill, p. 18. Aunque se hace referencia a tres categorías, debe señalarse que la desconcentración tiene lugar dentro de la administración centralizada.

²⁰¹ El ministro de la Suprema Corte Sergio Armando Valls destaca que la descentralización se origina en Francia en el último tercio del siglo XIX como una respuesta a los excesos de la centralización. Ver VALLS HERNÁNDEZ, Sergio Armando, *Derecho administrativo*, México, p. 527.

centralizada.²⁰² La doctrina señala que administración centralizada es una forma de organización en la que se privilegia el poder del superior jerárquico, a través del cual se logra una mayor unidad de propósito y una mayor uniformidad en la gestión administrativa.²⁰³ En palabras de administrativista mexicano Sergio Valls Hernández:

“La centralización administrativa es la forma de administración en la que impera el principio de jerarquía y su efecto principal es la concentración de las decisiones y los recursos en el órgano cúspide de la organización.”²⁰⁴

Al interior de la administración centralizada tiene lugar la desconcentración administrativa, aunque frecuentemente se le trata como una categoría aparte. Dentro de la estructura de las dependencias, se ubican frecuentemente –en calidad de unidades administrativas de las mismas– órganos desconcentrados. La desconcentración administrativa “consiste en el traslado parcial de la competencia y el poder decisorio de un órgano superior a uno inferior, ya sea preexistente o de nueva creación, conservando la relación de jerarquía entre ambos, *por lo que el órgano desconcentrado se mantiene en la estructura de la administración centralizada.*”²⁰⁵

²⁰² Ver artículo 1º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

²⁰³ Para el jurista Jorge Fernández Ruiz: “Entre las ventajas de la centralización administrativa figura el beneficio de la unidad de dirección, de impulsión y de acción, lo que redundará en una administración uniforme, coordinada y fuerte.” FERNANDEZ RUIZ, Jorge, op. cit., p. 19.

²⁰⁴ VALLS HERNÁNDEZ, Sergio Armando, *Derecho administrativo*, México, p. 514. Ver también SANDOVAL HERNÁNDEZ, Sergio, voz “centralización administrativa”, en IIJ, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, México, IIJ, pp. 442-4.

²⁰⁵ FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo*, México, McGraw Hill, p. 57 (cursivas añadidas por el autor). En términos similares se expresa el jurista Alfonso Nava Negrete cuando señala que: “Se puede decir que la desconcentración está dentro del cuadro de la centralización que sólo se distingue por la forma periférica en que desarrolla sus acciones.” NAVA NEGRETE, Alfonso, voz “desconcentración”, en IIJ, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, México, IIJ, p. 1,090.

Por su parte, la segunda gran categoría –administración descentralizada o paraestatal–, se refiere a entidades públicas que se caracterizan por personalidad jurídica y patrimonio propios, lo que les confiere un mayor grado de independencia y las aísla del control jerárquico del Ejecutivo, aunque las entidades paraestatales creadas siguen bajo la tutela y vigilancia de la administración central.²⁰⁶

Resulta interesante observar la dicotomía conceptual “administración centralizada-administración descentralizada” desde la perspectiva de la preocupación por la politización de la administración que ha impactado el derecho administrativo comparado. En tanto el cargo de titular del Poder Ejecutivo federal es eminentemente político –su titular es electo a través del voto mayoritario de los ciudadanos– las dependencias y demás órganos desconcentrados que integran la administración pública centralizada se ubican en un ámbito sujeto en su última pero determinante instancia, al control de un funcionario político. En ese sentido, los órganos reguladores que forman parte de la administración pública centralizada podrían ser calificados como “reguladores políticos”.

Por su parte, las entidades que integran la administración pública descentralizadas gozan de un mayor grado de independencia y, en principio, parecerían más inmunes a la influencia política. No obstante, en la práctica administrativa mexicana la independencia de la administración descentralizada ha sido más potencial que real. Los diversos mecanismos institucionales a través de los cuales se ejerce la tutela, dirección sectorial y fiscalización de los organismos descentralizados frecuentemente paralizan la acción de éstos con mayor fuerza incluso de la que los poderes de los superiores jerárquicos ejercen sobre los órganos desconcentrados. De hecho los estudiosos del derecho administrativo mexicano han advertido desde hace años de un fenómeno curioso relacionado con la autonomía de las empresas públicas mexicanas que consiste en que dicha autonomía es cada vez más retórica que real: a pesar del discurso la autonomía de estos organismos descentralizados

²⁰⁶ Sobre el concepto de descentralización y sus características ver en general FERNANDEZ RUIZ, Jorge, op. cit., pp. 35-41.

tiende a disminuir en lugar de aumentar.²⁰⁷ Adicionalmente, en el debate público mexicano las acusaciones de politización y/o uso como botín político parecieran más fuertes en relación con organismos descentralizados como Pemex (en teoría menos susceptibles al control de la jerarquía política), que con relación a los órganos desconcentrados.

B. Del regulador político a la entidad reguladora independiente en las telecomunicaciones mexicanas

a. Desplazamiento de la Subsecretaría de Comunicaciones como regulador del sector telecomunicaciones

Hasta antes de la creación de la Cofetel, la regulación de las telecomunicaciones corría a cargo de funcionarios y unidades administrativas fuertemente sujetas al control jerárquico de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT). El Secretario de Comunicaciones mantenía de manera indelegable -y mantiene todavía- las facultades relacionadas con el otorgamiento, modificación y extinción de los títulos de concesión²⁰⁸; mientras que el Subsecretario de Comunicaciones y Desarrollo Tecnológico se encontraba bajo su mando y tenía adscritas (a junio de 1995) cuatro Direcciones Generales con atribuciones en materia de telecomunicaciones, la Dirección General de Redes y Radiocomunicación, la Dirección General de Sistemas de Difusión, la Dirección General de Administración del Espectro y la Dirección General de Política de Telecomunicaciones y Asuntos Internacionales. La SCT contaba también con un órgano desconcentrado que se

²⁰⁷ Al respecto, los juristas mexicanos Alfonso Nava Negrete y Enrique Quiroz Acosta nos recordaban recientemente que: “la descentralización se está centralizando”. NAVA NEGRETE, Alfonso, y QUIROZ ACOSTA, Enrique, voz “Descentralización”, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), *Diccionario de derecho administrativo*, México, Ed. Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 120.

²⁰⁸ Art. 5º, Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

ocupaba de realizar investigación y desarrollo tecnológico en la materia, el Instituto Mexicano de Telecomunicaciones.²⁰⁹

Durante la etapa previa a la creación de la Cofetel (y previa a la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones), puede afirmarse que la Subsecretaría de Comunicaciones era el principal órgano regulador de las telecomunicaciones en México. A través de las unidades administrativas que le estaban adscritas la Subsecretaría estaba facultada para autorizar o no la entrada al sector (a través del otorgamiento de permisos y la preparación del otorgamiento de las concesiones), así como para resolver problemas de interconexión y regular las tarifas de los concesionarios. Su desempeño como regulador se facilitó por el hecho de que la apertura del sector a la entrada de nuevos participantes antes de 1995 era más bien incipiente y se dio sobre en servicios de telecomunicaciones con un peso reducido en la economía del sector. Antes de la creación de la Cofetel la Subsecretaría de Comunicaciones no tuvo que lidiar con problemas serios de entrada de competidores, ni de interconexión o tarifas de operadores dominantes. No obstante, el desempeño como regulador de la SCT durante la etapa previa a la creación de Cofetel no fue malo. Otorgó un amplio número de permisos de radiocomunicación y servicios de valor agregado, las primeras concesiones de telefonía celular, y emitió las resoluciones en materia de interconexión que prepararon la apertura del servicio telefónico de larga distancia a la competencia.²¹⁰

La influencia de la Subsecretaría comenzó a menguar con la creación de la Cofetel. Poco después de la creación de este órgano desconcentrado se reformó el Reglamento Interior de SCT y desaparecieron dos de las direcciones generales

²⁰⁹ Para el listado de unidades administrativas adscritas a la SCT antes de la creación de la Cofetel ver el artículo 2 del Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de junio de 1995.

²¹⁰ Sobre la producción regulatoria de la SCT entre 1990 y 1996 (prácticamente toda atribuible a la Subsecretaría de Comunicaciones y Desarrollo Tecnológico) ver el Capítulo Cuarto de esta disertación.

antes adscritas a la Subsecretaría de Comunicaciones y Desarrollo Tecnológico: la de redes y radiocomunicación, y la de administración del espectro. También desapareció el Instituto Mexicano de Telecomunicaciones.²¹¹ Los recursos de dichas unidades administrativas fueron transferidos a la Cofetel. La (ahora denominada) Subsecretaría de Comunicaciones se quedó con sólo dos direcciones generales adscritas: la (ahora denominada) Dirección General de Política de Telecomunicaciones, y la (ahora denominada) Dirección General de Sistemas de Radio y Televisión. La Dirección General de Política de Telecomunicaciones siguió teniendo importancia en materia de sanciones, programación de licitaciones de espectro radioeléctrico y en los trámites relativos a las concesiones y permisos. Por su parte, la Dirección General de Sistemas de Radio y Televisión conservó las facultades sustantivas y adjetivas en materia de radiodifusión. El Secretario de SCT conservó la facultad de expedir los títulos de concesión, así como la facultad de revisar las resoluciones de sus inferiores jerárquicos, incluyendo las de Cofetel.

Con las *Reformas legales del 11 de abril de 2007*, la Subsecretaría de Comunicaciones perdió a la Dirección General de Sistemas de Radio y Televisión, cuyas facultades y personal debieron ser transferidas por virtud de ley a la Cofetel. La Cofetel recibe todas las facultades que la SCT todavía conserva en materia de radiodifusión y ejercen la Dirección General de Sistemas de Radio y Televisión y la Subsecretaría de Comunicaciones.²¹² La acción de inconstitucionalidad presentada contra las *Reformas* impugna (entre otras cosas) la validez de esta transferencia de

²¹¹ Ver Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga el Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de octubre de 1996.

²¹² Ver artículo 9-A, fracción XVI, de la Ley Federal de Telecomunicaciones. También artículos 6, fracción XVII, y 24 del Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (que establecen las facultades de la Dirección General de Sistemas de Radio y Televisión, y señalan que los subsecretarios tendrán las facultades de las unidades administrativas que estén adscritas a ellos).

facultades, por lo que resta por ver si la misma habrá de ser sostenida por la Suprema Corte.²¹³

La evolución organizacional que hemos descrito brevemente en los párrafos anteriores está marcada por la pérdida de importancia como regulador del sector de la Subsecretaría de Comunicaciones y de las direcciones generales y otras unidades administrativas que le estaban adscritas. Paralelamente se observa un crecimiento de la importancia de la Cofetel, misma que ha ido absorbiendo facultades y recursos humanos y financieros de las unidades administrativas antes adscritas a la Subsecretaría de Comunicaciones. La pérdida de facultades y recursos de la Subsecretaría de Comunicaciones y la creación y crecimiento de Cofetel debilitan parcialmente el control del Secretario sobre la regulación del sector. En tanto que la Cofetel fue creada como un órgano desconcentrado de SCT sigue estando sujeta al control del Secretario, pero en tanto se trata de un órgano colegiado con autonomía técnica y operativa, actúa con un mayor margen de acción frente a su superior jerárquico que el detentado por las viejas direcciones generales de SCT en la materia.

De cualquier manera, en el análisis de la evolución de la organización administrativa federal en el sector telecomunicaciones de los últimos lustros debe destacarse la subsistencia de la Subsecretaría de Comunicaciones y de la Dirección General de Política de Telecomunicaciones. Ambos órganos administrativos siguen jugando un papel clave en la regulación del sector²¹⁴ y representan la subsistencia de un ámbito de fuerte control jerárquico ejercido por el titular de la dependencia, y de esta

²¹³ Ver BARTLETT DÍAZ, Manuel, CORRAL JURADO, Javier, y otros, *Demanda de Acción de Inconstitucionalidad de las Reformas a la Radiodifusión y a la Cofetel*, México D.F., mimeo, 4 de mayo de 2006, 197 pp. Entre otras violaciones, la demanda impugna que se delegan facultades de SCT a un órgano regulador, lo cual viola el principio de división de poderes, ya que se trata de facultades que –en su caso– correspondería delegar al Ejecutivo y no al Legislativo (11ª violación).

²¹⁴ Para una revisión de la interrelación entre las facultades de Cofetel y la Subsecretaría de Comunicaciones ver análisis de la “doble ventanilla” en el Capítulo Quinto de esta disertación.

manera la subsistencia institucional del principio del control político en la organización administrativa del sector.

b. Surgimiento de Cofetel como regulador del sector telecomunicaciones

La –muy incipiente– introducción de la institución del regulador independiente en la normatividad jurídica del sector mexicano de las telecomunicaciones se dio con la Ley Federal de Telecomunicaciones. Al respecto uno de los transitorios de dicha Ley estableció que:

“A más tardar el 10 de agosto de 1996, el Ejecutivo Federal constituirá un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa, el cual tendrá la organización y facultades necesarias para regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país, de acuerdo a lo que establezca su decreto de creación.”²¹⁵

El gobierno federal dio cumplimiento en tiempo al transitorio referido. El 9 de agosto de 1996, un día antes del vencimiento del plazo legal, el titular del Ejecutivo federal publicó el Decreto de creación de Cofetel.²¹⁶ No obstante, todavía habrían de transcurrir algunos meses para que se publicara la reforma al Reglamento Interior de SCT incorporándose a la Cofetel en este ordenamiento y desapareciendo las unidades administrativas que anteriormente ejercían las facultades transferidas a Cofetel.²¹⁷

²¹⁵ Transitorio Décimo Primero, Ley Federal de Telecomunicaciones.

²¹⁶ Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 1996.

²¹⁷ Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga el Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de octubre de 1996.

Lo primero que destaca de la Cofetel es su naturaleza jurídica de “órgano desconcentrado” de la SCT, dotado de “autonomía técnica y operativa” tanto en el Transitorio de la Ley antes transcrito, como en las disposiciones correspondientes de su Decreto de creación que a la letra señalaban que:

“Se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa, el cual tendrá las atribuciones que en este decreto se le confieren, con el propósito de regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones.”²¹⁸

La decisión de crearlo como órgano desconcentrado representó una decisión deliberada del legislador de otorgar al nuevo regulador una autonomía muy limitada. Como órgano desconcentrado la Cofetel se ubica claramente dentro de la esfera de la administración centralizada y está sujeta al control jerárquico típico de esta administración. A esta sujeción al poder jerárquico derivada de la naturaleza jurídica que asumió en su nacimiento, debe sumarse las características institucionales mismas que se dieron a Cofetel cuando fue creada en 1996, mismas que se comparaban desfavorablemente con la de otros órganos reguladores existentes en el derecho mexicano.

Las siguientes Tablas comparan algunas de las características institucionales de tres importantes reguladores mexicanos que tienen diferentes niveles de autonomía. La Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) de 1996 con el nivel autonómico mas bajo; y la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) con un nivel autonómico intermedio; y el Banco de México el órgano regulador mexicano mas autónomo. Los aspectos institucionales considerados y evaluados comprenden algunos de los más relevantes en términos de la autonomía de las entidades reguladoras, incluyendo los siguientes:

²¹⁸ Artículo Primero del Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

- a) el otorgamiento constitucional o legal de autonomía sin sujeción a la autoridad de Secretarías del ramo;
- b) la designación de los integrantes de su órgano de gobierno por el Presidente de la República sin intervención de los Secretarios, con ratificación o no objeción del Senado, por periodos preestablecidos y con remoción limitada a causas graves;
- c) el establecimiento de un presupuesto garantizado y adecuado del órgano regulador con remuneración del personal acorde a la del personal especializado de la industria;
- d) el otorgamiento de facultades para regular firmes, suficientes y consistentes con el orden constitucional; y
- e) el establecimiento de objetivos claros para el regulador.

El análisis de los anteriores elementos en el caso de la Cofetel de 1996 lleva a una conclusión directa: Aunque tenía algunas de las características básicas de un órgano regulador autónomo, las tenía en un grado muy reducido. La Cofetel de 1996 tenía “autonomía” formal, pero era solamente “técnica y operativa”, y le había sido asignada por su superior jerárquico, el titular del Ejecutivo federal.²¹⁹ El Secretario de Comunicaciones y Transportes podía revisar y anular las decisiones de Cofetel. Los comisionados de Cofetel no tenían estabilidad en su encargo: el Presidente de la República los nombraba y removía discrecional y libremente, y además lo hacía a través del titular de SCT.²²⁰ Ciertamente las características institucionales en las que se apuntalaba la autonomía de la Cofetel de 1996 eran mucho más débiles que las de la Comisión Federal de Competencia y mucho más que las del Banco de México.

²¹⁹ Artículo Primero, Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

²²⁰ Artículo Tercero, primer párrafo, Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

Autonomía del Entes Reguladores Mexicanos

Ente regulador	Tipo de autonomía y fundamento	Revisión de resoluciones	Designación y remoción de funcionarios superiores
COFETEL 1996	Naturaleza jurídica: Desconcentrado de SCT. (2) Tipo de autonomía: Técnica y operativa. (2) Fundamento: Decreto y Reglamento del Ejecutivo. (2)	Revisión Administrativa Externa: Si. (1) Revisor administrativo: Secretario de Comunicaciones y Transportes. Revisión Judicial Especializada: No. (2)	Superior colegiado: Si. Designa: Presidente a través de Secretario SCT. (2) Periodos fijos: No. (1) Escalonamiento: No. (1) Remoción discrecional: Si. (1)
COFECO	Naturaleza jurídica: Desconcentrado de SE. (2) Tipo de autonomía: Técnica y operativa, con autonomía para dictar sus resoluciones (3) Fundamento: Ley y Reglamento del Ejecutivo. (3)	Revisión Administrativa Externa: No. (4) Revisor administrativo: El mismo. Revisión Judicial Especializada: No. (2)	Superior colegiado: Si. Designa: Presidente. (3) Periodo fijo: Si. (4) Escalonamiento: Si. (4) Remoción discrecional: No. (4)
BANCO DE MÉXICO	Naturaleza jurídica: Órgano constitucional autónomo. (4) Tipo de autonomía: En funciones y administración. (4) Fundamento: Constitución y Ley. (4)	Revisión Administrativa Externa: No. (4) Revisor administrativo: El mismo. Revisión Judicial Especializada: No. (2)	Superior colegiado: Si. Designa: Presidente sujeto a aprobación de Senado o Comisión Permanente. (4) Periodos fijos: Si. (4) Escalonamiento: Si. (4) Remoción discrecional: No. (4)

Nota: Valor en términos de autonomía. (1) = Bajo, (2) = Medio Bajo; (3) = Medio Alto; (4) = Alto.

Autonomía del Entes Reguladores Mexicanos.

Ente regulador	Presupuesto	Competencia	Objetivos y criterios del regulador
COFETEL 1996	Garantías Presupuestales: Prohibición de transferencia de presupuesto a otras unidades administrativas de SCT. Tabulador propio acorde con atribuciones. (2) Trato Presupuestal: Unidad Gasto Autónomo. (2)	Competencia originaria o delegada: Delegada de SCT. (2) Fundamento: Decreto y Reglamento del Ejecutivo. (2)	Objetivos: Amplios, con conflictos potenciales. (2) Criterios: Vagos en temas regulatorios clave. (2)
COFECO	Garantía Presupuestal: Prohibición de transferencia de presupuesto a otras unidades administrativas de SE. (2) Trato Presupuestal: Unidad Gasto Autónomo. (2)	Competencia originaria o delegada: Originaria. (4) Fundamento: Ley y Reglamento del Ejecutivo. (3)	Objetivos: Claros. (3) Criterios: En general claros, aunque vagos en algunos temas regulatorios clave. (3)
BANCO DE MÉXICO	Garantías Presupuestales: Remuneración del personal superior decidida por Comité especializado para contratar y conservar personal idóneo. (2.5) Trato Presupuestal: Unidad Gasto Autónomo. (2)	Competencia originaria o delegada: Originaria. (4) Fundamento: Constitución y Ley Orgánica. (4)	Objetivos: Muy claro, el combate a inflación. (4) Criterios: Claros. (4)

Nota: Valor en términos de autonomía. (1) = Bajo, (2) = Medio Bajo; (3) = Medio Alto; (4) = Alto.

Las características institucionales que los legisladores y administradores asignaron a Cofetel lo hicieron *ex ante* poco propenso a ser autónomo. Como lo afirma la doctora Lucila Silva:

“La Comisión Federal de Telecomunicaciones no tiene la autonomía que demanda para un órgano rector de las telecomunicaciones nacionales, por lo que mediante ley, se le debe dotar de las facultades que le permitan actuar con independencia y conseguir el equilibrio entre los usuarios de los servicios y los concesionarios y permisionarios de los servicios telefónicos.”²²¹

c. Obligación internacional de México de garantizar la independencia del regulador respecto a los regulados

No obstante su limitada autonomía de origen, la tendencia hacia la consolidación jurídica de la institución del órgano regulador autónomo de las telecomunicaciones se vería fortalecida por la influencia del derecho internacional económico. El 11 de abril de 1997 México se comprometió internacionalmente a garantizar la autonomía de su regulador del sector telecomunicaciones al adoptar el Documento de Referencia del Acuerdo General sobre Comercio en Servicios de la Organización Mundial del Comercio. Dicho compromiso estableció que:

“Reguladores Independientes. La entidad reguladora será independiente de todo proveedor de servicios básicos de telecomunicaciones y no responderá ante él. Las decisiones y los procedimientos empleados por los reguladores serán imparciales con respecto a todos los participantes en el mercado.”²²²

El anterior compromiso apuntaló la figura jurídica de la entidad reguladora independiente y le dio carta de naturalización en el orden jurídico mexicano. Debe notarse, sin embargo, que la obligación internacional contraída por México no se refiere a la autonomía del regulador frente a su superior jerárquico en la administración pública, *sino frente a los regulados*. El modelo es diferente, más fruto

²²¹ SILVA, Lucila, *Régimen de los servicios telefónicos en México (Problemas de competencia)*, México, UNAM, Tesis del doctorado en derecho, abril 1998.

²²² Numeral 5, Compromisos Adicionales de los Miembros, Cuarto Protocolo, Anexo sobre Telecomunicaciones Básicas, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, 30 de abril de 1996 (en adelante Documento de Referencia de la OMC). El 11 de abril de 1997 México comunicó su aceptación de esta obligación siguiendo los procedimientos establecidos en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

de la preocupación de los economistas regulatorios con la captura del regulador, que de la preocupación de los administrativistas estadounidenses con la politización del regulador.

d. Autonomía de Cofetel en Decreto de 1996, en las iniciativas de ley y proyectos reglamentarios 1996-2007, y en las *Reformas* de 2006.

La autonomía del regulador fue, sin duda alguna, la propuesta de reforma legislativa más reiterada del sector telecomunicaciones. A partir de la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones en 1995 y hasta 2003 se presentaron seis iniciativas legislativas que proponían –de una manera u otra– aumentar la autonomía del ente regulador de las telecomunicaciones. Curiosamente también fue uno de los temas que generó mayor oposición en la SCT que hacia fines de 2003 produjo dos proyectos normativos que buscaban replantear las facultades de la Cofetel y su relación con la Subsecretaría de Comunicaciones. Las *Reformas legales de abril de 2006* retomaron varias de las propuestas relativas a Cofetel que se habían presentado en los años anteriores. No obstante, la *Iniciativa Paralela Reyes* y la *Iniciativa Döring* mostraron que las *Reformas* de 2006 se habían quedado cortas en dar mayor autonomía a Cofetel. Por su parte, la acción de inconstitucionalidad que controvirtió dichas *Reformas* evidenció los problemas que tiene el modelo de órgano regulador autónomo propuesto y (en algunos puntos) concretado (como se observa en el análisis de la Sentencia de la Corte que presentamos en un apartado posterior).

A continuación se comparan las posturas de las diversas iniciativas y propuestas de normas administrativas presentadas entre 1995 y 2007 y se revisa como hubieran afectado las características institucionales en las que se apuntalaba la autonomía del regulador mexicano de las telecomunicaciones. También se refieren las *Reformas* concretas aprobadas en el 2006 y su impacto sobre la autonomía del

regulador.²²³ Asimismo se refieren los resultados de la *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006* que controvirtió dichas *Reformas* (aunque el análisis de los resultados de la misma en términos de la autonomía del regulador se aborda en el siguiente apartado).

Relación subordinada con el Ejecutivo. En este rubro, comparado en las siguientes dos Tablas, las Iniciativas que establecían características institucionales más favorables a la autonomía de Cofetel eran las de la *Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* (y sus iniciativas espejo), aunque la *Iniciativa Ochoa* no quedaba muy lejos de ellas.

Salvo la *Iniciativa Ochoa*, que proponía convertir a Cofetel en organismo descentralizado, el resto de las propuestas mantenían el modelo de órgano regulador desconcentrado de SCT con autonomía técnica y operativa, aunque la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* (y sus seguidoras) añadían autonomía “de gasto y de gestión”. La ventaja de estas propuestas sobre la situación que la Cofetel tenía entre 1995 y 2006 era marginal pero positiva, siendo lo más importante el que la autonomía de Cofetel se estableciera en Ley y no en un simple Decreto del Ejecutivo. Las *Reformas legales del 11 de abril de 2006* incorporaron expresamente a la de Cofetel en la Ley Federal de Telecomunicaciones, con lo cual se alcanzó el objetivo que varios legisladores se habían propuesto anteriormente. Adicionalmente, las *Reformas* incorporaron a la Ley el señalamiento de que la autonomía de Cofetel no sólo sería “técnica y operativa”, sino también “de gasto y de gestión” (como lo proponía la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria*), así como “plena para dictar sus resoluciones”.²²⁴ No obstante, quedó sin concretarse la propuesta de la *Iniciativa*

²²³ En el Apéndice de esta disertación se hace un análisis general de las Reformas legales de 2006 y de la Sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006, en esta sección sólo se abordan los aspectos relativos a la autonomía de Cofetel como órgano regulador del sector.

²²⁴ Artículo 9-A, Ley Federal de Telecomunicaciones.

Ochoa de convertir a Cofetel en un organismo descentralizado, lo cual podría tener consecuencias negativas para la autonomía de Cofetel.²²⁵

Tipo de Autonomía de Cofetel

Ley o Iniciativa	Tipo de autonomía y fundamento
COFETEL 1996	Naturaleza jurídica: Desconcentrado de SCT. (2) Tipo de autonomía: Técnica y operativa. (2) Fundamento: Decreto y Reglamento del Ejecutivo. (2)
MAYORÍA CPT *	Naturaleza jurídica: Desconcentrado de SCT. (2) Tipo de autonomía: Técnica, operativa, de gasto y de gestión (3) Fundamento: Ley. (3)
OCHOA	Naturaleza jurídica: Descentralizado. (3) Tipo de autonomía: Técnica y operativa. (3) Fundamento: Ley. (3)
SC-SCT	Naturaleza jurídica: Desconcentrado de SCT. (2) Tipo de autonomía: Técnica y operativa. (2) Fundamento: Decreto del Ejecutivo. (2)
COFETEL 2006	Naturaleza jurídica: Desconcentrado de SCT. (2) Tipo de autonomía: Técnica y operativa, de gasto y de gestión, plena para emitir sus resoluciones (3) Fundamento: Ley. (3)

Nota: Valor en términos de autonomía. (1) = Bajo, (2) = Medio Bajo; (3) = Medio Alto; (4) = Alto. * Idéntica en tratamiento de ente regulador a Iniciativas Meixueiro y Legorreta.

Respecto a la revisión administrativa de las resoluciones de Cofetel, el modelo más autonomista era el seguido por la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* que establece la reconsideración de las resoluciones de Cofetel por ella misma, eliminando el recurso de revisión ante SCT. Este modelo fue retomado por la *Iniciativa Paralela Reyes* en 2006 y por la *Iniciativa Döring* en 2007. La *Iniciativa Ochoa* al crear a Cofetel como órgano [sic] descentralizado con personalidad propia distinta de la Administración Pública Centralizada, lo deja fuera del control del Ejecutivo como superior jerárquico. Sin embargo, la ausencia en la *Iniciativa Ochoa* de una disposición expresa que establezca el recurso de reconsideración genera incertidumbre. Los proyectos de reforma reglamentaria de SCT son claramente opuestos a la autonomía en este rubro, pues reiteraban expresamente que Cofetel estaba subordinada a la SCT. Cabe señalar que, con la *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, ya no parece claramente viable el modelo de órgano desconcentrado cuyas resoluciones quedan exentas de

²²⁵ Lo anterior, habida cuenta de la relevancia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación está dándole a la naturaleza jurídica del ente regulador en sus sentencias sobre acciones de inconstitucionalidad de mayo de 2006.

la revisión por un superior jerárquico.²²⁶ Pareciera que este modelo sólo sería viable en el caso de organismos descentralizados.

Revisión de Resoluciones de Cofetel

Ley o Iniciativa	Revisión de resoluciones
COFETEL 1996	Revisión Administrativa Externa: Si. (1) Revisor administrativo: Secretario de Comunicaciones y Transportes.
MAYORÍA CPT *	Revisión Administrativa Externa: No. (4) Revisor administrativo: El mismo.
OCHOA	Revisión Administrativa Externa: No. (4) Revisor administrativo: Indeterminado. (2)
SC-SCT	Revisión Administrativa Externa: Si. (1) Revisor administrativo: Secretario de Comunicaciones y Transportes.
COFETEL 2006	Revisión Administrativa Externa: Si. (1) Revisor administrativo: Secretario de Comunicaciones y Transportes.
REYES	Revisión Administrativa Externa: No. (4) Revisor administrativo: El mismo.
DÖRING	Revisión Administrativa Externa: No. (4) Revisor administrativo: El mismo.

Nota: Valor en términos de autonomía. (1) = Bajo, (2) = Medio Bajo; (3) = Medio Alto; (4) = Alto. * Idéntica en tratamiento de ente regulador a Iniciativas Meixueiro y Legorreta.

Estabilidad laboral de los integrantes del órgano de gobierno. En este rubro, comparado en la siguiente Tabla, la Iniciativas que establecían características institucionales más favorables a la autonomía de Cofetel antes de 2006 volvían a ser las de la *Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* (y sus iniciativas espejo). La propuesta de nombramientos por el Presidente (sin tener que pasar por el titular de SCT) elevaba el nivel de las designaciones y reducía la connotación de subordinación jerárquica. Además al añadir la posibilidad de objeción del legislador, se optaba por darle al Congreso (a través de su cámara alta o de su comisión permanente) una participación que –en su momento– parecía viable desde una perspectiva de técnica jurídica, y que había mostrado su utilidad política en el proceso de designación de comisionados de otro órgano regulatorio independiente (el IFAI).²²⁷ La designación de los comisionados por siete años, los periodos

²²⁶ La Corte afirmó: “La Cofetel es“...un órgano desconcentrado de la administración pública centralizada, respecto del cual existe entre este organismo y el Titular del Poder Ejecutivo una relación de subordinación jerárquica.” *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, p. 358.

²²⁷ No obstante debe señalarse que el IFAI **no es** expresamente un órgano desconcentrado, sino un “órgano de la Administración Pública Federal” y su propia ley señala que “para efectos de sus

escalonados, y la remoción por causa grave, también eran rasgos que hacían a la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* (y sus seguidoras), la propuesta más autonomista del grupo previo a 2006.

El mecanismo de designación de comisionados por el Congreso contenido en la *Iniciativa Ochoa*, no era jurídicamente viable.²²⁸ Además, esa Iniciativa dejaba serios huecos al no explicar como procedería, en su caso, la remoción de los comisionados, ni quien la llevaría a cabo (¿presumiblemente alguna de las cámaras del propio Congreso?) o bajo que criterios.

El proyecto de Decreto de Cofetel presentado por la SCT en diciembre de 2003 tenía varios elementos valiosos desde la perspectiva de la autonomía de Cofetel, incluyendo designaciones de comisionados por periodos fijos de cinco años, escalonamiento y remoción por causa grave. La principal limitación de estas disposiciones es que al estar establecidas en una resolución administrativa, el titular del Ejecutivo podría cambiarlas en cualquier momento. No obstante, lo dispuesto en el proyecto de Decreto era marginalmente mejor que la situación existente hasta antes de 2006 y sí hubiera dado una ligeramente mayor estabilidad laboral (e independencia) a los comisionados designados porque si el titular de SCT hubiera querido removerlos habría tenido que lograr que el titular del Ejecutivo modificara dicho Decreto. Un aspecto limitante del proyecto de Decreto era que establecía la designación de comisionados a propuesta del titular de SCT.

En estos rubros las *Reformas legales del 11 de abril de 2006* retomaron totalmente las propuestas contenidas en la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia*

resoluciones, no estará subordinado a autoridad alguna” (ver artículos 33 y 34, último párrafo, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental). Ambas diferencias son relevantes en términos de los criterios que está estableciendo la Suprema Corte en sus resoluciones de acciones de inconstitucionalidad de mayo de 2007.

²²⁸ El Congreso generalmente opera a través de sus cámaras o comisión permanente, no como un todo.

Parlamentaria, es decir, las propuestas más autonomistas presentadas hasta la fecha. Las diferencias más relevantes fueron que en las *Reformas* efectuadas en 2006 se extendió el periodo de los comisionados de siete a ocho años.²²⁹ Además, en el escalonamiento aprobado en los transitorios de las *Reformas* se impidió deliberadamente que el siguiente titular del Ejecutivo federal pudiera designar una mayoría de comisionados en su administración.²³⁰ Cabe señalar que la constitucionalidad de las disposiciones antes referidas de las *Reformas* se sostuvo en la *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*.

Estabilidad de Funcionarios Superiores de Cofetel

Ley o Iniciativa	Designación y remoción de funcionarios superiores
COFETEL 1996	Superior colegiado: Si. 4 comisionados. Designa: Presidente a través de Secretario SCT. (2) Periodos fijos: No. (1) Escalonamiento: No. (1) Remoción discrecional: Si. (1)
MAYORÍA CPT *	Superior colegiado: Si. 5 comisionados. Designa: Presidente. Senado o Comisión Permanente pueden objetar por mayoría (3.5) Periodo fijo: Si. 7 años (4) Escalonamiento: Si. (4) Remoción discrecional: No, causa grave. (4)
OCHOA	Superior colegiado: Si. 5 comisionados. Designa: Congreso de la Unión a propuesta de partidos políticos. (1) Periodos fijos: No. (1) Escalonamiento: No. (1) Remoción discrecional: Si (implícita). No señala como procede (1)
SC-SCT	Superior colegiado: Si. 5 comisionados. Designa: Presidente a propuesta de Secretario SCT. (2) Periodos fijos: Si. 5 años (pero en Decreto del Ejecutivo). (2) Escalonamiento: Si (pero en Decreto del Ejecutivo). (2) Remoción discrecional: No, causa grave (pero en Decreto del Ejecutivo). (2)
COFETEL 2006	Superior colegiado: Si. 5 comisionados. Designa: Presidente. Senado o Comisión Permanente pueden objetar por mayoría (3.5) Periodo fijo: Si. 8 años (4) Escalonamiento: Si. (4) Remoción discrecional: No, causa grave. (4)

Nota: Valor en términos de autonomía. (1) = Bajo, (2) = Medio Bajo; (3) = Medio Alto; (4) = Alto.

* Idéntica en tratamiento de ente regulador a Iniciativas Meixueiro y Legorreta.

Presupuesto de Cofetel. La seguridad en sus ingresos es uno de los elementos que favorecen la autonomía del regulador. La incertidumbre y los recortes

²²⁹ Al respecto, ver el comentario y la opinión crítica del doctor Ernesto Villanueva en el Apéndice de esta disertación.

²³⁰ Ambos puntos (designación por ocho años, y la marginación de la siguiente administración en la integración de Cofetel), son cuestionables. Al respecto ver el análisis de las Reformas legales de 2006 presentado en el Apéndice de esta disertación.

discrecionales operan en sentido opuesto. En este rubro, comparado en la siguiente Tabla, la mayor parte de las Iniciativas y propuestas presentadas hasta la fecha mantienen el mediano *status quo*, sin avanzar hacia un modelo de financiamiento garantizado para Cofetel. Por su parte, salvo por establecer que Cofetel entregaría su anteproyecto de presupuesto directamente a la Secretaría de Hacienda, las *Reformas legales de abril de 2006* no incluyeron ninguna disposición que apuntalara significativamente la autonomía presupuestal de Cofetel.

La única iniciativa que ha propuesto avanzar con mayor profundidad en la autonomía presupuestal de Cofetel ha sido la *Iniciativa Paralela Reyes de 2006*. En esta Iniciativa se propone que los derechos, aprovechamientos y multas que recaude la Comisión se destinen a cubrir su presupuesto, y los remanentes que –en su caso– queden de dichos ingresos se acumulen en una reserva especial para sufragar futuros ejercicios presupuestales.

Presupuesto de Cofetel

Ley o Iniciativa	Presupuesto
COFETEL 1996	Garantías Presupuestales: Prohibición de transferencia de presupuesto a otras unidades administrativas de SCT. Tabulador propio acorde con atribuciones. (2) Trato Presupuestal: Unidad Gasto Autónomo. (2)
MAYORÍA CPT *	Garantía Presupuestal: Prohibición de transferencia de presupuesto a otras unidades administrativas de SCT. (2) Trato Presupuestal: Unidad Gasto Autónomo. (2)
OCHOA	Garantías Presupuestales: Tabulador propio acorde con atribuciones. (2.5) Trato Presupuestal: Organismo publico descentralizado. (2.5)
SC-SCT	Garantías Presupuestales: Prohibición de transferencia de presupuesto a otras unidades administrativas de SCT. Tabulador propio acorde con funciones. (2) Trato Presupuestal: Unidad Gasto Autónomo. (2)
COFETEL 1996	Garantías Presupuestales: Cofetel entregará directamente su anteproyecto de presupuesto a la SHCP. (3) Trato Presupuestal: Indefinido. (NA)
REYES	Garantías Presupuestales: Contribuciones fiscales con destino específico a presupuesto de Cofetel, remanentes utilizables en ejercicios fiscales posteriores. (4) Trato Presupuestal: Indefinido. (NA)

Nota: Valor en términos de autonomía. (1) = Bajo, (2) = Medio Bajo; (3) = Medio Alto; (4) = Alto.

* Idéntica a Iniciativas Meixueiro y Legorreta.

Objetivos de Cofetel. La claridad en los objetivos del regulador es uno de los ingredientes que contribuyen mayormente a su eficacia. La vaguedad, amplitud y potenciales contradicciones entre tales objetivos le restan fuerza. En este rubro, comparado en la siguiente Tabla, las Iniciativas y propuestas presentadas avanzan

sin llegar al punto deseable. La principal contribución a la claridad y especificidad de objetivos en esta materia la hizo la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* y sus iniciativas seguidoras, al establecer a la cobertura social como el objetivo prioritario que guiaría la acción de la Cofetel. Desafortunadamente, las Iniciativas comentadas omitieron sujetar expresamente ese objetivo prioritario al requisito de neutralidad competitiva que constituye su limitante regulatoria natural en mercados abiertos a la competencia como el mexicano.²³¹

En esta materia la *Iniciativa Ochoa* incluyó una larga lista de objetivos con potenciales conflictos. Los proyectos normativos de la SCT establecían dos objetivos básicos y correctos (desarrollo y competencia), pero minaban su utilidad al serles aplicables a un regulador disminuido (como se planteaba a Cofetel en esos proyectos).

Las *Reformas legales de abril de 2006* no modificaron directamente los cuatro grandes objetivos establecidos en la Ley (esto es, desarrollo eficiente, soberanía nacional, sana competencia y cobertura social), pero sí señalaron que los objetivos de Cofetel serían el desarrollo eficiente y a la cobertura social. Desde una perspectiva de técnica jurídica la adición de estos objetivos (que ya estaban considerados en los generales de la Ley) no pareciera ser ni afortunada (induce a confusión), ni muy significativa (son dos de los cuatro mismos de antes que, además, se mantienen en la Ley). La *Iniciativa Döring* pone como objetivos de Cofetel a los mismos (desarrollo y cobertura), aunque añadiendo el adjetivo “amplia” al término cobertura social.

²³¹ La redacción utilizada en la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* y sus seguidoras Meixueiro y Legorreta es la siguiente: “El objetivo prioritario de la Comisión será beneficiar a la población en general al propiciar que se incremente la penetración, teledensidad, conectividad, calidad y diversidad de los servicios de telecomunicaciones y que estos se proporcionen con precios asequibles y competitivos.” (art. 15, segundo párrafo, *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria*, y art. 9-A, segundo párrafo, *Iniciativas Meixueiro y Legorreta*). Nótese que –a pesar de sus similitudes- la redacción de los incisos que acompañan este segundo párrafo también presenta diferencias entre las tres iniciativas referidas.

Objetivos de Cofetel

Ley o Iniciativa	Objetivos del regulador
COFETEL 1996	Objetivos: Amplios (desarrollo eficiente, soberanía nacional, sana competencia y cobertura social), con conflictos potenciales. (2)
MAYORÍA CPT *	Objetivos: Muy claro (prioridad de cobertura social), aunque no salvaguarda expresamente conflicto potencial con sustancia procompetitiva de Ley. (2.5)
OCHOA	Objetivos: Amplios (más aún que en Ley), con conflictos potenciales. (2)
SC-SCT	Objetivos: Claros (desarrollo y competencia), pero menos alcanzables por reducción de facultades regulatorias.(1.5)
COFETEL 2006	Objetivos: Amplios (mismos de antes, aunque repite dos), con conflictos y confusiones potenciales.(1.5)

Nota: Valor en términos de autonomía. (1) = Bajo, (2) = Medio Bajo; (3) = Medio Alto; (4) = Alto.

* Idéntica en tratamiento de ente regulador a Iniciativas Meixueiro y Legorreta.

Fuerza de facultades regulatorias. El sentido de la autonomía del regulador es darle un margen de independencia que le permita regular efectivamente el sector en beneficio de la sociedad. Pero si las facultades del regulador no son jurídicamente firmes pueden ser fácilmente impugnadas y anuladas por los particulares, quitándole toda la efectividad a la acción regulatoria. La siguiente Tabla analiza el tratamiento que la Ley vigente y las propuestas de reforma dan a tres aspectos que contribuyen a dar o restar fuerza a las facultades de un regulador: a) si sus facultades son originarias o le han sido delegadas por alguna dependencia; b) si el fundamento inmediato de sus facultades es una Ley o una disposición administrativa; c) si el legislador le ha otorgado la facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general. La jerarquía normativa importa: cuando una Ley otorga directamente a un órgano regulador sus facultades será más difícil para los agentes regulados impugnar sus acciones alegando alguna contradicción con una disposición legal. Por otra parte, cuando un regulador tiene una facultad general para regular un sector que le ha sido otorgada expresamente por el legislativo, sus posibilidades de ser efectivo aumentan fuertemente.

Nuevamente, en los rubros anteriores las iniciativas históricas que mejor hubieran contribuido a fortalecer la autonomía del regulador mexicano hubieran sido las de la *Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* y sus seguidoras; aunque la *Iniciativa Ochoa* no quedaba muy por debajo de esas. Todas estas iniciativas buscaban

establecer en Ley las facultades de Cofetel y se las asignaban directamente a ese órgano regulador. Por otra parte, tanto la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* y sus iniciativas espejo, como los proyectos normativos de SCT, pretendían otorgar expresamente a Cofetel la facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general. Sin embargo, la contribución de los proyectos de SCT a la autonomía de Cofetel era muy limitada porque la fuerza que –en su caso– hubiera tenido dicha facultad regulatoria genérica habría resultado de su origen legal directo.

Las *Reformas legales del 11 de abril de 2006* incorporaron las facultades de Cofetel en la Ley Federal de Telecomunicaciones, con lo cual se alcanzó el objetivo de darle competencia originaria otorgada por Ley, objetivo que la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* y sus iniciativas espejo se habían propuesto anteriormente. No obstante Cofetel no recibió en 2006 la facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general, como habían propuesto otras iniciativas.

Fuerza de Facultades Regulatorias de Cofetel

Ley o Iniciativa	Facultades regulatorias
COFETEL 1996	Competencia originaria o delegada: Delegada de SCT. (2) Fundamento: Decreto y Reglamento del Ejecutivo. (2) Facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general: No. (1).
MAYORÍA CPT *	Competencia originaria o delegada: Originaria. (4) Fundamento: Ley. (3) Facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general: Si (3).
OCHOA	Competencia originaria o delegada: Originaria. (4) Fundamento: Ley. (3) Facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general: No. (1).
SC-SCT	Competencia originaria o delegada: Delegada de SCT. (2) Fundamento: Decreto del Ejecutivo. (2) Facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general: Si (1.5).
COFETEL 2006	Competencia originaria o delegada: Originaria. (4) Fundamento: Ley. (3) Facultad de emitir disposiciones administrativas de carácter general: No. (1).

Nota: Valor en términos de autonomía. (1) = Bajo, (2) = Medio Bajo; (3) = Medio Alto; (4) = Alto.

* Idéntica en tratamiento de ente regulador a Iniciativas Meixueiro y Legorreta.

Facultades regulatorias específicas. La Tabla siguiente compara el tratamiento de tres facultades regulatorias centrales (concesiones y permisos, espectro, y sanciones) que tenía Cofetel en 1996, en las propuestas de reforma legislativa y

reglamentaria, y en la Ley de 2006. Al igual que en el caso anterior la Tabla contiene calificaciones de la contribución de cada una de dichas facultades a la autonomía de Cofetel. Las facultades consideradas en esta Tabla son cruciales para una adecuada regulación del sector. Las dos primeras –en materia de concesiones, permisos y uso del espectro radioeléctrico– son las que permiten regular la entrada o salida de los mercados de servicios de telecomunicaciones, probablemente el aspecto regulatorio más importante en el largo desde la perspectiva de la competencia en el sector (más aún que dominancia, y tan importante como interconexión). La facultad sancionatoria también es crucial. La falta de “dientes” es uno de los aspectos que más ha comprometido la capacidad de Cofetel de hacer respetar la regulación actualmente vigente.

Principales Facultades Regulatorias

Norma o Iniciativa	Concesiones y Permisos	Espectro	Sanciones
COFETEL 1996	Concesiones: Doble Ventanilla (preponderancia de Cofetel). (2) Permisos: Doble Ventanilla (preponderancia de Cofetel). (2)	Programación de Licitaciones: SC-SCT. (1) Licitaciones de Concesiones: Cofetel (salvo otorgamiento formal SCT). (3) Atribución de Espectro y CNAF: Cofetel. (4)	Facultad Sancionatoria: Cofetel propone, SC-SCT impone. (2) Facultad Aseguramiento: No expresa en Ley (1)
MAYORÍA CPT *	Concesiones: Doble Ventanilla (marcada preponderancia de Cofetel). (3) Permisos: Elimina Doble Ventanilla a favor de Cofetel. (4)	Programación de Licitaciones: Cofetel. (4). <i>Cambia en proyecto de dictamen a:</i> SC-SCT. (1) Licitaciones de Concesiones: Cofetel (salvo otorgamiento formal SCT). (3) Atribución de Espectro y CNAF: SC-SCT. (1)	Facultad Sancionatoria: Cofetel. (4) Facultad Aseguramiento: Expresa en Ley (4)
OCHOA	Concesiones: Elimina Doble Ventanilla a favor de Cofetel. (4) Permisos: Elimina Doble Ventanilla a favor de Cofetel. (4)	Programación de Licitaciones: Cofetel. (4) Licitaciones de Concesiones: Cofetel. (4) Atribución de Espectro y CNAF: Cofetel. (4)	Facultad Sancionatoria: Cofetel. (4) Facultad Aseguramiento: No expresa en Ley (1)
SC-SCT	Concesiones: Doble Ventanilla (marcada preponderancia de SCT). (1) Permisos: Elimina Doble Ventanilla a favor de Cofetel. (4)	Programación de Licitaciones: SC-SCT (opinión técnica previa Cofetel). (1.5) Licitaciones de Concesiones: SC-SCT. (1) Atribución de Espectro y CNAF: SC-SCT. (1)	Facultad Sancionatoria: Cofetel. (4) Facultad Aseguramiento: No expresa en Ley (1)
COFETEL 2006	Concesiones: Mantiene Doble Ventanilla (preponderancia de Cofetel), salvo en Radiodifusión (exclusividad de Cofetel). (2.5) Permisos: Doble Ventanilla (preponderancia de Cofetel), salvo en Radiodifusión (exclusividad de Cofetel). (2.5)	Programación de Licitaciones: SC-SCT. (1) Licitaciones de Concesiones: Cofetel (salvo otorgamiento formal SCT), salvo en Radiodifusión (otorgamiento formal de Cofetel). (3) Atribución de Espectro y CNAF: Cofetel. (4)	Facultad Sancionatoria: Cofetel propone, SC-SCT impone, salvo en Radiodifusión (exclusividad de Cofetel). (2.5) Facultad Aseguramiento: No expresa en Ley (1)
DÓRING	Concesiones: Elimina Doble Ventanilla. (4) Permisos: Elimina Doble Ventanilla. (4)	Programación de Licitaciones: SC-SCT. (1) Licitaciones de Concesiones: Cofetel. (4) Atribución de Espectro y CNAF: Cofetel. (4)	Facultad Sancionatoria: Cofetel. (4) Facultad Aseguramiento: Expresa en Ley (4)

Nota: Valor en términos de autonomía. (1) = Bajo, (2) = Medio Bajo; (3) = Medio Alto; (4) = Alto.

* Idéntica en tratamiento de ente regulador a Iniciativas Meixueiro y Legorreta.

Como puede observarse en la Tabla anterior, las facultades regulatorias actuales de Cofetel no son bajas en los dos rubros que tienen que ver con la entrada y salida a los mercados (concesiones, permisos y espectro). Tanto en materia de concesiones y permisos, como en materia de espectro, existe una doble ventanilla, pero se inclina a favor de Cofetel (más aún en el caso de las licitaciones de concesiones de espectro donde la intervención discrecional de SCT se minimiza). Además, en materia de radiodifusión, las *Reformas legales de abril de 2006* eliminaron la doble ventanilla. En el caso de la atribución del espectro y el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (CNAF), que constituye el principal instrumento regulatorio para permitir la entrada de nuevos servicios y tecnologías inalámbricas, las facultades de Cofetel reciben una calificación alta. Esas facultades se vieron reforzadas al volverse Cofetel competente en materia de espectro de radiodifusión, a raíz de las *Reformas legales de abril de 2006* (competencia que fue validada por la suprema Corte en la *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*). Sólo en materia de fuerza para exigir el cumplimiento de las normas (lo que nuestros abogados llaman “poder coactivo” y los anglosajones *enforcement*) las facultades actuales de Cofetel son marcadamente débiles.

La Tabla anterior también nos revela que –en materia de las facultades regulatorias– la adopción de las propuestas legislativas presentadas en 2002 (tanto la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* y sus dos seguidoras, como la *Iniciativa Ochoa*) hubiera fortalecido la autonomía del regulador, pero las mejoras no eran uniformes ni se presentaban en todos los rubros. No obstante, a pesar de que en general incorporaba mejoras sustanciales a la situación previa a 2006, la *Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria* contenía elementos que hubieran empeorado la autonomía regulatoria de Cofetel, particularmente en materia de espectro radioeléctrico.²³²

²³² Más aún, el Dictamen de la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria que llegó a ser considerado eliminaba una de las ventajas de esta Iniciativa al devolver a SCT la programación de las licitaciones de espectro (lo que hubiera mantenido el *status quo* actual en la materia). Ver art.

Contrario a lo esperado por la mala imagen que tuvo (la llamaban “Ley Telmex”), en casi todos los rubros considerados en la Tabla anterior (p. ej., “doble ventanilla”, espectro, sanciones) algunas de las propuestas más favorables a la autonomía del regulador fueron las de la *Iniciativa Ochoa*. No sólo pretendía eliminar totalmente la “doble ventanilla” a favor de Cofetel, sino que además concentraba en ese órgano todas las facultades en materia de espectro radioeléctrico y sanción. No obstante, la *Iniciativa Ochoa* tenía varios defectos de técnica jurídica que hacían difícil utilizarla como base para el trabajo legislativo. La *Iniciativa Döring*, por su parte, también recibe altas calificaciones en términos del grado de autonomía que plantea para Cofetel, incluso mayores que las de la *Iniciativa Ochoa* dado que transfiere a Cofetel facultades para otorgar títulos de concesión. Como en el caso de la *Iniciativa Ochoa* lo anterior no está exento de problemas de técnica jurídica tratándose de un órgano desconcentrado.

Las propuestas normativas de SCT del 2003, aunque no dejaban de contener elementos favorables a la autonomía de Cofetel, hubieran arrojado un saldo notablemente desfavorable a dicho órgano regulador. Los principales beneficios de las reformas propuestas por SCT para Cofetel se concentraban en materia de sanciones: proponía que la SCT le transfiriera la facultad sancionadora. En materia de permisos también eran favorables porque las propuestas de SCT eliminaban la “doble ventanilla” a favor de Cofetel. No obstante el impacto de esta propuesta era menor dado que la importancia de los permisos para permitir la entrada a los mercados de servicios de telecomunicaciones era notablemente menor (habida cuenta de que la concesión sigue siendo la figura autorizatoria central). Por lo que toca a concesiones y espectro las propuestas de SCT eran claramente regresivas

10, fr. XXV, Dictamen de la Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria (que faculta a SCT a publicar el programa anual de licitaciones de espectro previa opinión de la Cofetel). También se hicieron los cambios correspondientes en el artículo 39, de dicho dictamen (relativo al programa de licitaciones). No obstante se omitió hacer el cambio en el artículo 40 lo que deja una contradicción en el Dictamen, pues su art. 10, fr. XXV, atribuye a la SCT la publicación de las convocatorias a licitaciones del espectro, pero su art. 40 establece la misma atribución a favor de Cofetel.

para la autonomía del regulador. En estos dos temas clave para la entrada y salida de los mercados, y para la introducción de nuevos servicios y tecnologías inalámbricas, los proyectos de SCT del 2003 pretendían despojar a Cofetel de sus principales facultades sustantivas. Sin eliminar totalmente la “doble ventanilla” a favor de SCT, hubieran dejado a Cofetel con una participación marginal en la sustancia regulatoria.

e. Autonomía de Cofetel en la *Acción de inconstitucionalidad 26/2006*.

La *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006* en la que se cuestionó el mecanismo de designación de los comisionados de Cofetel con la participación del Senado (o, en sus recesos, de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión) a través de la figura de la no objeción, arrojó un resultado similar. La Suprema Corte resolvió que la designación de los comisionados de Cofetel corresponde al titular del Ejecutivo federal sin que el Senado o la Comisión Permanente puedan objetar el nombramiento.

“...la interpretación relacionada de los artículos 49, 73, fracción XXX, 89, fracción II, y 90 constitucionales, permite a este Tribunal Pleno arribar a la conclusión de que la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión no puede intervenir en el nombramiento de los titulares de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, integrante de la Administración Pública Federal centralizada, por lo que al establecer el artículo 9C, último párrafo, de la Ley Federal de Telecomunicaciones la posibilidad de objeción por parte del Senado a los nombramientos o a la renovación de los comisionados, con la consecuencia de impedirles que asuman el cargo, se incurre en violación al principio de división de poderes al invadirse la facultad de libre nombramiento del Presidente de la República.”²³³

No obstante esta decisión, que siguió la doctrina administrativa tradicional mexicana sobre órganos desconcentrados, el mayor nivel de autonomía que las reformas de abril de 2006 dieron a la Cofetel se mantuvo en varios rubros. Los nombramientos

²³³ *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, p. 360.

de los comisionados por periodos fijos y otras disposiciones que apuntalan la estabilidad de estos funcionarios en su encargo no fueron declarados inconstitucionales. La Corte consideró que el legislativo sí podía establecer modalidades a las designaciones presidenciales que limitaran parcialmente sus facultades de remoción (por ejemplo, estableciendo nombramientos por tiempo determinado o requiriendo causa grave para la remoción de comisionados) siempre que no implicaran la invasión de la esfera de competencia del Ejecutivo (por ejemplo, dando intervención al legislativo en las eventuales remociones de comisionados). Asimismo, la Corte validó los mecanismos que apuntalan la autonomía técnica de órganos desconcentrados. Al respecto la Suprema Corte señaló:

“...el hecho de que se establezca, tanto un plazo para el desempeño del cargo, como la exigencia de una causa grave debidamente justificada para la remoción del servidor público, no implica vulneración alguna al artículo 89, fracción II, constitucional, ni al principio de división de poderes, añadiéndose tan solo que tales previsiones tienen como finalidad el fortalecimiento del órgano desconcentrado mediante la estabilidad de sus titulares, garantizándose con ello su autonomía técnica y el óptimo cumplimiento de las funciones que la ley le encomienda.”²³⁴

Podría afirmarse que, institucionalmente, la Cofetel que quedó después de las *Reformas de abril de 2006* y la *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006* de la Corte sigue exhibiendo varias características de un órgano regulador independiente. De hecho, aunque por un lado la Corte retiró una de las características en las que Cofetel funda su independencia (esto es, la designación con participación del Senado), deliberadamente sostiene otras como la estabilidad en el encargo.

²³⁴ *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, p. 367.

C. Tendencias y perspectivas futuras del regulador de las telecomunicaciones en México

En la última década es observable el desplazamiento de la Subsecretaría de Comunicaciones y el surgimiento de Cofetel como regulador del sector mexicano de las telecomunicaciones. Lo anterior se aprecia desde la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones en 1995, en la suscripción de compromisos internacionales de independencia del regulador nacional de las telecomunicaciones bajo el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC, y en las *Reformas* a las leyes de telecomunicaciones y radio y televisión del 11 de abril de 2006. También es un proceso que se observa en la mayoría de las iniciativas de reforma de la legislación del sector que se presentaron entre 1995 y 2006.

No obstante, debe subrayarse el notablemente modesto inicio de la autonomía de Cofetel como regulador (más lento que el de varios otros órganos reguladores mexicanos, y más atado con candados institucionales *sui generis* la figura de la “doble ventanilla”). Y debe subrayarse también la existencia de proyectos con elementos contrarios a la autonomía de Cofetel, como los presentados por la SCT a fines del 2003. Más aún, la acción de inconstitucionalidad presentada contra las *Reformas* del 2006 acotaron algunas de las disposiciones legales que apuntalaban la autonomía de Cofetel como regulador (p. ej., las que daban participación al Senado en la designación de los comisionados de Cofetel). No todos los vientos que han soplado en la última década han ido en la dirección de consolidar a Cofetel como el regulador autónomo del sector.

El modelo mexicano de órgano regulador independiente –ejemplificado por el caso de Cofetel de manera destacada– exhibe problemas que no enfrentan los entes reguladores de otras latitudes y que el caso de Cofetel ejemplifica de manera destacada. El problema fundamental es que el regulador “independiente” choca directamente con el molde organizacional del órgano desconcentrado, mismo que al ubicarse en el ámbito de la administración centralizada se caracteriza por una subordinación directa al superior jerárquico y que tiene implicaciones en los poderes

de designación, remoción, revisión, que el superior puede ejercer. Las leyes han intentado atenuar esa relación jerárquica de diversas maneras, por ejemplo, dando a los integrantes del órgano de gobierno de los desconcentrados nombramientos por tiempo definido, substituyendo el recurso de revisión por otro de reconsideración, dando participación al legislativo en la designación de los titulares del órgano de gobierno, previendo para éstos últimos nombramientos por plazos predefinidos y limitando las facultades del titular del Ejecutivo federal para removerlos. Pero esos esfuerzos se han revelado parcialmente infructuosos como se mostró en la acción de inconstitucionalidad 33/2006 en la que la Suprema Corte declaró inconstitucional la participación del Senado en la designación de los comisionados de Cofeco²³⁵ y en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 en la que la Corte decidió en el mismo sentido en el caso de la Cofetel.²³⁶

Los problemas observados hasta ahora son sólo una muestra de los que el modelo mexicano de regulador independiente puede enfrentar en el futuro. El acomodo de las entidades reguladoras autónomas dentro del orden constitucional es un problema común a la mayor parte de los países en los que coexisten estos organismos con un sistema constitucional basado en la división de poderes. La idea básica de la división de poderes es que no se pueden concentrar en un mismo órgano facultades para emitir normas generales, para aplicar dichas normas, y para resolver las controversias relativas a su aplicación. El hecho de que en los

²³⁵ Ver SCJN, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 10 de mayo de dos mil siete (Debate y resolución de la acción de inconstitucionalidad 33/2006, promovida por el Procurador General de la República en contra del Congreso de la Unión y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, demandando la invalidez de los artículos 24, fracción II, 26, 28, fracción III, 31 y 37, de la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 2006)*, México D.F., SCJN, mimeo, 71 pp. (donde la Corte declaró inconstitucional la facultad del Senado de objetar los nombramientos de comisionados de la Cofeco hechos por el Presidente de la República en atención a la naturaleza desconcentrada de dicho regulador).

²³⁶ Ver *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006*, p. 318-67.

organismos reguladores independientes normalmente se concentran estos tres tipos de facultades, es ciertamente problemático para su operación en la estructura constitucional de la mayoría de los países. Por ello Stephen Breyer, Cass Sunstein y sus coautores aluden a "la incómoda (?) situación constitucional de la agencia administrativa" (*the uneasy constitutional position of the administrative agency*).²³⁷

La situación de los órganos reguladores en el derecho administrativo mexicano reviste varios de los mismos problemas que se advierten en el derecho comparado. Como lo ha descrito el administrativista José Roldan Xopa, en varios órganos reguladores mexicanos que tratan de seguir el modelo de agencias reguladoras independientes originario de la tradición administrativa anglosajona se observan problemas comparables. Al respecto el profesor del ITAM señala:

“El modelo norteamericano de ‘agencias reguladoras’ halla en los órganos desconcentrados su receptáculo [mexicano], asumiendo en varios casos funciones de emisor de normas administrativas generales..., la emisión de actos administrativos individualizados..., y aún más, en determinados casos la posibilidad de mediar o arbitrar conflictos entre los sujetos que realizan las actividades en la materia de su competencia. ... Cualquier semejanza con la concentración de poderes, es simplemente una tendencia verificable.”²³⁸

Es claro que, en materia de órganos reguladores independientes el modelo mexicano todavía no ha madurado lo suficiente, y que las tendencias observadas en el sector telecomunicaciones, aunque claras, no parecen definitivas. Por otra parte, aunque se ha avanzado en independizar gradualmente a los reguladores respecto del control político, no parece haberse avanzado en garantizar su autonomía frente al poder económico. La obligación del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios es el único avance normativo observable en este otro gran eje que guía la

²³⁷ Es el título del capítulo del libro de Breyer, Stewart, Sunstein y Spitzer en el que se revisa este problema. Ver BREYER, Stephen, STEWART, Richard, SUNSTEIN, Cass y Matthew SPITZER, op. cit., pp. 33-144.

²³⁸ ROLDAN XOPA, José, “Las nuevas comisiones reguladores y su control constitucional. El caso de la Comisión Federal de Competencia”, *Lex. Difusión y Análisis*, Año VI, núm. 70, abril 2001, p. 21.

evolución de los reguladores independientes en el derecho comparado. Pero no se han observado intentos serios de desarrollar esa perspectiva regulatoria en el derecho interno mexicano, por ejemplo, incluyendo en la Ley mecanismos que controlen los potenciales conflictos de interés de los comisionados de Cofetel.²³⁹

Dada la falta de consenso sobre una mayor autonomía para el ente regulador de las telecomunicaciones mexicanas y los problemas de acomodo constitucional intrínsecos a la operación de este tipo de entes, puede afirmarse que las perspectivas futuras de las entidades reguladoras autónomas en México son inciertas. Dependerán, al menos en parte, del buen tino que muestre el Poder Legislativo para desarrollar las grandes líneas conductoras de los órganos reguladores independientes dentro de los límites trazados por la Suprema Corte en sus sentencias recientes sobre la Cofeco y la Cofetel. Pero, en lo fundamental, el futuro de Cofetel como órgano regulador independiente del sector telecomunicaciones dependerá en gran medida del prestigio que logre acumular con su actuación y desempeño, aspectos de los que –como veremos en el siguiente Capítulo– la Cofetel todavía no puede estar muy orgullosa. Como lo señalaba José Manuel Sala Arquer respecto a la situación española:

“[Las comisiones reguladoras] deben aprovechar los poderes de que ya disponen y abrirse camino, ganando en prestigio y autoridad moral, al estilo de la evolución protagonizada –en un orden de cosas muy diferente– por el Consejo de Estado francés, de modo que, al fin y a la postre, el Derecho se limite a levantar acta de una realidad indiscutida.”²⁴⁰

²³⁹ Al respecto, ver la propuesta del doctor Ernesto Villanueva en el Apéndice de esta disertación.

²⁴⁰ SALA ARQUER, José Manuel, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Madrid, Civitas, 2000, p. 102.

III. EFECTIVIDAD DEL MODELO REGULATORIO MEXICANO EN TRANSICIÓN

El régimen jurídico de las telecomunicaciones mexicanas vive una transición regulatoria inacabada entre el monopolio y la competencia, entre el concesionamiento discrecional y la libre entrada de competidores, entre el control y la libertad tarifaria, entre el servicio público y el servicio universal, entre un órgano regulador inscrito claramente en la jerarquía político-administrativa y un ente regulador independiente. Las instituciones administrativas tradicionalmente utilizadas para la regulación del sector coexisten con una serie de instituciones nuevas introducidas en respuesta a la apertura del sector a la competencia y a tendencias de cambio jurídico observables en otras latitudes.

Pero la coexistencia paralela de las instituciones nuevas y tradicionales no es necesariamente armónica, ni representa necesariamente una solución jurídicamente eficiente. En algunos casos parecería que la situación regulatoria es más bien el fruto de un acomodo fortuito que del convencimiento real de que cierto tipo de institución es el mejor para promover el desarrollo del sector.

Vivir en el limbo de una transición regulatoria inacabada no tiene porque ser el destino de la regulación mexicana de los servicios de telecomunicaciones. Antes bien tendría que buscarse una decantación dialéctica de las mejores instituciones, de aquellas que sean más efectivas para alcanzar los objetivos de interés público que enarbola la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Pero aunque ninguna de las nuevas instituciones debería ser aceptada acriticamente, y ninguna de las viejas instituciones debiera ser rechazada porque sí, no es posible negar que los cambios observados en la regulación mexicana de las telecomunicaciones reflejan algo más que una moda regulatoria. El factor dominante debajo de los procesos de cambio jurídico es la transición hacia la competencia, una transición que se está operando en la realidad económica real de la industria mexicana –y mundial– de las telecomunicaciones. La regulación

abandona o simplifica los títulos habilitantes más restrictivos y discrecionales como la concesión porque necesita facilitar la entrada de competidores. La regulación establece la libertad tarifaria con excepciones para empresas como poder monopólico porque –bien aplicada– eso permitiría el funcionamiento más fluido del mercado. La regulación transforma las obligaciones y características del servicio público hacia modelos neutralmente competitivos (p. ej., los del servicio universal). La regulación busca descansar en un ente regulador independiente para no ser rehen de uno de los participantes y no darle ventajas indebidas frente al resto de los competidores. En las tendencias del cambio jurídico observables en el sector mexicano de las telecomunicaciones parecería estarse presentando buenos ejemplos que la realidad económica marca el sentido de cambio del derecho. Ya lo habían dicho hace mucho Carlos Marx y Federico Engels:

“Con las condiciones de vida de los hombres, con sus relaciones sociales, con su existencia social, se transforman también sus representaciones, concepciones e ideas, en una palabra, su conciencia. ¿Qué otra cosa demuestra la historia de las ideas sino que la producción intelectual se transforma al cambiar las condiciones materiales de la producción?”²⁴¹

La aparición de un nuevo derecho mexicano de las telecomunicaciones en el seno del derecho administrativo mexicano, se da con fuertes cambios en las instituciones y técnicas tradicionales del derecho administrativo mexicano. La trascendencia de los cambios jurídicos descritos y las dificultades que han enfrentado para consolidarse de una manera armónica nos revelan la ausencia de varias de las condiciones que William M. Evan señalaba como necesarias para la eficacia del nuevo derecho. En particular Evan señalaba que era necesario “que la *ratio* de la nueva ley aclare su continuidad y compatibilidad con los valores institucionalizados existentes”, “que se indiquen los modelos que puedan servir de referencia y que resulten aceptados”, y “que los agentes que imponen la aplicación del Derecho

²⁴¹ Manifiesto del Partido Comunista, citado en VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, UNAM, 1983, p. 257 (traducción de Mario de la Cueva).

acepten el comportamiento exigido por el Derecho, si no interiorizando los nuevos valores, al menos reconociendo su efectividad”.

La nueva Ley Federal de Telecomunicaciones fue introducida en 1995 sin aclarar su continuidad con los valores existentes. De hecho, la Ley representaba un rompimiento con los modelos anteriores de intervención administrativa que no se hizo explícito. En palabras de Evan, “la *ratio* de la nueva ley” no aclaró de que manera daba continuidad y era compatible con los valores institucionalizados existentes. La Ley de 1995 introdujo una retórica de competencia, trajo consigo una serie de nuevas técnicas de intervención administrativa y desplazó parcialmente a otras técnicas viejas, pero no aclaró como se preservaban los valores tradicionales institucionalizados como los de servicio público y rectoría estatal. Al describir la trayectoria y características generales de la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones apuntamos varios casos en los que se revelaban ausentes las tres condiciones para la eficacia del derecho antes referidas. Las anteriores cuestiones podrían ser consideradas como de “dogmática” jurídica, cuestiones finalmente “doctrinales”. No obstante, son cuestiones que han afectado negativamente la efectividad de la nueva regulación.

Cuando –al referirnos a la transición entre el servicio público y el servicio universal en las telecomunicaciones mexicanas– afirmamos que ni en la Ley, ni en las propuestas de reformarla se había logrado una fórmula que armonizara conceptualmente el nuevo servicio universal con nuestra tradición de servicio público, describíamos un problema dogmático, pero también un problema con consecuencias prácticas. Una formulación de servicio universal asociada a la institución del servicio público (que actualmente no tenemos, pero que la doctrina española muestra que es posible desarrollar), sería más efectiva y eficiente, que el híbrido informe de cobertura social y condicionamientos discrecionales a concesionarios que actualmente se aplica al amparo de la Ley.

Al abordar la transición entre el órgano regulador político y el desarrollo de Cofetel como órgano regulador independiente, señalamos que se trata de un proceso que no puede considerarse ni consolidado, ni bien desarrollado. La evolución que mostramos evidenciaba lo anterior de manera clara. Cofetel nació con una autonomía baja, que fue desarrollándose sobre un molde desconcentrado probablemente poco propicio para la autonomía, pero que constantemente ha enfrentado resistencias importantes provenientes de la SCT. Visto desde la perspectiva de las condiciones para la efectividad del cambio jurídico de William Evan, ese proceso chocaba con ciertos valores institucionalizados (p. ej., la subordinación jerárquica de los desconcentrados), y no cumplía con la condición de “que los agentes que imponen la aplicación del Derecho acepten el comportamiento exigido por el Derecho”. En lugar de impulsar la evolución hacia el regulador independiente, la SCT fue un actor activo en el proceso de frenarlo. Y no ha sido el único aspecto en el que la SCT ha cuestionado el nuevo modelo regulatorio. Por ejemplo, Pedro Cerisola, el Secretario de Comunicaciones y Transportes de la administración Fox, hizo una crítica muy amplia de partes centrales de dicho modelo (el mismo que está incorporado ampliamente en la regulación del sector que hemos analizado en este Capítulo). Al respecto declaró lo siguiente:

“[Algunos organismos internacionales afirman que] para que se den las inversiones del capital privado en esos países [emergentes] y se pueda realmente explotar los mercados potenciales tienen que darse tres condiciones, uno la liberación de los mercados, dos un regulador independiente que no le esconda más que a Dios y tres, cero restricciones de propiedad extranjera en las empresas de telecomunicaciones. Surgen entonces dos preguntas. La primera, ¿los países avanzados que tienen cobertura total y redes plenas, tuvieron estas tres condiciones antes o después de tener cobertura plena y redes maduras? La respuesta es que fue después... Segundo, el regulador independiente no existe prácticamente en ningún lugar... Entonces, yo pregunto y no quiero dar un nombre para que no se sienta ofendido ningún país, piensen ustedes en un país relativamente marginado, en el continente o subcontinente que quieran, ese país equis, mañana desregula cien por ciento sus mercados, crea un regulador que no le responde más que a Dios y quita cualquier restricción de propiedad extranjera en ese país marginado. ¿Se van a ir a pelear los inversionistas para desarrollar las redes telefónicas en ese país? La respuesta es no. Entonces, yo creo que estamos jugando a la teoría y yo insisto que a mi me

paga el Presidente por solucionar problemas, no por teorizarlos. Entonces, lo que tiene que haber es un modelo distinto, en donde se incentive la cobertura del país y se maduren las redes.”²⁴²

No se trata de precisiones menores, sino de cuestionamientos que atacan la idea misma de la conveniencia de la liberalización del sector, y que permiten entender algunas de las razones estructurales por las cuales la nueva regulación económica del sector telecomunicaciones no ha sido –como mostraremos en el siguiente Capítulo– muy efectiva en el logro de sus objetivos.

²⁴² Cortez, Maricarmen, *Entrevista en estudio a Pedro Cerisola y Weber*, México D.F., Programa de radio Formula Financiera, Radio Fórmula, 16 de junio de 2004, 20:20 horas (versión estenográfica recopilada por Especialistas en Medios S.A. de C.V.).

CAPÍTULO CUARTO

LOS OBJETIVOS EXPRESOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LAS TELECOMUNICACIONES Y SU DESEMPEÑO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

Esta disertación ha adoptado expresamente una metodología “funcionalista” caracterizada por su preocupación por las cuestiones funcionales del derecho, en nuestro caso específico del derecho mexicano de las telecomunicaciones. Nos interesa expresamente –dijimos– conocer los efectos de la regulación mexicana de las telecomunicaciones, en particular saber si ha “funcionado” y, más particularmente, si los efectos que ha tenido han sido acordes con sus “objetivos”. Esos objetivos se encuentran insertos en el artículo 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y –referidos a las telecomunicaciones– son: a) promover el desarrollo eficiente, b) fomentar una sana competencia, c) promover una adecuada cobertura social, y d) garantizar la soberanía nacional. El presente capítulo pretende analizar la evolución que diversos indicadores relacionados con estos cuatro objetivos (p. ej., teléfonos *per capita* para cobertura, o comparaciones tarifarias internacionales para precios) han experimentado a partir de la expedición de la nueva Ley y determinar si, en efecto, el desempeño del sector mexicano de telecomunicaciones ha sido positivo.

Pero para abordar satisfactoriamente las cuestiones anteriores es preciso abordar, a su vez, dos cuestiones previas: primera, ¿cuál es el sentido y valor jurídico de los “objetivos” de un cuerpo normativo determinado?; segunda, ¿cuál es el significado concreto de los diferentes objetivos contenidos en la Ley Federal de Telecomunicaciones? En atención a lo anterior, el presente capítulo se dividirá en tres secciones. En la primera analizaré la función normativa de los objetivos de un cuerpo jurídico. En la segunda definiré y analizaré los objetivos concretos de la Ley Federal de Telecomunicaciones. En la tercera describiré, compararé y evaluaré la evolución de diversos indicadores relacionados con los objetivos concretos antes referidos.

I. LOS OBJETIVOS DE UN CUERPO NORMATIVO Y SU FUNCIÓN

1. *Expresión de objetivos y ubicación en el cuerpo del texto normativo*

El establecimiento de textos que aludan expresamente a los objetivos de un determinado cuerpo normativo no es uniforme en el derecho mexicano, comparado o internacional, como tampoco es uniforme el valor jurídico que se da a esos “objetivos” –cuando los contiene– de un cuerpo normativo.

Históricamente la ambigüedad del valor jurídico que se asigna a los “objetivos” de una Constitución, tratado internacional o ley se ve reforzada por su ubicación en los linderos de dichos cuerpos normativos. En materia constitucional e internacional, los “preámbulos” de una Constitución o de un tratado han sido frecuentemente elegidos para expresar los objetivos del texto normativo. De hecho, la función principal del preámbulo frecuentemente ha sido expresar tales objetivos. El jurista mexicano José Ramón Cossío ha afirmado, por ejemplo, que el preámbulo de una Constitución cumple la función básica “de establecimiento de... los valores que persigue, de los bienes a los que desea otorgar su protección y de los objetivos sociales que pretende alcanzar.”¹ No obstante, en el caso mexicano, la Constitución de 1917 carece de un preámbulo que aborde sus objetivos o fines.² En materia

¹ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Los preámbulos de las constituciones mexicanas: contenidos y funciones* (documento de trabajo del Departamento Académico de Derecho), México DF, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2001, p. 16.

² El preámbulo de nuestra Constitución vigente se limita a hacer un escueto recuento de los hechos relativos a la convocatoria al Congreso Constituyente que tuvo a bien expedir la Constitución. A la letra dice: “Que el Congreso Constituyente reunido en esta ciudad el 1º de diciembre de 1916, en virtud del decreto de convocatoria de 19 de septiembre del mismo año, expedido por la Primera Jefatura, de conformidad con lo prevenido en el artículo 4º de las modificaciones que el 14 del citado mes se hicieron al decreto de 12 de diciembre de 1914, dado en la H. Veracruz, adicionando el Plan de Guadalupe de 26 de marzo de 1913, ha trenido a bien expedir la siguiente: [Constitución]”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

internacional la regla moderna establecida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es que el preámbulo forma parte de un tratado internacional y debe ser tomado en cuenta para su interpretación.³

En materia legislativa, también se han utilizado fórmulas de expresión de objetivos que generan ambigüedad sobre su valor normativo. Ha sido frecuente que los objetivos de una ley se expresen fuera del cuerpo principal y sustantivo del texto normativo, en los textos denominados “exposiciones de motivos” que acompañan a la iniciativa de ley y que expresan de manera amplia los objetivos perseguidos con la expedición de la misma.⁴ Desde luego, una vez que el texto de una iniciativa se ve modificado en el proceso legislativo, las consideraciones de los dictámenes legislativos y de los debates –cuando los hay– también pasan a jugar un papel preponderante en la interpretación. Una función de alguna manera equivalente a la de las exposiciones de motivos y dictámenes legislativos la desempeñan en materia internacional los trabajos preparatorios de un tratado (*travaux préparatoires*), en cuyos textos los intérpretes buscan desentrañar los objetivos de los tratados.⁵

Pero la ambigüedad del valor normativo de los objetivos de un cuerpo normativo – reforzada por su ubicación en los linderos– no es la regla, ni a nivel internacional ni a nivel nacional. Múltiples tratados internacionales establecen tanto en su preámbulo como directamente en su texto los objetivos que las partes persiguen con el tratado. Es el caso –por ejemplo– de la Carta de Naciones Unidas⁶ y del

³ Ver artículo 31, incisos 1 y 2, Convención sobre el Derecho de los Tratados, firmada en Viena desde el 23 de mayo de 1969 (en vigor desde el 27 de enero de 1980). Ver también

⁴ Ver SEMPÉ MINVIELLE, Carlos, *Técnica legislativa y desregulación*, 3a ed. México DF: Editorial Porrúa, 1997, pp. 16-8.

⁵ Ver MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7a ed., New York, Routledge, 1997, p. 366.

⁶ Ver artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945 (en vigor desde el 24 de octubre de 1945) (que establecen los propósitos y principios de dicho tratado).

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁷. En México encontramos cada vez más cuerpos normativos que señalan expresamente el objeto de la ley o los objetivos de la misma. El experto en técnica legislativa, Carlos Sempé, señala al respecto:⁸

Aún cuando no es indispensable, en las leyes administrativas se acostumbra señalar el objeto de la ley. Con ello se facilita conocer la intención del legislador, lo que ayuda a interpretar adecuadamente la ley.

El caso de la Ley Federal de Telecomunicaciones es particular en cuanto que si contiene una disposición expresa que señala los objetivos de la Ley y en que esta disposición se ubica en el cuerpo de su articulado (y no, por ejemplo, sólo en la exposición de motivos o en un preámbulo de la ley).

2. Función de los objetivos de un texto normativo

En caso de que lo tengan, ¿cuál es el valor normativo que pueden tener los objetivos de un cuerpo normativo? La respuesta que se ha dado a esta cuestión ha variado en diferentes casos y contextos. En pocos casos el valor normativo de los objetivos ha sido considerado nulo. Más frecuentemente los objetivos han sido considerados auxiliares en la interpretación del cuerpo normativo. En otros pocos la interpretación de los objetivos ha sido la base del reconocimiento de facultades implícitas en los órganos encargados de aplicar el cuerpo normativo, o la base de reconocimiento de obligaciones de hacer en dichos órganos.

⁷ Ver artículo 102 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte firmado en México, Washington y Ottawa el 17 de diciembre de 1992 (en vigor desde el 1º de enero de 1994). Ver también ORTÍZ AHLF, Loreta, y VÁZQUEZ PANDO, Fernando A., *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México DF, Editorial Themis, 1994, pp. 31-4.

⁸ *Ibid*, p. 121.

En el caso de los preámbulos constitucionales, la cuestión del valor normativo que debe acordársele a los “objetivos” ha sido objeto de debate entre la doctrina mexicana y estadounidense, oscilando históricamente entre quienes les niegan valor normativo y quienes los consideran un auxiliar en la interpretación constitucional.⁹ En España, la más respetada doctrina constitucional moderna se inclina a acordarle un fuerte valor normativo tanto a los enunciados contenidos en el preámbulo de la Constitución vigente de ese país como a los objetivos de política social y económica insertos en dicho texto constitucional.¹⁰

En derecho convencional internacional, la regla contemporánea más aceptada es que los objetivos establecidos tanto en los preámbulos como en los textos de los tratados deben ser tomados en cuenta para la interpretación y aplicación de los mismos. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte –por ejemplo– dice expresamente que: “Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el [tratado]...”.¹¹

Un caso de expansión del valor normativo de los objetivos de un cuerpo normativo lo encontramos a nivel internacional. Una regla de interpretación frecuentemente utilizada en el derecho internacional establece que un tratado debe ser interpretado de manera tal que sus propósitos adquieran efectividad plena.¹² Con base en la

⁹ Véase por ejemplo el debate entre constitucionalistas mexicanos sobre el valor normativo que debería acordársele al preámbulo de la Constitución mexicana de 1857, o el que tuvo lugar entre constitucionalistas estadounidenses sobre el significado y valor normativo del preámbulo de su constitución, en Cossío Díaz, José Ramón, op. cit., pp. 5–14.

¹⁰ Ver DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 2a. ed. Madrid: Ariel Derecho, 1987, pp. 41-9. También en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a ed., Madrid, Ed. Civitas, SA., 1983, pp. 68-71 y pp. 95-103.

¹¹ Artículo 102 párrafo 2, Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

¹² Se trata del llamado principio de efectividad. Ver MALANCZUK, Peter, op. cit., pp. 367-8.

aplicación de la regla anterior a los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido facultades implícitas en la ONU.¹³

Un caso diferente, pero igualmente interesante, es el que se presenta cuando la norma en la que se establecen los objetivos de un cuerpo normativo es también la norma en la que se establecen las obligaciones de hacer del órgano facultado para aplicar dicho cuerpo normativo. El constitucionalista español Ignacio de Otto ha reflexionado en torno a estas normas que denomina “de programación final”. Al respecto dice:¹⁴

Hay programación final... cuando lo que se prescribe..., [es] el logro de un fin [tal como] ‘los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida...’ [/] El problema que plantea este tipo de normas... nace del hecho de mismo de que el contenido del deber sea precisamente un *fin*.

Para de Otto este tipo de normas presenta riesgos toda vez que dejan al destinatario “un amplio margen de discrecionalidad para elegir los medios adecuados al fin.”¹⁵ Por lo anterior, dice el constitucionalista, no es extraño que tales normas “de programación final” hayan sido frecuentemente utilizadas por los Monarcas absolutistas (facultados para perseguir el bien común) o por el constitucionalismo socialista (para perseguir la materialización del socialismo). Un antídoto ofrecido por de Otto a la discrecionalidad implícita en las normas “de programación final” es interpretarlas de manera restrictiva, no privándolas de su valor como auxiliares en la interpretación del cuerpo normativo, pero si sujetándolas a ser aplicadas en conjunción con normas que no sean de programación final sino condicional (esto es, aquellas que establecen claramente supuestos de hecho

¹³ Ver *ibidem*.

¹⁴ DE OTTO, Ignacio, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 44.

concretos y sus consecuencias, y en las que la discrecionalidad del poder público está claramente acotada).¹⁶

3. *Objetivos de la normatividad mexicana de las telecomunicaciones*

En sus dos primeros párrafos el artículo 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones establece que:¹⁷

La presente Ley tiene como objetivos promover un desarrollo eficiente de las telecomunicaciones; ejercer la rectoría del Estado en la materia, para garantizar la soberanía nacional; fomentar una sana competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones a fin de que estos se presten con mejores precios, diversidad y calidad en beneficio de los usuarios, y promover una adecuada cobertura social.

Para el logro de estos objetivos corresponde a la Secretaría, sin perjuicio de las que se confieran a otras dependencias del Ejecutivo Federal, el ejercicio de [sus atribuciones].

De la anterior disposición deben destacarse dos elementos. El primero, que la Ley establece y describe de manera expresa sus propios objetivos. El segundo, que la Ley otorga diversas atribuciones a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, pero sujeta su ejercicio a que contribuya al logro de los objetivos de la Ley.

Respecto al primer elemento debe decirse que la inclusión expresa de los “objetivos de la Ley” no puede interpretarse como si fuera un simple decorado jurídico. Por el contrario, el señalamiento de los objetivos de la Ley tiene un valor normativo indudable. Más aún, cuando los objetivos de la Ley no fueron confinados a la exposición de motivos de ésta Ley, sino que se les incorporó y enumeró expresamente en el texto de la misma Ley. Ahora bien, asumiendo que los objetivos

¹⁶ Ibidem., pp. 44-9.

¹⁷ Artículo 7, Ley Federal de Telecomunicaciones.

de la Ley tienen valor normativo: ¿cuál es éste? O más adecuadamente: ¿cuáles son éstos?

Los objetivos de la Ley, en tanto que norma jurídica, pueden servir varias funciones. Una indudable es servir como fundamento para guiar la debida aplicación e interpretación de sus normas. En aquellos casos en que una determinada disposición de la Ley pueda aplicarse en un sentido u otro, deberá prevalecer aquella aplicación que mejor sirva a los objetivos de la Ley. Lo anterior resulta particularmente aplicable a la luz de lo señalado en el acápite del segundo párrafo del artículo 7 de la Ley antes citado, misma que obliga a la SCT a ejercer sus atribuciones con miras al logro de los objetivos de la Ley. Nótese que entre estas atribuciones (inicialmente de la SCT y –en algunos casos– delegadas a la Cofetel) se encuentran varias intrínsecamente regulatorias, como las de “regular el desarrollo de las telecomunicaciones”¹⁸, “expedir las normas oficiales mexicanas en materia de telecomunicaciones y otras disposiciones administrativas”¹⁹, e “interpretar esta Ley para efectos administrativos”²⁰. Dado que la Ley constituye el fundamento de los reglamentos y demás disposiciones administrativas aplicables en el sector telecomunicaciones, los objetivos de la Ley se vuelven también los de toda la regulación del sector. Y asimismo las consecuencias jurídicamente vinculantes de los objetivos de la Ley (p. ej., la aplicación de las reglas por la autoridad administrativa con miras al logro de sus objetivos), son a su vez jurídicamente vinculantes para las normas que se desprenden de la primera.

Pero la función de los objetivos de la Ley, no se limita a servir de referencia para fundar la actuación de la autoridad del sector. La función de los objetivos de la Ley es imponer a la autoridad un deber de concretarlos. A diferencia de otros cuerpos normativos, la Ley Federal de Telecomunicaciones tiene objetivos expresos que la

¹⁸ Artículo 7, fracción I, Ley Federal de Telecomunicaciones.

¹⁹ Artículo 7, fracción III, Ley Federal de Telecomunicaciones.

²⁰ Artículo 7, fracción XII, Ley Federal de Telecomunicaciones.

autoridad del sector tiene el deber de lograr. No se trata de una Ley que exista por virtud de una mera voluntad legislativa abstracta o difusamente vinculada a los fines generales del derecho. En la Ley Federal de Telecomunicaciones la voluntad legislativa hizo expresas sus intenciones concretas, entre otras: fomentar una sana competencia, garantizar la soberanía del Estado, promover el desarrollo de las telecomunicaciones, promover la cobertura social. En la Ley Federal de Telecomunicaciones el legislador estableció un responsable del cumplimiento de estos objetivos: la SCT. Y la existencia de objetivos expresos en una Ley no puede quedarse como una expresión de buenos deseos, esos objetivos *deben realizarse*. La Ley no sólo hace posible el surgimiento de un sector telecomunicaciones caracterizado por la competencia, la soberanía del Estado, la cobertura social, y el desarrollo eficiente; sino que impone esos objetivos como una meta que la autoridad del sector tiene el *deber jurídico* de alcanzar. La competencia, la soberanía, el desarrollo y la cobertura no son sólo algo a respetar y a posibilitar, sino algo a conseguir.

II. LOS OBJETIVOS DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES: DEFINICIONES E INDICADORES RELACIONADOS

Para proceder al análisis de logro de los objetivos de la Ley Federal de Telecomunicaciones resulta necesario definir primero en que consisten esos objetivos. Asimismo es preciso ligar los objetivos con indicadores concretos que nos permitan medir y evaluar su desempeño a lo largo del tiempo. En esta sección abordaremos ambas tareas para cada uno de los objetivos referidos en el acápite del artículo 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones. En el análisis de los objetivos procederemos siguiendo el orden en el que estos se presentan en la redacción del citado artículo.

1. Promover un desarrollo eficiente

El primer objetivo de la Ley señalado en el artículo 7, es “promover un desarrollo eficiente de las telecomunicaciones.” El objetivo concreto referido es el “desarrollo”, mismo al que se le aplica el calificativo de “eficiente”. ¿Qué debemos entender por éste “desarrollo eficiente” de las telecomunicaciones?

Para abordar el tema podemos partir del significado usual de los términos referidos. El Diccionario de la Lengua Española define al desarrollo como la “Acción y efecto de desarrollar o desarrollarse.” A su vez define desarrollar como “Progresar, crecer económica, social, cultural o políticamente las comunidades humanas.”²¹ Por su parte, el mismo diccionario define a la eficiencia como “virtud y facultad para lograr un efecto determinado.”²² Otro diccionario señala que la eficiencia es la “virtud para conseguir un objetivo con el menor consumo posible de recursos.”²³

A la perspectiva que nos ofrecen las definiciones semánticas de los términos, debemos añadir la que se desprende de nuestra historia constitucional. En particular debe señalarse que el concepto de “desarrollo” juega un papel central en la redacción actual de nuestro artículo 25 constitucional surgida de las reformas publicadas en 1983 y 1999.²⁴ El artículo 25 de nuestra carta magna pone énfasis en el carácter “integral” del “desarrollo nacional”.²⁵ En la génesis de la primera de estas

²¹ Voces “desarrollo” y “desarrollar”, en RAE, Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed. vol. a-g, Madrid, Espasa, 1992, p. 694.

²² Voz “eficiencia”, id, p. 792.

²³ Voz “eficiencia”, ARTHUR ANDERSEN, S.A., *Diccionario Espasa. Economía y Negocios*, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1997, p. 216.

²⁴ Reformas publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1983, y del 28 de junio de 1999 (la última reforma sólo añadió el término “sustentable” que califica al “desarrollo nacional”).

²⁵ Artículo 25, primer párrafo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

reformas jugo un papel muy importante una discusión jurídico-económica que puso énfasis en señalar que el término “desarrollo” no puede acotarse a un mero “crecimiento cuantitativo”, sino que debe ser “integral”.²⁶ Marcos Kaplan explica esta diferencia:²⁷

El mero crecimiento económico no basta... para explicar el desarrollo integral; este proceso engloba al primero, cambia las estructuras dentro de las cuales aquél ha comenzado a producirse y puede llegar a desencadenarse. Los cambios cuantitativos no son en rigor funciones de las variaciones cuantitativas... Es posible el crecimiento sin desarrollo y, a la inversa, al menos durante algún tiempo, el desarrollo sin crecimiento.

De lo anterior se deriva que el “desarrollo eficiente” a que alude el artículo 7 de la Ley es un objetivo que se manifiesta en el crecimiento económico, social, cultural y político de las telecomunicaciones. No se trata de un mero crecimiento económico cuantitativo. Este debe ser integral (de ahí la referencia a las esferas social, cultural y política), debe manifestarse en la dimensión cualitativa, y debe beneficiar a todos los grupos y clases sociales. Por tratarse de la industria de las telecomunicaciones, el desarrollo del sector se manifestará más claramente en la esfera económica o social, aunque no excluye contribuciones indirectas en las esferas política o cultural. En cualquier caso, el “crecimiento eficiente” al que alude la Ley no es de cualquier tipo, debe lograrse “con el menor consumo posible de recursos”.

Como puede observarse de la anterior definición, el objetivo de “desarrollo eficiente de las telecomunicaciones” es notablemente amplio. Se trata, de hecho y como veremos más adelante en esta misma sección, de un “objetivo marco” que puede englobar a los demás objetivos listados posteriormente en el artículo 7 de la Ley. Por lo anterior, también se presenta una gran gama de indicadores que podemos

²⁶ Respecto al debate entre economistas de diversas tendencias sobre el significado del desarrollo ver, por ejemplo, SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 14ª ed (corregida y aumentada por Andrés Serra Rojas Beltri), México, Ed. Porrúa, 1988, p. 414.

²⁷ KAPLAN, Marcos, voz “desarrollo económico”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Vol. D-H, 12ª ed, México, Ed. Porrúa, p. 1,079.

relacionar válidamente con el “desarrollo eficiente”, y utilizar para medirlo y evaluar la medida en que se ha logrado. Así pues, entre los indicadores más claramente vinculados al “desarrollo eficiente” estarían aquellos que nos refirieran la evolución del sector en términos cuantitativos (p. ej., teledensidad y densidad telefónica, inversiones en el sector) y cualitativos como (p. ej., línea telefónicas con falla, servicios nuevos introducidos), así como los que refirieran dicha evolución en términos sociales (p. ej., telefonía rural y pública, acceso a Internet público). También deberían considerarse indicadores de eficiencia (p. ej., competencia económica en diferentes sectores). Ciertamente algunos de los indicadores referidos resultan también muy útiles para evaluar el logro de los objetivos de “sana competencia” y “adecuada cobertura social”.

2. Fomentar una sana competencia

Otro objetivo de la Ley señalado en el artículo 7, es “fomentar una sana competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones a fin de que estos se presten con mejores precios, diversidad y calidad en beneficio de los usuarios”. La redacción anterior sugiere que el objetivo inmediato de “fomentar una sana competencia”, tiene a su vez tres objetivos mediatos consistentes en que como resultado de la competencia los servicios de telecomunicaciones se presten a los usuarios: a) con mejores precios, b) con diversidad, y c) con calidad.

El Diccionario de la Lengua Española define “competencia” como una “situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio.”²⁸ Asimismo define lo “sano” como aquello que es “seguro, sin riesgo”, “libre de error o vicio, recto, saludable moral o psicológicamente.”²⁹

²⁸ Voz “competencia”, RAE, Real Academia Española, op. cit., p. 523.

²⁹ Voz “sano”, idem., p. 1,843.

Utilizados conjuntamente –como lo son en el artículo 7º de la Ley Federal de Telecomunicaciones, los términos “sana competencia” aluden a una situación en la que las empresas rivalizan por ofrecer productos o servicios a los usuarios, pero no se trata de cualquier rivalidad, sino de una que sea segura y sin riesgos. ¿Cuáles son los riesgos que podrían producirse como resultado de la rivalidad empresarial? Entre otros seguramente los que se desprenden de prácticas depredadoras del mercado, donde una empresa hace –inicialmente– caer los precios a niveles excesivamente bajos con el objeto de hacer económicamente ruinoso la participación de otros competidores, sólo para –una vez eliminados éstos– volver a subir los precios sin que los usuarios tengan ya opciones de servicio. Otro tipo de riesgo que se puede presentar es cuando los competidores deciden deliberadamente restringir su oferta de productos a los usuarios, demorando la introducción de nuevas tecnologías y ofreciendo servicios anticuados. Otro riesgo más puede tener lugar cuando las empresas competidoras reducen la calidad de su producto o servicio ocasionando un deterioro tan significativo que se compromete la integridad del servicio mismo. Esta última situación puede ser particularmente riesgosa cuando se trata –por ejemplo– de servicios públicos en los que debe mantenerse un mínimo de continuidad y calidad de servicio.

Como se desprende de los ejemplos de posibles casos de “competencia riesgosa” citados en el párrafo anterior, la “sana competencia” a la que alude el artículo 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones puede y deber ser ligada a los conceptos de “mejores precios”, “diversidad” y “calidad de servicio” en beneficio de los usuarios que son los objetivos mediatos de la competencia. La competencia en si no es el objetivo a alcanzar en el sector telecomunicaciones. La competencia que se persigue es aquella que eventualmente resulta en mejores precios, diversidad y calidad de servicios.

Respecto al logro del objetivo de “sana competencia” en el sector telecomunicaciones existe un amplio número de indicadores que pueden ser utilizados para medirlo y evaluarlo. Entre estos se encuentran los indicadores que

muestren el grado de concentración existente en el sector (p. ej., porcentaje de participación de las principales empresas en cada mercado), los que muestren la evolución de los precios de diferentes servicios (p. ej., los telefónicos), los que reflejen frenos a la introducción de nuevos servicios (p. ej., introducción de nuevos servicios en México), o los que muestren la calidad de los servicios (p. ej., índices de líneas telefónicas con falla y de llamadas completadas).

3. Promover una adecuada cobertura social

Otro objetivo de la Ley señalado en el artículo 7, es “promover una adecuada cobertura social”. A diferencia de los tres objetivos revisados en los apartados anteriores (desarrollo, soberanía, competencia) cuyo significado trascendía al sector telecomunicaciones, éste cuarto y último tiene un significado estrechamente ligado a la industria regulada por la ley. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española “cobertura” es la “extensión territorial que abarcan diversos servicios, especialmente los de telecomunicaciones.”³⁰ Por su parte, el adjetivo “social” significa que la cobertura de servicios de telecomunicaciones a la que alude es aquella “relativa a la sociedad”.³¹

El concepto de “cobertura social” es objeto de desarrollo –si no de definición– en el artículo 50 de la Ley Federal de Telecomunicaciones donde se señala que:³²

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

³⁰ Voz “cobertura”, RAE, Real Academia Española, op. cit., p. 493.

³¹ Voz “social”, ibid., p. 1,894.

³² Artículo 50, primer párrafo, Ley Federal de Telecomunicaciones.

Esta adecuada provisión de acceso a servicios de telecomunicaciones contemplada por la Ley debe darse en varias dimensiones: a) territorial (“en todo el territorio nacional”), b) sectorial (“servicios públicos y sociales”, y “unidades de producción”, y c) general (“la población”).

El objetivo de “cobertura social” de la Ley debe leerse a la luz de los conceptos afines de “acceso universal” y “servicio universal” acuñados en los estudios analíticos de la política de telecomunicaciones. Para esta disciplina existen varias etapas en el desarrollo de los sistemas de telecomunicaciones en atención al grado de difusión de los servicios en un territorio y entre la población que lo habita. En una primera etapa, característica de las sociedades menos desarrolladas, el objetivo de las políticas públicas de desarrollo de las telecomunicaciones es crear redes troncales que permitan las comunicaciones de voz por vez primera entre diversas regiones de un país. En una segunda etapa, característica de sociedades de desarrollo medio, se busca proveer “acceso universal” a servicios de telecomunicaciones, lo que significa que todo individuo debe poder acceder –al menos– al servicio de comunicación de voz a través de teléfonos públicos que se encuentren a una distancia razonable de su domicilio. En una tercera etapa, que se denomina “servicio universal” y que es característica de sociedades desarrolladas, se busca que todo individuo tenga acceso a servicios de telecomunicaciones de voz y de información en su domicilio. Como puede verse, el tema de la cobertura social no es objeto de una definición uniforme en toda sociedad sino que varía en atención al nivel de desarrollo de la misma. En el caso mexicano la definición implícita de cobertura social en el artículo 50 de la Ley Federal de Telecomunicaciones (“con el propósito de que exista acceso...”) adopta el objetivo característico de sociedades de desarrollo medio, esto es, el acceso universal. Sin embargo, en ausencia de una definición expresa del objetivo de “cobertura social”, este no se encuentra necesariamente constreñido a la idea de acceso del artículo 50 antes citado, conforme a la Ley el objetivo es que la cobertura social sea “adecuada”, y si bien el nivel de adecuado de cobertura en 1995 puede haber sido el acceso universal (p. ej., un teléfono público a distancia razonable); para 2005 el objetivo adecuado

puede ser más bien el servicio universal (p. ej., un teléfono para cada persona y –al menos– acceso a Internet público a distancia razonable).

Los indicadores que pueden ser utilizados para evaluar la “adecuada cobertura social” se refieren a la penetración de servicios de telecomunicaciones (sobre todo de voz e información) entre la población en general, así como su distribución geográfica (p. ej., penetración de servicios entre estados y en las comunidades rurales). Debe subrayarse que algunos de estos indicadores (p. ej., los relativos a la penetración de servicios de voz entre la población en general, como la teledensidad) se cuentan también entre los mejores indicadores para evaluar el logro del objetivo de “desarrollo eficiente”.

4. *Garantizar la soberanía nacional*

Otro objetivo de la Ley señalado en el artículo 7, es “ejercer la rectoría del Estado en la materia, para garantizar la soberanía nacional”. En este caso el objetivo directo de la Ley –garantizar la soberanía nacional–, se ve sujeto a un medio específico –ejercer la rectoría del Estado.

Partiendo de definir el sentido común y corriente de las palabras debemos decir que “rectoría” es un término que se utiliza para referirse al “gobierno y mando de una comunidad”.³³ Por su parte, “soberanía” es la “autoridad suprema del poder público”, y “soberanía nacional”: “la que reside en el pueblo y se ejerce por medio de sus órganos constitucionales representativos”.³⁴

³³ El Diccionario de la Lengua Española define la voz “rector” como “persona a cuyo cargo está el gobierno y mando de una comunidad, hospital o colegio.” RAE, Real Academia de la Lengua, op. cit. p. 1, 745.

³⁴ Voces “soberanía” y “soberanía nacional”, idem, p. 1,889.

Como podemos observar, los términos “soberanía” y “rectoría” son hasta cierto punto ideas afines, denotando en ambos casos atributos ligados al ejercicio de los poderes del Estado (p. ej., gobierno, mando, autoridad, etc.). No obstante estos conceptos afines tienen notas que los distinguen. En el caso del término “soberanía” la nota distintiva debe ubicarse en el carácter “supremo” de la autoridad que ejerce el poder público. La soberanía no es cualquier autoridad, es una autoridad “suprema”. Por su parte, el significado de “soberanía nacional” está vinculado con las ideas políticas que ubican el origen de ese poder de “autoridad” o “mando” del Estado en el “pueblo”, ideas ligadas a ideologías democráticas.

En adición a las definiciones semánticas, debe destacarse que –tanto en el caso de la “soberanía nacional” como en el de la “rectoría estatal”– la doctrina jurídica mexicana nos proporciona definiciones que nos permiten precisar con mayor detalle el significado de los dos términos. Al respecto lo primero que debe señalarse es que ambos términos son utilizados (de manera asociada) por nuestra Constitución y juegan un papel destacado en el orden jurídico mexicano como todo, y no solo en la normatividad del sector telecomunicaciones. Al respecto debe destacarse la redacción del artículo 25 constitucional, mismo que dice.³⁵

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

Es notable la similitud en la redacción de la disposición constitucional antes transcrita, y el objetivo de la Ley Federal de Telecomunicaciones consistente en “ejercer la rectoría del Estado en la materia, para garantizar la soberanía nacional”. En ambos casos, ambos términos se encuentran estrechamente vinculados: la rectoría constituye un medio para “fortalecer” (en un caso) o “garantizar” (en el otro)

³⁵ Artículo 25, primer párrafo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

la soberanía nacional. Ciertamente de las anteriores transcripciones se desprende que el artículo 25 constitucional no sólo inspira sino también fundamenta al artículo 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Visto que en ambos casos –“soberanía nacional” y “rectoría del Estado”– se trata de términos utilizados en nuestro derecho constitucional resulta pertinente revisar las definiciones que ambos nos da la doctrina jurídica mexicana y –en su caso– la jurisprudencia.

Respecto a la “rectoría del Estado”, el Diccionario Jurídico Mexicano la define como “la capacidad jurídica del mismo para conducir la actividad económica del país.”³⁶ Se trata de una figura jurídica que se introduce en nuestro orden constitucional en 1982 como parte de lo que en su momento se denominó “el capítulo económico de la Constitución”– estrechamente vinculado con las facultades estatales de regulación de la actividad económica de los particulares.³⁷ Miguel de la Madrid Hurtado, constitucionalista y expresidente de México que jugó un papel destacado en la incorporación del concepto de “rectoría estatal” a nuestro texto constitucional, define a ésta como:³⁸

La facultad de planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, así como la regulación y fomento de las actividades que demanda el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

En su análisis del concepto, Miguel de la Madrid retoma la idea semántica del término “rectoría” y –a partir de la misma– es enfático en deslindar a la “rectoría

³⁶ OSORNIO CORRES, Francisco Javier, voz “rectoría del Estado”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Vol. P-Z, 12ª ed, México, Ed. Porrúa, p. 2,699.

³⁷ *Idem*, pp. 2,699- 2,702.

³⁸ DE LA MADRID HURTADO, Miguel, “Comentario al artículo 25. Rectoría económica del Estado y economía mixta”, AA VV, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Tomo IV, 6ª ed., Miguel Ángel Porrúa, 2003, p. 190.

estatal” de una identificación estricta con la idea de gestión económica estatal directa. Al respecto señala:³⁹

El concepto de rectoría equivale a la función misma de gobernar... [/] De esta manera, no puede pretender atribuirse al concepto de rectoría la extensión de gestión directa de los fenómenos económicos, ya sea en la forma de titularidad de propiedad y, ni siquiera. Titularidad de la gestión o administración en los procesos económicos. Debe quedar muy claro que el concepto de rectoría se usa en el texto constitucional como sinónimo de gobierno, de conducción.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho referencia al tema de la “rectoría estatal” en varias tesis aisladas durante su más reciente novena época.⁴⁰ La conceptualización de la rectoría estatal en dichas tesis es similar, constituyendo un buen ejemplo de la misma la siguiente:⁴¹

El artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece esencialmente los principios de la rectoría económica del Estado

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, FINES EXTRAFISCALES. LAS FACULTADES DEL ESTADO EN MATERIA DE RECTORÍA ECONÓMICA Y DESARROLLO NACIONAL CONSTITUYEN UNO DE SUS FUNDAMENTOS. Amparo directo en revisión 1114/2003. Mercados Regionales, S.A. de C.V. 14 de abril de 2004. También RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO EN EL DESARROLLO NACIONAL. LOS ARTÍCULOS 25 Y 28 CONSTITUCIONALES QUE ESTABLECEN LOS PRINCIPIOS RELATIVOS, NO OTORGAN DERECHOS A LOS GOBERNADOS, TUTELABLES A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, PARA OBLIGAR A LAS AUTORIDADES A ADOPTAR DETERMINADAS MEDIDAS. Amparo en revisión 1642/95. Tequila Herradura, S.A. de C.V. 18 de mayo de 2000. El Tribunal Pleno aprobó, con el número CXIV/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial.

⁴¹ RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO EN EL DESARROLLO NACIONAL. EL ARTÍCULO 25 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO OTORGA A LOS GOBERNADOS GARANTÍA INDIVIDUAL ALGUNA PARA EXIGIR, A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, QUE LAS AUTORIDADES ADOPTEN CIERTAS MEDIDAS, A FIN DE CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A AQUÉLLA.- Amparo en revisión 80/2002.-Casa Wong Multiservicios, S.A. de C.V.- 25 de septiembre de 2002. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, noviembre de 2002, página 454, Segunda Sala, tesis 2a. CXLV/2002.

para garantizar el crecimiento económico del país, lo que se logrará mediante la realización de acciones estatales a través de las cuales se aliente a determinados sectores productivos, se concedan subsidios, se otorguen facilidades a empresas de nueva creación, se concedan estímulos para importación y exportación de productos y materias primas y se sienten las bases de la orientación estatal por medio de un plan nacional; sin embargo, el citado dispositivo constitucional, no concede garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, en la vía del juicio de amparo, que las autoridades adopten ciertas medidas para que se cumpla con tales encomiendas constitucionales, pues el pretendido propósito de esta disposición se dirige a proteger la economía nacional mediante acciones estatales fundadas en una declaración de principios que se contiene en el propio precepto de la Ley Fundamental.

Como puede observarse en la conceptualización que hacen las tesis recientes de la Suprema Corte, la rectoría estatal: a) establece “principios”, b) pretende proteger la economía nacional mediante una amplia gama de “acciones estatales” (p. ej., “subsidios”, “facilidades”, “estímulos”, planeación), y c) “no concede garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, en la vía del juicio de amparo, que las autoridades adopten ciertas medidas”. Éste último punto es particularmente relevante, toda vez que de la práctica judicial que evidencian las tesis de la Corte se colige que diversos particulares han pretendido usar el concepto de “rectoría estatal” para exigir “medidas específicas” del Estado.

En lo que toca al término “soberanía nacional”, el jurista Jorge Carpizo en el *Diccionario Jurídico Mexicano* reconoce que se trata de un concepto nacido en la edad media y que ha evolucionado en la doctrina política y jurídica. Al respecto señala que la “soberanía” a secas es “la instancia última de decisión”, “la libre determinación del orden jurídico” o, retomando a Hermann Heller “aquella unidad decisoria que no está subordinada a ninguna otra unidad decisoria y eficaz.”⁴² Por lo que toca a la “soberanía nacional”, Carpizo señala que la Constitución mexicana retoma en su artículo 39 el concepto acuñado por el filósofo ginebrino Juan Jacobo

⁴² CARPIZO, Jorge, voz “soberanía”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Vol. P-Z, 12ª ed, México, Ed. Porrúa, p. 2,936.

Rousseau conforme al cual “la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo”.⁴³ Pero el origen popular del concepto de soberanía no se queda ahí, sino que se manifiesta por vías institucionales características de una “República representativa, democrática y federal” como la constituida por los Estados Unidos Mexicanos.⁴⁴ De ahí, el corolario conceptual establecido en el artículo 41 de la Constitución mexicana, mismo que señala que:⁴⁵

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de estos, y por los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores en los términos respectivamente establecidos en la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las disposiciones del Pacto Federal.

La distinción entre las voces “soberanía” y “soberanía nacional” que hace la doctrina y que se hace presente en nuestro texto constitucional pone el énfasis en el carácter democrático y sometido al estado de derecho de la última. Esta distinción la encontramos igualmente retomada en la conceptualización realizada por juristas de otras latitudes. En el derecho español, por ejemplo el término “soberanía” alude a un “atributo esencial del Estado” en su “doble vertiente de poder supremo en el interior e independiente en el exterior”. Pero la doctrina española subraya que dicho término fue utilizado “para fortalecer y extender el poder del monarca absoluto”.⁴⁶ Nada más ajeno a la idea pactista de la “soberanía nacional” que es un principio relativo a la titularidad de la soberanía en el Estado, que organiza y legitima el poder estatal sobre el axioma de su titularidad en la Nación.”⁴⁷

⁴³ Idem. Ver también artículo 39, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁴ Ver artículo 40, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁵ Artículo 41, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁶ GARCÍA ESCUDERO, Piedad, voz “soberanía”, *Diccionario Espasa Jurídico*, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1991, p. 922.

⁴⁷ BALLARÍN IRIBARREN, Javier, voz “soberanía nacional”, *ibidem*.

La Suprema Corte mexicana ha tocado el tema de la “soberanía” en algunas tesis aisladas del primer tercio del siglo XX. En algunos casos lo afirmado por éste máximo órgano de interpretación judicial no ha enriquecido sustancialmente lo señalado expresamente en la Constitución. En una de sus tesis la Corte señaló simplemente –respecto a la “soberanía nacional”– que esta “reside esencial y originariamente en el pueblo.”⁴⁸ En otra tesis de 1928 la Suprema Corte reiteró que el principio de soberanía nacional impide al Estado rebajarse al nivel de un particular en relación a los bienes de dominio público de la Nación. Al respecto la Corte dijo que:⁴⁹

La Nación ejerce su soberanía sobre los bienes de dominio público o de uso común, y nunca puede actuar, respecto de ellos, como persona susceptible de derechos y obligaciones, porque entonces se admitiría la posibilidad de que la Nación pudiera abdicar esa soberanía.

Como puede observarse de las anteriores definiciones, el segundo objetivo del artículo 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones (esto es, “ejercer la rectoría del Estado en la materia, para garantizar la soberanía nacional”), implica la capacidad efectiva del Estado mexicano para “conducir la actividad económica” en el sector telecomunicaciones (rectoría estatal), y para hacerlo de tal manera que se garantice la “autoridad suprema del Estado” en esta materia (soberanía), ejercida en beneficio del “pueblo” y mediante los cauces institucionales establecidos en la Constitución (soberanía nacional). La idea de rectoría estatal no pareciera comprometer al Estado a una orientación económica preconcebida que fuera necesariamente aplicable al sector telecomunicaciones. Antes bien, como lo sugieren la doctrina y las tesis judiciales en materia de rectoría, el Estado tiene a su disposición una amplia variedad de herramientas regulatorias y una gran libertad para la utilización

⁴⁸ SOBERANÍA NACIONAL.- T. III, p. 618, amparo administrativo, Comisión Permanente del Congreso de la Unión, 4 de septiembre de 1918.

⁴⁹ SOBERANÍA DE LA NACIÓN SOBRE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO O DE USO COMÚN. Pleno. Quinta Época. Informe 1928, p. 139

de las mismas (p. ej., la Corte ha decidido que los particulares no pueden obligarlo a adoptar las medidas que prefieran acudiendo a una definición ex profeso de rectoría estatal). Por otra parte, el ejercicio del gobierno que implica la rectoría debe estar al servicio de la soberanía nacional, es decir debe garantizar la autoridad suprema del pueblo y de las instituciones estatales en las que el pueblo deposita esta potestad superior. En el sector telecomunicaciones esto significa –entre otras cosas– que la autoridad del Estado debe reafirmarse y no puede verse sometida a intereses particulares en perjuicio del interés general.

Garantizar la soberanía nacional constituye, de hecho, un “objetivo de autoridad y gobierno efectivo” que es un fin en sí, pero también un medio para la consecución de los otros tres objetivos contemplados en el artículo 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones (esto es, “el desarrollo eficiente”, “la sana competencia”, y la “adecuada cobertura social”). Entre los indicadores que podemos relacionar con este objetivo son aquellos que nos permitan evaluar la percepción de los especialistas sobre el ejercicio de la autoridad en el sector, y diversas medidas que muestran el ejercicio de dicha autoridad (p. ej., concesiones y permisos otorgados, reglamentos y otras disposiciones administrativas emitidas).

5. Compatibilidad entre los objetivos de la Ley

Uno de los problemas recurrentes que dificultan el cumplimiento de objetivos de gobierno, se presenta cuando los objetivos asignados a un órgano de gobierno son contradictorios entre sí, o chocan con los asignados a otras entidades gubernamentales. Por lo anterior resulta pertinente analizar brevemente la congruencia de los cuatro objetivos contemplados en la Ley –desarrollo eficiente, soberanía, sana competencia y adecuada cobertura social– tanto entre sí como en relación a los principios del sistema jurídico mexicano. La revisión de estas cuestiones muestra que los objetivos de la Ley sí son congruentes con el sistema jurídico mexicano y son, asimismo, compatibles entre sí.

La congruencia con los principios constitucionales es evidente en el caso del objetivo de “garantizar la soberanía”, donde la redacción constitucional (artículo 25) empata de manera natural con la de la Ley. Asimismo los objetivos de “promover un desarrollo eficiente” y “una adecuada cobertura social” pueden fácilmente ligarse con la concepción de desarrollo integral presente en el mismo artículo 25 constitucional. Finalmente, el objetivo de “fomentar una sana competencia” también empata con la concepción procompetitiva del artículo 28 constitucional.

Adicionalmente los objetivos de la Ley son compatibles entre sí. Una sana competencia puede ser un instrumento útil para promover el desarrollo eficiente.⁵⁰ Asimismo, la relación entre una sana competencia y una adecuada cobertura social también es natural, y las potenciales tensiones que más fácilmente podrían presentarse entre estos dos objetivos son resueltas en la propia Ley (p. ej., art. 51). En todo caso garantizar la soberanía del Estado y su rectoría sobre el sector telecomunicaciones se antoja indispensable para concretar los tres objetivos restantes. Sin una intervención oportuna del Estado el desarrollo puede no ser tan vigoroso, ni tan eficiente. Sin la intervención oportuna del Estado las prácticas restrictivas de algunos operadores pueden impedir la sana competencia en el sector. Sin la rectoría del Estado la cobertura de servicios de telecomunicaciones puede crecer pero dejando de lado a algunos grupos o a sectores marginados de la población. En cualquier caso la rectoría estatal y la autoridad suprema del Estado resulta indispensable para armonizar casos y decidir potenciales conflictos entre objetivos.

⁵⁰ El objetivo de “sana competencia” es un objetivo de carácter fundamentalmente económico, estrechamente vinculado al objetivo de “desarrollo eficiente” que también está incorporado en el artículo 7 de la Ley. Un supuesto importante de la economía es que la rivalidad entre empresas que buscan la preferencia de los usuarios para sus productos o servicios (esto es, la competencia), las conduce naturalmente a buscar constantemente producir u ofrecer tales productos o servicios con el menor consumo posible de recursos (esto es, con eficiencia). En este orden de ideas la competencia conduce al desarrollo eficiente.

III. EVOLUCIÓN DE DIVERSOS INDICADORES RELACIONADOS CON LOS OBJETIVOS DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

En esta sección revisaremos diversos indicadores que nos muestran el avance (o no) que ha tenido lugar en el logro de los objetivos de la Ley. Utilizamos indicadores que consideramos representativos. No obstante, somos conscientes de que en varios rubros no contamos con los indicadores idóneos. Un sesgo natural en esta sección se refiere a privilegiar los indicadores sobre los servicios telefónicos, mismos que por el peso económico que representan son los más relevantes en el sector telecomunicaciones, pero también los más abundantes y de mejor calidad. La información sobre aspectos específicos de varios otros servicios de telecomunicaciones de menor importancia, frecuentemente es escasa cuando no inexistente (p. ej., en el rubro de calidad). Otro sesgo se refiere a la dificultad de contar con series estadísticas para medir la evolución de cuestiones más abstractas relacionadas –por ejemplo– con la soberanía. En cualquier caso, tratamos de subsanar las deficiencias con los datos disponibles (aunque no sean los idóneos).

1. *Desarrollo eficiente*

Existen múltiples indicadores que pueden reflejar el desarrollo eficiente del sector telecomunicaciones. De hecho, varios de los indicadores que revisaremos más abajo para evaluar la sana competencia y la adecuada cobertura social son a su vez indicadores del desarrollo eficiente del sector.⁵¹ Dado que en los siguientes apartados haremos el análisis de tales indicadores complementarios y sin restarle importancia a su peso en relación al objetivo de “desarrollo eficiente”, en éste apartado nos concentraremos en revisar la evolución de los dos indicadores globales del desarrollo de las telecomunicaciones que consideramos más importantes y representativos: la densidad telefónica y las inversiones en el sector.

⁵¹ Como señalamos anteriormente, el “desarrollo eficiente” puede válidamente ser calificado como un “objetivo marco” que engloba a la “sana competencia” y a la “adecuada cobertura social”.

A. Evolución de la teledensidad y la penetración telefónica móvil

La teledensidad (el número de líneas telefónicas fijas por cada 100 habitantes) es probablemente el indicador individual más utilizado a nivel internacional para medir el nivel de desarrollo de las telecomunicaciones en un país determinado. La importancia de este indicador está estrechamente relacionada con el carácter central que los servicios telefónicos fijos han jugado en el sector telecomunicaciones durante el último siglo. Más recientemente, dada la importancia creciente de la telefonía móvil, los analistas también analizan la penetración de servicios proporcionados con ésta última tecnología.

Como puede observarse en la siguiente tabla, la teledensidad creció muy lentamente en México en las primeras nueve décadas del siglo XX, llegando a un nivel de menos de 7 teléfonos por cada 100 habitantes en 1990.

Teledensidad en México, 1913-1990
(Teléfonos fijos alámbricos por cada 100 habitantes)

1913	1920	1930	1940	1950	1960	1970	1980	1990
.28	.41	.52	.73	.76	.90	1.69	3.93	6.59

Fuente: Reyes Aldorso con datos de Anuario estadístico de la SCT

No obstante, a partir de 1990 la teledensidad mexicana despegó, particularmente entre 1997 y 2006, nueve años en los que el crecimiento de la telefonía básica se duplicó (y añadió 10 millones de líneas). No obstante el desarrollo más impresionante correspondió a la telefonía móvil y tuvo lugar en la misma etapa (1998 – 2006), en la cual el número de teléfonos móviles se multiplicó más de diez veces (y añadió 50 millones de líneas). Lo anterior puede observarse en las siguientes tablas.

Penetración Telefónica en México, 1990-1997
(Teléfonos fijos y móviles por cada 100 habitantes)

Tipo	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Fija	6.59	7.0	7.8	8.6	9.4	9.6	9.5	9.8
Movil	0.1	0.2	0.4	0.4	0.6	0.8	1.1	1.8

Elaboración: Propia con datos de Sexto Informe de Gobierno 2006.

Penetración Telefónica en México, 1998-2006
(Teléfonos fijos y móviles por cada 100 habitantes)

Tipo	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Fija	10.3	11.2	12.3	13.5	14.5	15.7	17.2	18.6	20.3
Movil	3.5	8.0	14.0	21.4	25.2	28.9	36.5	44.4	52.1

Elaboración: Propia con datos de Sexto Informe de Gobierno 2006.

No obstante el indudable desarrollo que se observa en la penetración telefónica mexicana, el crecimiento acelerado del sector también se presentó en otros países. Una vez que se comparan los datos mexicanos con los de estos países, nuestro crecimiento no resulta tan espectacular. La siguiente tabla compara la evolución de la teledensidad en diferentes países de América Latina entre 1990 y 2001. En esos datos podemos constatar que el despegue de la teledensidad mexicana en realidad fue mediocre comparado con el de varios países con un nivel de desarrollo comparable al nuestro (p. ej., Brasil, Chile o Uruguay). La comparación con Brasil es particularmente interesante por ser un país que en 1990 tenía la misma teledensidad que México y que en once años (2001) llegó a una teledensidad de casi 22 líneas por cada 100 habitantes, misma que México no ha podido alcanzar todavía en 2005.⁵²

⁵² Al respecto ver en general MARISCAL, Judith, *Digital divide in Mexico (Documento de trabajo Número 135)*, México DF, CIDE, noviembre de 2003, 28 pp.

Tabla: Teledensidad en América Latina (1990-2001)
(Teléfonos fijos alámbricos por cada 100 habitantes)

País	PIB per capita (2000)	Teledensidad (1990)	Teledensidad (1995)	Teledensidad (2001)	Crecimiento Promedio anual (%)
Uruguay	6,009	13.43	19.50	28.29	7.05
Chile	4,609	6.60	12.74	23.90	12.64
Brasil	3,500	6.50	8.51	21.69	11.78
Colombia	1,958	6.91	10.05	17.06	8.69
México	5,807	6.48	9.39	13.48	6.95
Venezuela	4,985	7.63	11.38	11.2	3.7
Ecuador	1,076	4.78	6.09	10.37	7.42
Perú	2,101	2.61	4.71	7.75	11.18
Guatemala	1,674	2.13	2.87	6.47	10.82

Elaboración: Mariscal con datos de UIT. Los datos de teledensidad para México difieren ligeramente de obtenidos a partir de la información del Sexto Informe de Gobierno 2006.

Datos más recientes de cobertura de los servicios telefónicos en México siguen siendo elocuentes respecto al rezago mexicano: para 2004 México sólo tenía 16.85 líneas telefónicas principales por cada 100 habitantes.⁵³ El número equivalente para países de desarrollo comparable al mexicano como Chile y Uruguay es de 24.7 y 25.3 líneas por cada cien habitantes respectivamente.⁵⁴ Por otra parte, incluso si se revisa la cobertura provista por la telefonía inalámbrica en la que el desarrollo de la competencia ha permitido a México tener un relativamente buen desempeño, el nivel de desarrollo mexicano sigue sin ser equivalente al de los mejores estándares internacionales de países similares. Mientras que en 2004 México tiene 33.7 teléfonos móviles por cada cien personas, países como Malasia y Corea del Sur

⁵³ Estimación basada en datos de Presidencia de la República, *Cuarto Informe de Gobierno, Anexo Estadístico*, México, Talleres Gráficos de la Nación, 2004, p. 12 y p 451 (en lo sucesivo Anexo Estadístico, Cuarto Informe de Gobierno 2004).

⁵⁴ Anexo Estadístico, Cuarto Informe de Gobierno 2004, p. 435.

tenían en 2003 una densidad telefónica móvil de 49.2 y 69.4 teléfonos móviles por cada cien habitantes respectivamente.⁵⁵

B. Evolución de la inversión en el sector telecomunicaciones

Así como la penetración telefónica es el gran indicador de desarrollo actual del sector, el tamaño y composición de las inversiones muestra el interés que existe en su desarrollo futuro. La siguiente tabla muestra como, a pesar de que las inversiones del sector telecomunicaciones habían seguido una trayectoria creciente sostenida desde 1994, en 2002 y 2003 la inversión total en el sector cayó significativamente. Aunque la inversión ha vuelto a subir en los últimos dos años se encuentra lejos de los más altos niveles que observó en 2000 y 2001. Por otra parte, la composición de la inversión también nos muestra el desinterés gubernamental por impulsar con inversiones propias el desarrollo en el sector telecomunicaciones: desde 1994 (e incluso desde la privatización de Telmex) el nivel de la inversión pública es inferior al 1% de la inversión total en el sector.

Tabla. Inversión en Telecomunicaciones
(millones de pesos)

Año	Privada	Pública	Total
1994	\$ 5,707.3	\$ 423.6	\$ 6,130.9
1995	\$ 9,550.2	\$ 279.0	\$ 9,829.2
1996	\$ 12,128.2	\$ 466.5	\$ 12,594.7
1997	\$ 15,550.2	\$ 857.6	\$ 16,407.8
1998	\$ 28,894.5	\$ 336.0	\$ 29,230.5
1999	\$ 38,500.8	\$ 300.1	\$ 38,800.9
2000	\$ 48,843.7	\$ 470.9	\$ 49,314.6
2001	\$ 53,713.1	\$ 113.2	\$ 53,826.3
2002	\$ 29,983.2	\$ 90.1	\$ 30,073.3
2003	\$ 26,775.6	\$ 203.6	\$ 26,979.2
2004	\$ 39,028.7	\$ 149.4	\$ 39,176.1
2005	\$ 38,372.4	\$ 318.7	\$ 38,691.1
2006	ND	ND	\$ 39,444.2

Fuente: SCT y Cofetel. Cifras para 2005 preliminares.
Cifras para 2006 estimadas.

⁵⁵ Idem.

Dado el nivel de las inversiones recientes (todavía no a la altura de 2000 y 2001) no puede esperarse un desarrollo futuro sustancialmente superior al observado en los últimos nueve años (mismo que –si consideramos el desarrollo de la teledensidad– aunque considerable, no estuvo a la altura del desempeño observado en otros países similares a México).

2. Sana competencia

Respecto al logro del objetivo de “sana competencia” en el sector telecomunicaciones existen varios indicadores que pueden ser utilizados para evaluarlo y relacionarlo con los tres objetivos secundarios de la competencia (mejores precios, mayor variedad y mejor calidad de servicio). Entre los indicadores directos de la competencia se encuentran los que muestran el otorgamiento de concesiones y permisos que autorizan la entrada de nuevos operadores al sector, así como la participación de mercado de los principales operadores en el sector. También tenemos indicadores que muestran la evolución de las tarifas de diferentes servicios (p. ej., telefónicos o de Internet). Asimismo contamos con indicadores que reflejan la fecha de introducción de nuevos servicios. Finalmente tenemos indicadores que nos muestran la calidad del servicio (p. ej., telefónico).

A. Competencia en sí

Desde la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones (y desde antes en el caso de algunos servicios) la competencia es posible en prácticamente todos los servicios de telecomunicaciones. No obstante la reducción de las barreras de entrada a nuevos operadores no ha implicado en todos los casos el desplazamiento de los operadores preexistentes. En varios mercados de servicios de telecomunicaciones la participación de mercado de los nuevos operadores es todavía muy reducida.

a. Participación de los operadores e índices de dominancia en los principales mercados de telecomunicaciones

La participación de mercado de los diferentes operadores de servicios de telecomunicaciones constituye un buen indicador del avance de la competencia. En este apartado revisaremos la posición de los competidores cinco mercados de servicios de telecomunicaciones diferentes: telefonía local (alámbrica), telefonía de larga distancia, telefonía móvil, servicios de datos, y televisión de paga.⁵⁶ Es importante destacar que dada la creciente convergencia entre servicios de telecomunicaciones, el nivel de competencia puede ser superior al que reflejan las siguientes tablas, y la definición del mercado relevante no es necesariamente estable. Por ejemplo, aunque todavía se justifica hablar de dos mercados diferentes la telefonía local alámbrica enfrenta una competencia cada vez mayor de la inalámbrica. Otro ejemplo de la convergencia de servicios (y la competencia que trae aparejada) puede observarse en el cada vez más importante mercado de servicios de acceso a Internet de banda ancha donde compiten empresas de telefonía local alámbrica, telefonía de larga distancia, televisión por cable, y televisión vía microondas entre otras.

El mercado de telefonía local alámbrica mexicano se encuentra abrumadoramente dominado por Telmex. La siguiente tabla muestra como –a 11 años de expedición de la Ley y del otorgamiento de concesiones para la prestación de este servicio– Telmex retiene el 96% de participación de mercado. Ese año (2005) el mercado de telefonía fija tenía un Índice Herfindahl Hirschman de 0.86, lo que permite caracterizarlo como un mercado altísimamente concentrado.

⁵⁶ Los datos de participación de mercado utilizados están basados en la información contenida en BAEZ, Gabriela, *Communications markets in Mexico 2004*, Cambridge, MA, Pyramid Research, 2004, 218 pp., así como en BAEZ, Gabriela, y SALVADOR, Omar, *Communications markets in Mexico 2006*, Cambridge, MA, Pyramid Research, 2006, 230 pp. Los índices de dominancia (esto es, el Índice Herfindahl-Hirschman) están tomados de PIEDRAS, Ernesto, “Medios, telecomunicaciones y brecha cultural”, *Este País (Cultura)*, núm. 193, abril de 2007, pp. 24-5.

Telefonía local alámbrica
(porcentaje de líneas)

Empresa	1995	2004	2005
Telmex	100%	97%	96%
Otros	0%	3%	4%

Fuente: Pyramid Research

No obstante, la elevada participación de Telmex en el mercado de telefonía local alámbrica en términos de líneas no significa que reciba todos los ingresos de los usuarios, como lo muestra la siguiente tabla la competencia por el servicio de telefonía de larga distancia es mucho más vigorosa y la participación de mercado de Telmex mucho más reducida (aunque siga manteniendo el control del mayor número de líneas). No obstante, incluso en este mercado debe observarse con preocupación que entre 2004 y 2005 la participación de Telmex no sólo no cayó sino que se volvió mayor.

Telefonía de larga distancia
(porcentaje de minutos)

Empresa	1997	2004	2005
Telmex	100%	67%	73%
Avantel	0%	14%	11%
Alestra	0%	9%	7%
Otros	0%	10%	9%

Fuente: Pyramid Research

Un mercado en el que con una estructura de participaciones muy similar composición muy similar a la de la telefonía de larga distancia es el de servicios de transmisión de datos. Se trata de un mercado de creciente importancia económica utilizado fundamentalmente por grandes corporativos privados y por el sector público.

Servicios de transmisión de datos
(porcentaje de ingresos)

Empresa	2004	2005
Telmex	67%	68%
Avantel	15%	15%
Alestra	9%	8%
Otros	9%	9%

Fuente: Pyramid Research

Otro mercado en el que se observa una elevada concentración, pero también una competencia notablemente más vigorosa que la existente en telefonía local alámbrica es el de telefonía inalámbrica. En este mercado, Telcel –la empresa hermana de Telmex– es el participante dominante. Pero enfrenta una fuerte competencia de Telefónica, y del dúo Iusacell – Unefón (recientemente fusionados). El Índice Herfindahl Hirschman para la telefonía móvil en 2006 es alto (0.62) y refleja un mercado altamente concentrado, pero su evolución ha sido positiva para la competencia puesto que el índice ha caído de niveles superiores al 0.70 en 2001.⁵⁷

Telefonía inalámbrica
(porcentaje de suscriptores)

Empresa	2004	2005
Telcel	76%	77%
Telefónica	15%	14%
Iusacell	4%	4%
Unefón	4%	3%

Fuente: Pyramid Research

Por otra parte, como se puede observar en la siguiente tabla en el mercado de servicios de acceso a Internet, donde Telmex sigue siendo la empresa más importante, la erosión de su participación de mercado es todavía mayor a la observada en el mercado de telefonía de larga distancia. En este mercado de servicios de telecomunicaciones crecientemente importante Telmex tiene que

⁵⁷ Ver PIEDRAS, Ernesto, "Medios, telecomunicaciones y brecha cultural", *Este País (Cultura)*, núm. 193, abril de 2007, p. 25.

competir con empresas de televisión por cable (p. ej., Megacable, Cablemás e Intercable), empresas especializadas en acceso a Internet (AOL y Terra), empresas de telefonía inalámbrica (Axtel), y empresas de telefonía de larga distancia (Avantel y Alestra). No obstante debe observarse con preocupación el rápido y fuerte avance en la participación de Telmex en el acceso a Internet: en sólo un año. de 2004 a 2005, la empresa ganó nueve puntos porcentuales del mercado.

Acceso a Internet
(porcentaje de total de cuentas)

Empresa	2004	2005
Prodigy/Telmex	58%	67%
Megacable	6%	7%
Cablemás	6%	3%
Terra	5%	5%
AOL México	3%	2%
Avantel	3%	2%
Axtel	2%	2%
Alestra	2%	2%
Intercable	1%	-
Otros	16%	10%

Fuente: Pyramid Research

Un mercado de telecomunicaciones que muestra una competencia fuerte y hasta cierto punto más equilibrada es el de televisión de paga. En este compiten cinco jugadores principales, aunque dos de los competidores son empresas hermanas del grupo Televisa (Cablevisión y Sky). Televisa se encuentra además en proceso de adquisición de varias empresas de televisión por cable (p. ej., Cablemás). No la medición del Índice Herfindahl Hirschman en 2005, muestra que este alcanza 1.104 para la televisión de paga (concentración moderada) lo cual lo hace el más competido de los mercados del sector mexicano de telecomunicaciones.

Televisión de paga
(porcentaje de suscriptores)

Empresa	2004
Sky	58%
MVS	12%
Megacable	12%
Cablemás	11%
Cablevisión	11%
Otros	33%

Fuente: Pyramid Research

Un corte diferente en el que se distinguen diferentes tecnologías utilizadas para la televisión de paga nos muestra que la competencia en este sector se da entre plataformas tecnológicas, cada una de las cuales (salvo por la televisión por cable) está dominada por una gran empresa.

Televisión de paga en 2005
(porcentaje de suscriptores)

MMDS		DTH		CABLE	
MVS	97%	Sky	100%	Megacable	20%
Otros	3%			Cablemas	19%
				Cablevisión	13%
				Telemedia	7%
				Otros	42%

Fuente: Pyramid Research

B. Mejores precios

a. Evolución de tarifas de servicios de telecomunicaciones

Las tarifas de servicios de telecomunicaciones han descendido en México la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Sin embargo, es evidente que la proporción en que las tarifas han disminuido ha variado dependiendo de la competencia que prevalece en cada sector. Los sectores en los que la competencia ha sido limitada y la regulación poco estricta (p. ej., telefonía fija local) han experimentado reducciones tarifarias significativamente menores.

La siguiente tabla muestra la reducción que ha tenido lugar en el principal servicio de telecomunicaciones (telefonía local) provisto por el principal concesionario del sector (esto es, Telmex). De acuerdo a estos datos, entre 1998 y 2004 las tarifas del servicio de telefonía local de Telmex cayeron en términos reales entre 14% (la renta básica y el servicio medido) y 19% (los gastos de instalación).⁵⁸ La reducción es significativamente baja y refleja el reducidísimo nivel de competencia prevaleciente en el sector.

Tarifas del servicio local fijo residencial de Telmex
(pesos de junio de 2006)

Servicio	1998	2001	2004	2006
Gasto de instalación	\$ 1,393.44	\$ 1,261.37	\$ 1,130.00	\$ 1,130.00
Renta básica	\$ 182.56	\$ 174.75	\$ 156.55	\$ 156.55
Servicio medido	\$ 1.72	\$ 1.65	\$ 1.48	\$ 1.48

Fuente: Cofetel.

En el caso de telefonía de larga distancia, donde la competencia entre operadores es mayor, la reducción tarifaria ha sido mucho más importante. La siguiente tabla muestran la reducción que se ha observado en las tarifas de servicio de larga distancia nacional, larga distancia internacional (Estados Unidos y Canadá), y larga distancia mundial (resto del mundo).⁵⁹

⁵⁸ Sin embargo, la reducción en las tarifas locales debe compensarse con un alza tarifaria significativa de más de 15% en la canasta de servicios controlados que tuvo lugar en 1997 (y que se concentró en el componente de telefonía local de la canasta). Ver COFETEL, Comisión Federal de Telecomunicaciones, *Evolución de las tarifas telefónicas en México*, México DF, Comisión Federal de Telecomunicaciones, agosto de 2004, pp. 5-6.

⁵⁹ La información utilizada proviene de IMCO, Instituto Mexicano para la Competitividad AC. 2005. *Situación de la Competitividad de México 2004. Hacia un pacto de competitividad*, Monterrey, Grupo Impresores Unidos, 2005, 412 pp.

Tarifas de telefonía de larga distancia
(pesos constantes por minuto)

Servicio	1996	2003
Larga Distancia Nacional	\$ 3.70	\$ 1.00
Larga Distancia Internacional	\$ 10.90	\$ 3.30
Larga Distancia Mundial	\$ 20.90	\$ 6.40

Fuente: IMCO.

A pesar de la caída de las tarifas de la telefonía local y de larga distancia, el servicio telefónico mexicano sigue siendo significativamente caro para estándares internacionales. La siguiente tabla muestra el valor de una canasta de servicios telefónicos residenciales utilizada por la OCDE para comparar los costos en diferentes países de dicha organización.⁶⁰ Como puede verse en 2004 los servicios telefónicos mexicanos siguen siendo notablemente caros para los estándares internacionales de países con industrias telefónicas eficientes.

Canasta de servicios telefónicos residenciales en agosto de 2004
(dólares PPP)

País	Costo
México	\$ 932.23
Estados Unidos	\$ 637.69
España	\$ 578.75
Corea del Sur	\$ 551.17
Canadá	\$ 517.26
Reino Unido	\$ 433.15
Suiza	\$ 398.76

Fuente: OCDE.

Los datos de la OCDE para 2006, en los que se distinguen tres niveles de uso, siguen ubicando a México entre los países con tarifas telefónicas más altas.

⁶⁰ Los datos fueron tomados de OECD, Organization for Economic Co-operation and Development, *OECD Communications Outlook 2005*, Paris, OECD Publishing, 2005, 324 pp.

Canasta de servicios telefónicos residenciales en agosto de 2006
(dólares PPP)

País	Uso alto	Uso medio	Uso bajo
México	\$ 1,180.0	\$ 791.0	\$ 605.0
Estados Unidos	\$ 520.0	\$ 398.0	\$ 308.0
España	\$ 990.0	\$ 548.0	\$ 453.0
Corea del Sur	\$ 976.0	\$ 404.0	\$ 332.0
Canadá	\$ 389.0	\$ 345.0	\$ 301.0
Reino Unido	\$ 800.0	\$ 506.0	\$ 394.0
Suiza	\$ 796.0	\$ 410.0	\$ 306.0

Fuente: OCDE.

b. Operación del sistema de precios tope de Telmex

El caso de las ganancias por productividad que, a partir de 1997, Telmex ha estado obligado a transferir a sus usuarios del servicio local y de larga distancia, es una de las instancias en las que la autoridad ha obligado al concesionario a reducir los precios que deben pagar los usuarios. Las ideas básicas de esta pieza de regulación eran proporcionar precios más bajos para los usuarios, a la vez que se establecían incentivos a aumentar la productividad de la industria. La decisión de Telmex de congelar las tarifas de sus servicios desde el 2000 está estrechamente relacionada con esta regulación. Medida en términos económicos, la ganancia social por el factor productividad entre 1997 y 2003 ha sido superior a 16,280 millones de pesos de 1997 (ver siguiente Tabla). Para los usuarios de Telmex, las tarifas congeladas significan que han comenzado a pagar cada vez menos por el servicio local y que cada día pagaran menos aún. Para la principal empresa del sector significa que –para seguir siendo rentable– tiene que encontrar constantemente maneras de volverse más productiva. No obstante, como vimos en el comparativo tarifario de la OCDE en el apartado anterior, Telmex tiene todavía un amplísimo margen para recortar tarifas. En este sentido la ganancia social por la regulación tarifaria de Telmex podría haber sido significativamente mayor a la observada en los últimos años.

**Ganancia Social por Factor Productividad
en Título de Telmex
(millones de pesos de 1997)**

AÑOS	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Ingresos por Servicios en Canasta sujeta a Control Tarifario *	57,267.0	69,103.4	62,501.3	62,780.4	60,680.4	55,382.5	54,358.7
Factor Productividad (X)	3%**	3%**	4.5%	4.5%	4.5%	4.5%	3%
Ganancia Social	1,718.0	2,073.1	2,812.5	2,825.1	2,730.6	2,492.2	1,630.7

Fuente: Propia con datos de los Informes Anuales de Telmex. Notas: * Ingresos por servicio local y de larga distancia nacional e internacional. Base 1997 con el INPC Main Economic Indicators, OCDE, febrero de 2003. ** Anualizado.

C. Variedad de servicios

La variedad de servicios de telecomunicaciones es uno de los rubros en los que la trayectoria mexicana de la última década parece ser satisfactoria. La introducción de nuevos servicios ha sido una de las consecuencias naturales de la llegada de nuevos competidores, y ha sido el rubro en el que los efectos de la competencia son más evidentes (a diferencia del rubro de precios). La siguiente tabla compara los servicios de telecomunicaciones disponibles en el mercado mexicano en tres años distintos (1990, 1997 y 2004).

Servicios nuevos disponibles

Servicio	1990	1997	2004
Telefonía básica	X	X	X
Telefonía celular	X	X	X
Radiotelefonía	X	X	X
Enlaces: 64, 128 y 2M		X	X
Red de datos UniNet		X	X
Internet Dial-Up y Directo (IDP)		X	X
Planes tarifarios de LD		X	X
ADSL			X
Enlaces de banda ancha (+ de 2M)			X
Red privada virtual VpNet			X
Líneas prepagadas Multifón			X
Buzón electrónico			X
Servicios digitales			X
PIP (Internet con computadora)			X
Redes corporativas desagrupadas			X
Planes tarifarios telefonía local			X

Fuente: IMCO

D. Calidad de servicios

La calidad de servicios telefónicos es un rubro en el que el desempeño en los últimos años ha sido irregular. Algunos de los indicadores más importantes de la calidad del servicio telefónico fijo han experimentado una mejoría significativa en los últimos años, pero en algunos sectores como la telefonía móvil la calidad del servicio ha sido –y es todavía– motivo de especial preocupación social.

La evolución de la calidad de la telefonía fija residencial ha sido satisfactoria. La siguiente tabla muestra la evolución del porcentaje de líneas con falla reportadas por Telmex en los últimos años.⁶¹

**Líneas con falla
(Porcentaje)**

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Telmex	4.6	3.7	3.3	2.8	2.2	2.0	1.9	1.7	1.2

Fuente: OCDE, con base en datos de la empresa.

Otro servicio que ha mostrado una evolución satisfactoria en sus indicadores de calidad es la telefonía pública. La siguiente tabla muestra la evolución del porcentaje de teléfonos públicos de Telmex que funcionan adecuadamente.

**Teléfonos públicos que funcionan
(Porcentaje)**

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Telmex	93.0	95.5	96.6	97.9	98.2	98.3	98.4	98.7	98.7

Fuente: OECD, con base en datos de la empresa.

Pero no todos los indicadores de calidad de la telefonía básica han mostrado mejoría en los últimos años. Por ejemplo, un indicador clave de la calidad de las redes telefónicas de un país es la proporción de llamadas de larga distancia internacional entrante que pasan al primer intento. El indicador refleja diversas cuestiones, incluyendo por ejemplo la saturación de las redes. A diferencia de otros indicadores de calidad este no es calculado por la misma empresa evaluada, sino que es medido por instancias internacionales imparciales (p. ej., la Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT) que hacen llamadas desde el extranjero a cada uno de los países. La siguiente tabla muestra la evolución de esta proporción para el caso mexicano y para el promedio de los países de la OCDE, resaltando las todavía significativas deficiencias de las redes telefónicas mexicanas. En el caso

⁶¹ Los datos deben tomarse con alguna reserva dado que se generan a partir de informes de la propia empresa (y no por ejemplo a partir de los quejas de los clientes). Ver idem, p. 232 y p. 242.

mexicano, resulta curioso notar como la calidad en los últimos cuatro años reportados es inferior a la de los cuatro años anteriores.

**Proporción de llamadas internacionales entrantes que conectan
(Porcentaje)**

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
México	48.8	52.2	50.2	52.7	51.8	49.9	48.8	41.2	49.3
Promedio OCDE	59.4	59.4	60.4	61.6	61.3	61.7	60.8	60.3	60.5

Fuente: OCDE, con base en datos de UIT.

Uno de los mercados en los que la calidad de servicio se convirtió en un tema del debate público mexicano fue el de la telefonía móvil (p. ej., celular o PCS). Desde 1999 la Cofetel anunció acuerdos con las empresas concesionarias para establecer mejorar la calidad de servicio y establecer niveles mínimos obligatorios.⁶² Sin embargo, no fue sino hasta cuatro años después (2003) que la acción regulatoria de la autoridad tomó forma normativa (no de simples acuerdos) y se emitió un plan técnico para regular la calidad de servicio de la telefonía local móvil.⁶³ La siguiente tabla muestra la baja y dispar calidad del servicio telefónico móvil detectada en un monitoreo de la Cofetel en Toluca en 2001.

Calidad de servicio local móvil en Toluca

⁶² Ver COFETEL, Comisión Federal de Telecomunicaciones, *La Cofetel y las concesionarias del servicio de radiotelefonía móvil con tecnología celular acuerdan los índices de calidad que deberán cumplir en la prestación del servicio a sus usuarios* (Boletín de prensa 40/99), 21 de octubre de 1999.

⁶³ Ver Acuerdo mediante el cual la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a través de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, emite el Plan Técnico Fundamental de Calidad de las Redes del Servicio Local Móvil, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 5 de agosto de 2003.

(2001)

Concesionario	Llamadas caídas	Llamadas incompletas
Telcel	1.2%	2.8%
Iusacell	0.3%	2.3%
Pegaso (ahora Telefónica)	2.2%	11.9%
Unefon	0.3%	2.0%

Fuente: Cofetel.

3. *Adecuada cobertura social*

Algunos de los mejores indicadores para medir la “adecuada cobertura social” (p. ej., teledensidad o penetración telefónica móvil) han sido desarrollados anteriormente en la sección relativa a los indicadores de “desarrollo eficiente”. Pero los indicadores de globales ya revisados no reflejan una de las preocupaciones fundamentales relacionadas con la idea de la “adecuada cobertura social” que es la justa distribución de servicios entre las diferentes partes de la población. Por ello en esta sección nos concentraremos en los indicadores que miden la adecuada distribución de los servicios de telecomunicaciones entre la población más desfavorecida, particularmente aquella que reside en localidades más apartadas (p. ej., rurales), o la que no puede pagar el servicio de telecomunicaciones en su domicilio y tiene que hacer uso de las telecomunicaciones públicas (p. ej., telefonía o Internet públicos).

A. Evolución de la telefonía pública

La telefonía pública ha crecido aceleradamente a partir de la expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones. En particular a partir de 1997 la entrada de varios nuevos permisionarios de telefonía pública contribuyó a aumentar el número de aparatos instalados. La siguiente tabla muestra la evolución observada en la telefonía pública en México.

Telefonía Pública

	1995	1998	2001	2004	2005
Aparatos	246,546	316,596	707,791	724,514	762,215

Fuente: Cofetel.

B. Evolución de la telefonía rural y el acceso comunitario a Internet

La telefonía rural frecuentemente es el primer servicio básico de telecomunicaciones al que tiene acceso la población más pobre del país. Como puede observarse en la siguiente tabla, la telefonía rural ha crecido sustancialmente durante la vigencia de la Ley Federal de Telecomunicaciones, añadiendo más de 30 mil nuevas localidades y ocho millones más de personas cubiertas en el transcurso de la década pasada.

Telefonía Rural 1995-2000

(Número de localidades y millones de personas cubiertas)

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Localidades	18,151	19,188	27,738	34,411	39,691	47,120
Cobertura	16.0	17.8	18.2	20.8	21.6	23.1

Fuente: Sexto Informe de Gobierno 2006.

Telefonía Rural 2001-2006

(Número de localidades y millones de personas cubiertas)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Localidades	49,237	49,358	49,960	50,142	50,480	51,396
Cobertura	23.7	23.7	23.8	23.9	24	24.1

Fuente: Sexto Informe de Gobierno 2006.

En poblaciones apartadas la disponibilidad de servicio telefónico atiende necesidades básicas de comunicación, pero no hace lo mismo con las necesidades de información que son mejor atendidas a través de servicios avanzados de telecomunicaciones como el acceso a Internet. Por lo anterior, durante la administración del presidente Vicente Fox se puso en marcha un programa de establecimiento de centros comunitarios digitales (CCDs) que permiten el acceso público a Internet en diversas comunidades urbanas y rurales de 2,400 municipios

(en 2005). La siguiente tabla muestra el avance que estos centros comunitarios han tenido hasta 2006.

ACCESO COMUNITARIO A INTERNET

	2003	2005	2006
Centros comunitarios digitales (CCDs)	3,200	7,500	10,000*

Fuente: e-México. * Proyección.

4. Soberanía

De los cuatro objetivos de la Ley Federal de Telecomunicaciones la soberanía es el que resulta más difícil de aterrizar en indicadores concretos, tanto por la naturaleza del concepto mismo como por la escasez de datos estadísticos relacionados con el mismo. Se trata –como dijimos anteriormente al revisar el significado del concepto– de un objetivo de “autoridad”, relacionado con el carácter “supremo” de la autoridad del Estado. En este apartado utilizaremos dos indicadores para evaluar la soberanía en el sector telecomunicaciones. El primero –compilado por una consultoría internacional del sector– se refiere a la evolución de la calificación otorgada al principal órgano regulador de las telecomunicaciones en México (esto es, la Cofetel). Este indicador nos ayudará a medir –si bien imperfectamente– la percepción que se tiene sobre la fuerza y la independencia de la autoridad frente a los regulados. El segundo indicador se refiere al otorgamiento de concesiones y permisos por la autoridad. Este indicador nos refleja las fluctuaciones en el ejercicio de una de las facultades más importantes de la SCT. Un tercer indicador se ocupa de medir la trayectoria de la acción regulatoria de la autoridad a lo largo de los diez años pasados.

A. Autonomía y autoridad del órgano regulador

La autonomía de la autoridad respecto a las empresas reguladas, es un atributo indispensable de la soberanía nacional. Si la autoridad estatal se subordina a los intereses especiales de las empresas, queda imposibilitada de defender el interés mayoritario, el interés del pueblo que es el que da sentido a nuestra concepción constitucional de “soberanía nacional”. Pyramid Research, una acreditada consultoría internacional evalúa periódicamente a los reguladores de telecomunicaciones de diversas latitudes, a través de un índice que considera su “autonomía”, “credibilidad”, “transparencia” y “eficiencia”. La calificación del regulador mexicano de las telecomunicaciones (Cofetel) ha venido cayendo desde 1999 hasta 2002. Más aún, de los cuatro factores evaluados por esa consultoría internacional es el rubro de “autonomía” uno de los que recibe una calificación más baja.

Tabla Calificación Regulatoria de Cofetel

Año	Calificación General	Calificación Autonomía
1999	2.30	2.0
2000	2.07	2.0
2001	2.05	2.0
2002	1.98	2.0

Fuente: Pyramid Research

La ausencia de una entidad reguladora independiente impacta directamente la calidad regulatoria. Si bien recientemente el rubro del regulador mexicano evaluado más duramente por Pyramid es su “eficiencia” (que cayó de 2.30 en 1999 a 1.63 en 2002), éste se ha visto arrastrado por la deficiencia estructural que presenta la reducida autonomía de Cofetel. No en balde Pyramid se refiere a la autonomía como “sin duda el talón de Aquiles de la Cofetel”.⁶⁴ En su último análisis del órgano regulatorio de 2004, Pyramid decidió expresamente no presentar su calificación de

⁶⁴ PYRAMID RESEARCH, *Communications Markets in Mexico, 2003 Edition*, enero 2003, p. 30.

Cofetel, pero sí señaló que “la mexicana ha sido percibida frecuentemente como una de las menos efectivas autoridades regulatorias de América Latina.”⁶⁵

La visión de la consultoría es compartida por otros analistas internacionales relevantes del sector. Fortalecer la autoridad y autonomía de la Cofetel ha sido una de las recomendaciones recurrentes de política pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para México. El énfasis que el organismo asigna a esta medida se ve reflejado en que esta recomendación figure prominentemente en sus estudios de la economía mexicana en su conjunto (y no sólo del sector telecomunicaciones) y en el carácter recurrente de su recomendación. En su Estudio Económico de México para el 2002 la OCDE señaló que: “la autoridad e independencia de la comisión reguladora [de telecomunicaciones] necesita ser fortalecida”.⁶⁶ En su estudio del 2003 el organismo multilateral repitió su recomendación al señalar que una de las razones por las que el país no crece es la existencia de varios obstáculos regulatorios que pesan sobre la actividad emprendedora y la inversión empresarial. Por ello, entre otras cosas, el organismo multilateral recomendó que “la autoridad de COFETEL, el ente regulador, tiene que ser fortalecida”⁶⁷. Todavía más recientemente, la OCDE repitió su recomendación sobre la necesidad de fortalecer la autoridad de Cofetel para asegurar independencia respecto a presiones políticas y a los intereses de las empresas reguladas.⁶⁸

⁶⁵ BAEZ, Gabriela, op. cit., p. 37.

⁶⁶ OECD, *Economic Survey of Mexico, 2002, Assesment and Recommendations*, Paris, OECD, marzo 2002, p. 5.

⁶⁷ OECD, *Economic Survey of Mexico, 2003, Summary*, Paris, OECD, noviembre 2003, p. 6.

⁶⁸ OECD, *OECD Reviews of Regulatory Reform. Mexico. Progress in Implementing Regulatory Reform*, Paris, OECD, junio de 2004, pp. 150-1.

B. *Actividad regulatoria*

Un indicador que refleja la vigencia de la autoridad es su ejercicio. Por el contrario, la parálisis regulatoria es un indicador de una autoridad que no decide, o que opta tácitamente por dejar hacer a los regulados y dejar pasar las situaciones que ameritarían su intervención. A continuación revisaremos algunos datos que muestran en que medida la autoridad del sector telecomunicaciones ejerció en los últimos años sus facultades para promover los objetivos consignados en la Ley. En primer lugar revisaremos la evolución del otorgamiento de concesiones y permisos durante la última década, una forma de ejercicio de la autoridad estrechamente vinculado al objetivo de promover la competencia. En segundo lugar revisaremos la trayectoria cuantitativa de la reglamentación y regulación emitida por la autoridad.

a. Concesiones y permisos otorgados por la SCT

La más importante medida para facilitar el desarrollo de la competencia consiste en eliminar las barreras de entrada al sector. Una de las barreras más importantes puede llegar a ser normativa y administrativa, como cuando se exige como requisito de entrada a la prestación de servicios la obtención previa de un título de concesión o de un permiso. No obstante, a partir de 1995 y al amparo de la nueva Ley Federal de Telecomunicaciones, el otorgamiento de concesiones y permisos se ha simplificado significativamente. La mejor prueba de lo anterior es el otorgamiento de 1,370 concesiones y 143 permisos en la década pasada. Lo anterior se puede constatar en la siguiente tabla, misma que también muestra la amplia variedad de servicios de telecomunicaciones cuya prestación se encuentra amparada por las nuevas concesiones y permisos. Nótese, sin embargo, que la vasta mayoría de las concesiones y permisos (919) fueron otorgados entre 1995 y 2000, y que algunos de los últimos seis años el número de permisos y títulos de concesión otorgado fue muy inferior (p. ej., sólo 19 en 2001, y sólo 57 en 2002 y 2004).

Concesiones y Permisos de Telecomunicaciones (1995-2006)

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Locales y Acceso Inalámbrico Fijo o Móvil		1	8	7	2	5		1	2	2	22	3	53
Cobertura social y rural											2	2	4
Interestatales	5	5	3	3	1	11	1	4	1	4	2	3	43
Radiocomunicación (varios)**	2	3	17		16						18	2	58
Provisión de Enlaces y de Capacidad				27	2	6							35
Satelitales (Mexicanas y Extranjeras)		3	4	3	2	2	4	2	1				21
TV Audio Restringidos	11			18	3	46			10	6		1	95
TV Cable	113	114	39	115	47	173		41	130	44	68	177	1,061
Total Concesiones*	131	126	71	173	73	243	5	48	144	56	112	188	1,370
Antenas Terrenas Transmisoras			1	12	29	15	4	5	8				74
Telefonía Pública			19	10	5	11	10	4	9	1			69
Total Permisos			20	22	34	26	14	9	17	1			143
Gran Total	131	126	91	195	107	269	19	57	161	57	112	188	1,513

Elaboración: Propia con base en datos de la Dirección General de Política de Telecomunicaciones, de SCT.

* Salvo en el caso de las concesiones para la provisión de enlaces en las bandas de 7, 37 y 38 GHz, y para la provisión de capacidad en las bandas de 15 y 23 GHz, sólo se consideraron las concesiones de red pública de telecomunicaciones (no las de bandas de frecuencias).

** Incluye Paging, Paging Dos Vías, Mensajería Digital, Localización de Vehículos, Radiocomunicación Móvil Terrestre y Radiocomunicación Especializada de Flotillas (Trunking).

b. Reglamentos y regulación

En mercados tan dinámicos y plenos de problemas de competencia y organización como el de las telecomunicaciones es necesaria la intervención constante y firme del ente regulador. En ausencia de ésta las empresas más poderosas pueden imponer sus condiciones a las más débiles, y hacer caso omiso de las consideraciones de interés público. La siguiente tabla cuantifica la reglamentación y regulación relevante emitida por la autoridad del sector telecomunicaciones en la última década. En la recopilación de los datos se dejaron deliberadamente fuera algunas disposiciones administrativas que fueron consideradas de poca monta (p. ej., el acuerdo que establece el calendario de días hábiles, etc.). La selección no implica –desde luego– ningún juicio sobre la idoneidad, validez jurídica o el impacto positivo específicos de los instrumentos regulatorios utilizados por la autoridad, sino que simplemente trata de medir la intensidad de la actuación regulatoria de la autoridad en cada año determinado.

Reglamentación y regulación

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Reglamentos*		1	1			1					1			4
Reglas**		2	1							1		1		5
Planes técnicos		2							1					3
Acuerdos con efectos en competencia	2	1	1					1	1			2		8
Resoluciones de precios tope			1		1				1				1	4
Resoluciones con efectos en competencia***		1	1	6	1	2		1	1	1	2			16
Resoluciones con efectos en cobertura social											1	1		2
Gran Total	2	7	5	6	2	3	0	2	4	2	4	4	1	37

Elaboración: Propia con base en datos de Cofetel.

* No se considera el reglamento interno de Cofetel, ni sus reformas. ** No se consideran modificaciones menores.

*** No se consideran resoluciones sobre interconexión.

A continuación se presenta el listado de los reglamentos y otras disposiciones administrativas de carácter general o individual considerados relevantes para la elaboración de la Tabla anterior.

Los Reglamentos expedidos por el Ejecutivo Federal en material de telecomunicaciones incluyen los siguientes:

- Reglamento de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de octubre de 1990.
- Reglamento del Servicio de Telefonía Pública, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de diciembre de 1996.
- Reglamento de Comunicación Vía Satélite, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1º de agosto de 1997.
- Reglamento del Servicio de Televisión y Audio Restringidos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2000.
- Reglamento para la Comercialización de Servicios de Telecomunicaciones de Larga Distancia y Larga Distancia Internacional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de agosto de 2005.

Las Reglas expedidas por la Comisión Federal de Telecomunicaciones incluyen las siguientes:

- Reglas para prestar el Servicio de Larga Distancia Internacional, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 11 de diciembre de 1996.
- Reglas del Servicio de Larga Distancia, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 21 de junio de 1996.
- Reglas del Servicio Local, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 22 de octubre de 1997.
- Reglas de Telecomunicaciones Internacionales, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2004.

- Reglas para implantar la portabilidad de números geográficos y no geográficos, emitidas por Cofetel el 13 de diciembre de 2006 (y en revisión por la Comisión Federal de Mejora Regulatoria).

Los Planes expedidos por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y por la Comisión Federal de Telecomunicaciones incluyen los siguientes:

- Plan Técnico Fundamental de Señalización, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de junio de 1996.
- Plan Técnico Fundamental de Numeración, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de junio de 1996.
- Plan Técnico Fundamental de Calidad de las Redes del Servicio Local Móvil, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de agosto de 2003.

Los Acuerdos con efectos en competencia expedidos por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y por la Comisión Federal de Telecomunicaciones incluyen los siguientes:

- Acuerdo por el que se establece la obligación a cargo de los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones de informar sobre las negociaciones que lleven a cabo en materia de interconexión, expedido el 31 de diciembre de 1995.
- Acuerdo por el que se establece el procedimiento para la obtención de la concesión de redes públicas de telecomunicaciones interestatales, al amparo de la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de septiembre de 1995.
- Acuerdo por el que establece el procedimiento para la obtención de la concesión de redes públicas de telecomunicaciones locales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 1996.
- Acuerdo por el que se establece el procedimiento para el registro de tarifas de los servicios de telecomunicaciones, al amparo de la Ley Federal de

Telecomunicaciones publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de noviembre de 1996.

- Acuerdo que establece lineamientos para la contratación de los servicios de larga distancia por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1997.
- Acuerdo mediante el cual la Comisión Federal de Telecomunicaciones establece los criterios a observar para exceptuar de la obligación de implantar el servicio de selección por prescripción del operador de larga distancia, a aquellos concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones autorizados para prestar el servicio local que operen bajo el sistema de pre-pago que así lo soliciten, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de julio de 2002.
- Acuerdo por el que se modifica el Anexo A y se adiciona, según corresponda, el Anexo B o C a los títulos de concesión para instalar, operar y explotar redes públicas de telecomunicaciones que comprenden el servicio de televisión restringida a través de redes cableadas, para incluir el servicio de transmisión bidireccional de datos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de octubre de 2003.
- Acuerdo por el que se establece la política para servicios de banda ancha y otras aplicaciones en las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico 902 a 928 MHz; 2,400 a 2,483.5 MHz; 3,600 a 3.700 MHz; 5,150 a 5,250 MHz; 5,250 a 5,350 MHz; 5,470 a 5,725 MHz y 5,725 a 5,850 MHz, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de marzo de 2006, y
- Acuerdo de convergencia de servicios fijos de telefonía local y televisión y/o audio restringidos que se proporcionan a través de redes públicas alámbricas e inalámbricas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de octubre de 2006.

Las Resoluciones de Precios Tope de Telmex incluyen:

- la implícita en la condición 6-5 del título de concesión de Telmex (y que entró en vigor el 1º de enero de 1997),
- Resolución administrativa mediante la cual se establecen los parámetros del sistema de precios tope que serán aplicables a los servicios incluidos en la canasta de servicios básicos controlados de Teléfonos de México, S.A. de C.V. y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., para el periodo 1999-2002, y se autorizan los ajustes de tarifas de los servicios básicos controlados correspondientes a 1999, emitida mediante acuerdo P/090399/0078 del Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones el 9 de marzo de 1999,
- Resolución subsecuente y similar a la anterior anunciada el 10 de febrero de 2003, y
- Resolución por la que Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones establece los parámetros del Sistema de Precios Tope que serán aplicables a los servicios incluidos en la canasta de servicios básicos controlados de Teléfonos de México, S.A. de C.V. y Teléfonos del Noroeste, S.A. de C.V., para el periodo del 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2010, emitida el 14 de marzo de 2007 (Núm. P/140307/119).

Las Resoluciones con efectos en competencia expedidas por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y por la Comisión Federal de Telecomunicaciones incluyen las siguientes:

- Resolución sobre el Plan de Interconexión con Redes Públicas de Larga Distancia, expedida el 1 de julio de 1994.
- Resolución administrativa por la que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes establece la regulación tarifaria aplicable a los servicios de interconexión de redes públicas de telecomunicaciones, autorizadas para prestar servicios de Larga Distancia, expedida el 26 de abril de 1996.

- Resolución por la que se establecen los lineamientos para llevar a cabo el despeje de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, ubicado dentro de los rangos 2500-2690 MHz, para la prestación del servicio de televisión y radio restringido, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1 de diciembre de 1997.
- Resolución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, por la que se establecen las condiciones y características operativas para dar inicio al sistema de selección por marcación del operador de Larga Distancia, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de marzo de 1998.
- Resolución por la que se establecen las condiciones y características técnicas y operativas en materia de acceso a números 800 desde teléfonos públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 26 de agosto de 1998.
- Resolución sobre el establecimiento y operación de la base de datos de clientes morosos en el pago del servicio de telefonía de larga distancia, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 26 de agosto de 1998.
- Resolución del Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, relativa al proceso de numeración geográfica hacia los formatos especializados en el Plan de Numeración.
- Resolución administrativa mediante la cual se establecen los lineamientos para llevar a cabo la consolidación de los grupos de centrales de servicio local existentes en áreas de servicio local, así como el calendario de consolidación respectivo, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de noviembre de 1998.
- Resolución administrativa mediante la cual se establece el calendario para el proceso de crecimiento de la numeración geográfica, de conformidad con el Plan Técnico Fundamental de Numeración, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de noviembre de 1998.
- Resolución mediante la cual el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de

Frecuencias, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 11 de enero de 1999.

- Resolución que establece los códigos de identificación de enlace directo y los mecanismos para su asignación y utilización, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de junio de 2000.
- Resolución administrativa por la que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, por conducto de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, establece a Teléfonos de México, S.A. de C.V., obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información, en su carácter de concesionario de una red pública de telecomunicaciones con poder sustancial en cinco mercados relevantes, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 12 de septiembre de 2000.
- Resolución administrativa por la que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, por conducto de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, en estricto cumplimiento a la sentencia de fecha 11 de mayo de 2001 del Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito y de acuerdo a lo ordenado por dicho Tribunal Colegiado mediante resolución del 27 de mayo de 2002, deja sin efectos la diversa por la que se establecieron a Teléfonos de México, S.A. de C.V., obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información, así como distintos actos relacionados con la misma, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 12 de julio de 2002.
- Resolución administrativa por medio de la cual la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a través del Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, determina el mecanismo para migrar hacia una marcación uniforme de diez dígitos para todas las llamadas que se realicen dentro del territorio nacional, de conformidad con el numeral 7 del Plan Técnico Fundamental de numeración, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de febrero de 2003.

- Resolución mediante la cual el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones establece la obligación de los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que intervienen en el establecimiento de una llamada telefónica que sea enrutada al buzón de voz, de transmitir un mensaje y tonos distintivos previo a que se transmita la señalización de llamada completada, a fin de advertir al usuario que al término del último tono la llamada le será cobrada por el concesionario que le presta el servicio telefónico, 31 de diciembre de 2004.
- Resolución mediante la cual la Comisión Federal de Telecomunicaciones expide los Procedimientos de evaluación de la conformidad de productos sujetos al cumplimiento de normas oficiales mexicanas de la competencia de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes a través de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto de 2005.
- Resolución mediante la cual el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones determina los lineamientos que deberán observarse para modificar las áreas de servicio local, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 11 de enero de 2006.
- Resolución mediante la cual se modifican las reglas del servicio de larga distancia, publicadas el 21 de junio de 1996, para la implantación de la modalidad “el que llama paga nacional” para llamadas de larga distancia nacional e internacional cuyo destino es un usuario del servicio local móvil, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 13 de abril de 2006.
- Resolución por medio de la cual la Comisión Federal de Telecomunicaciones expide las condiciones técnicas de operación de la banda 5 725 a 5 850 MHz, para su utilización como banda de uso libre, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de abril de 2006.

Las Resoluciones con efectos en cobertura social expedidas por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes son aquellas por las cuales se otorgaron títulos de concesión a Teléfonos de México (empresa ganadora de las licitaciones del Fondo

de Cobertura Social) para desarrollar los programas de cobertura social. Las concesiones respectivas fueron entregadas el 6 de abril de 2005 y el 29 de noviembre de 2006 (aunque sus extractos fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2005 y el 26 de enero de 2007, respectivamente).

5. Recuento

¿Cómo juzgar los logros del sector telecomunicaciones en los últimos tres lustros? No hay duda de que el sector ha avanzado en todos los grandes objetivos que la Ley estableció en 1995: desarrollo eficiente, soberanía, competencia (con mejores precios, calidad y variedad de servicios), y cobertura social. No obstante, debe señalarse que el sector también ha avanzado en todos los países del mundo. El avance tecnológico tiene un efecto tan fuerte sobre las telecomunicaciones que el sector prácticamente avanza por sí sólo. Por ello Carlos Casasús, quien fuera el primer presidente de la Cofetel, señalaba que: “Una sociedad se informatiza en un 90% con políticas públicas adecuadas y un 10% a pesar de las políticas públicas inadecuadas.”⁶⁹ Es decir, las telecomunicaciones avanzan incluso si no se hace nada para impulsarlas, incluso si las acciones del gobierno son pocas en número y modestas en sus alcances.

⁶⁹ CASASÚS LÓPEZ HERMOSA, Carlos, *Cofetel: Trayectoria del órgano regulador*, Ponencia presentada en la Primera Conferencia Internacional de la Red Mexicana de Competencia y Regulación, México D.F., CIDAC, mimeo, 21 de agosto de 2006, p. 19.

CAPÍTULO QUINTO LOS PROBLEMAS DE LA NUEVA REGULACIÓN MEXICANA DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el capítulo anterior analizamos el desempeño del sector telecomunicaciones en diferentes rubros ligados a los objetivos expresos de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Es decir, vimos como habían evolucionado a lo largo de los quince años pasados aquellos objetivos que la Ley misma afirma perseguir. Vimos que en relación a casi todos los objetivos de la Ley (p. ej., competencia con menores precios, mayor calidad y diversidad de servicios) había habido mejoras a lo largo de los tres lustros pasados. No obstante, cuando comparábamos la evolución de nuestro sector telecomunicaciones con la de otros países con nivel de desarrollo similar al nuestro, vimos también que los logros mexicanos habían sido mediocres en la mayoría de los casos, y observamos que en los cuatro objetivos de la Ley (desarrollo, competencia, cobertura social y soberanía) los indicadores de desempeño habían mostrado un desempeño inferior al de países en un nivel de desarrollo semejante o incluso menor al de México. En este capítulo pretendemos aportar algunos elementos que expliquen las causas jurídicas de un desempeño que consideramos mediocre. En general, pretendemos mostrar como la nueva regulación de telecomunicaciones ha impactado, para bien o para mal, la evolución del sector. En particular, buscaremos analizar los problemas que esta nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones ha tenido para ser más efectiva y las propuestas que se han dado para atenderlas.

La hipótesis básica de este proyecto de disertación doctoral es que a lo largo de los quince años pasados se han revelado diversos problemas en la regulación (p. ej., incongruencia normativa, mal diseño institucional, captura regulatoria, obstruccionismo burocrático y abuso de los procedimientos de control administrativo y jurisdiccional) que han jugado un papel importante en el mediocre desempeño del sector. Este capítulo pretende abordar esos problemas.

De antemano se advierte que nuestro objetivo no es hacer un análisis exhaustivo de las causas del mediocre desempeño del sector. Pretendemos concentrarnos en aquellas relacionadas con el funcionamiento de las normas e instituciones jurídicas fundamentales que regulan al sector. No ignoramos que existen otros argumentos metajurídicos (p. ej., económicos o políticos) que se han desarrollado para explicar el éxito o fracaso de México y de otros países en desarrollar sus telecomunicaciones. Sin quitarles mérito o poder explicativo a dichos argumentos, nuestro objetivo es abordar la dimensión jurídica de la cuestión, donde pensamos que se encuentra una parte importante del problema y de su solución. En cualquier caso, en aquellos casos en los que una explicación proveniente de otra disciplina tiene utilidad para guiar o reforzar nuestros argumentos, hemos hecho referencia a la misma.

El presente capítulo se divide en cuatro secciones. La primera sección, aborda las principales deficiencias observadas en el marco normativo vigente, fundamentalmente las que han tenido mayor impacto en el reducido avance en el logro de los objetivos de la Ley: competencia (p. ej., normas de interconexión y dominancia), cobertura social (p. ej., normas de servicio universal), y desarrollo eficiente (ligado a los dos anteriores). La segunda sección toca los problemas relacionados con el diseño institucional y la actuación de las entidades reguladoras del sector, fundamentalmente la Cofetel. La tercera sección aborda los problemas observados en el control judicial de la regulación del sector telecomunicaciones. Las dos secciones anteriores se vinculan con el reducido avance en el logro del cuarto objetivo de la Ley: garantizar la soberanía. La cuarta y última sección trata de poner los problemas mexicanos en perspectiva, examinando las dificultades que ha enfrentado la nueva regulación económica de las telecomunicaciones en otros países.

I. LAS DEFICIENCIAS DEL MARCO JURÍDICO

Los dos lustros que han transcurrido desde la expedición de la LFT han revelado múltiples carencias y problemas técnico-legales que afectan a la regulación de las telecomunicaciones. Se trata de problemas en el diseño mismo de las normas, limitaciones y lagunas normativas que han sido revelados tras varios años de aplicación, y respecto a los cuales varios especialistas han llamado la atención. Sería injusto condenar de manera tajante a la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones sin atender considerar que algunos de sus fracasos no son resultado de fallas del regulador que la aplica o de los tribunales que la invalidan, sino en toda caso producto de defectos en la norma, defectos que muchas veces son subsanables con reformas legales realizadas con mayor cuidado y técnica.

1. Problemas en las normas de interconexión

El problema de la competencia en diversos servicios de telecomunicaciones tiene muchas aristas, pero una de las más importantes se relaciona con deficiencias en las normas que rigen la interconexión de redes, cuestión clave para la entrada de nuevos competidores. Poder conectarse a la red (o redes) preestablecida(s) es clave para cualquier nuevo entrante puesto que sin esa posibilidad los usuarios del nuevo competidor sólo podrían cursar llamadas entre sí, y no con la red que concentra a la vasta mayoría de los usuarios. Por ello, ofrecer la interconexión no es potestativo, se trata de una obligación de las redes públicas de telecomunicaciones. La tarifa de interconexión y los términos en que se paga también resultan muy importantes para el competidor puesto que si resulta demasiado alta y asimétrica puede acabar haciendo económicamente inviable la interconexión. La oportunidad con la que se provee la interconexión también es crucial, como en el caso de la justicia, la interconexión demorada es interconexión denegada.

Los quince años de experiencia de la nueva regulación del sector de telecomunicaciones son ricos en ejemplos de los diversos problemas que pueden suscitarse en torno al tema de la interconexión. El tema fue problemático desde el inicio de la competencia en el servicio de telefonía de larga distancia, lo fue también con la apertura a la competencia entre redes de telefonía fija local, siguiendo con la introducción del sistema “el que llama paga” entre redes de telefonía móvil y fija, y muy recientemente lo sigue siendo para la interconexión entre operadores de servicio local móvil y redes de telefonía fija para la introducción del sistema llamado “el que llama paga nacional” o para el intercambio de mensajes cortos entre redes locales de telefonía celular y radiocomunicación especializada de flotillas (interconexión SMS). En diversos momentos se han presentado casos de concesionarios que niegan interconexión a sus competidores, que la demoran tanto como el proceso regulatorio y la indolencia del regulador lo permite, que la pretenden cobrar demasiado cara, o que sólo la ofrecen en condiciones tan poco atractivas que la vuelven inviable. Por su parte, el órgano regulador ha tenido problemas para hacer efectivo el derecho de las redes públicas a obtener la interconexión de sus contrapartes, las demoras han sido frecuentes, los recursos administrativos y los amparos presentados en torno a controversias de interconexión han sido abundantes. De hecho, probablemente el tema de la interconexión sea uno de los que ha generado los amparos más sonados del sector telecomunicaciones desde que inició la apertura. En las deficiencias observadas en este tema se encuentra una de las razones fundamentales de que la competencia haya prosperado lentamente y de que muchos servicios nuevos hayan demorado en generalizarse.

Es claro que los problemas de interconexión no se limitan al diseño de las normas legales que la hacen obligatoria y efectiva, sino que también tienen que ver con el nivel de las tarifas de interconexión que las redes públicas negocian entre sí, o que en caso de desacuerdo el regulador acaba fijando en ejercicio de una facultad de naturaleza arbitral consignada en la Ley. De hecho gran parte del trabajo de los economistas regulatorios se dirige a calcular cual es el nivel apropiado para cada

tarifa de interconexión entre redes. Una tarifa de interconexión demasiado alta puede hacer nugatorio el derecho a la interconexión, u ocasionar que los entrantes hagan inversiones ineficientes y dupliquen innecesariamente la infraestructura de telecomunicaciones existente. Por el contrario, una tarifa de interconexión demasiado baja trae como consecuencia que se sobreutilice la infraestructura existente y que no se construya nueva infraestructura necesaria.¹ En el caso mexicano existen diversos análisis que muestran que el nivel de las tarifas de interconexión fijadas entre 1997 y 2000 (mismo que, en términos generales, se ha mantenido) dista de ser el adecuado para promover niveles eficientes de utilización y construcción de infraestructura de red.² Desde el inicio de la apertura en la telefonía de larga distancia los competidores se han quejado de que las tarifas de interconexión se fijaron en niveles demasiado altos. Lo cierto es que con el transcurso del tiempo dichas tarifas han tendido a reducirse y situarse en niveles más cercanos a sus costos económicos.

No obstante lo anterior también es claro que el diseño normativo e institucional en materia de interconexión es frecuentemente causa de que las tarifas sean establecidas en niveles inapropiados y poco conducentes a la eficiencia. Es decir, aunque el nivel adecuado de las tarifas de interconexión es una cuestión importante y autónoma, también se ve influenciada por las reglas e instituciones conforme a las cuales se definen las tarifas correspondientes. Y esas reglas e instituciones muestran varios problemas en México.

¹ Sobre los niveles óptimos para las tarifas de interconexión ver ARMSTRONG, Mark y SAPPINGTON, David E. M., "Regulation, competition, and liberalization", *Journal of Economic Literature*, Vol. XLIV, junio 2006, pp. 348-9 y pp. 355-8.

² Para un análisis del nivel de las tarifas de interconexión establecidas en México ver GIL HUBERT, Johana, *La interconexión en el sector de las telecomunicaciones en México a partir de la privatización de Telmex: Un análisis teórico y empírico*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México (tesis de licenciatura en economía), 2000, pp. 182-5 (donde la autora argumenta que los niveles de las tarifas de interconexión de larga distancia y de telefonía local en México hasta el 2000 eran muy elevados, lo que dificultaba la entrada de nuevos competidores a ambos mercados).

En su análisis de las normas de la Ley Federal de Telecomunicaciones que regulan la interconexión de redes, Gonzalo Martínez Pous destaca cinco problemas que –en su opinión– afectan la operación de las obligaciones de interconexión previstas en Ley. Estos son: a) la falta de transparencia que impide conocer el contenido de los acuerdos de interconexión, b) la ausencia de procedimientos específicos que regulen la resolución de desacuerdos de interconexión, c) la falta de claridad en las facultades del órgano regulador en materia de desacuerdos de interconexión, d) la falta de reglas especiales para resolver los desacuerdos de interconexión con redes dominantes, y e) la ausencia de un reglamento de interconexión.³

Conocer las tarifas y las condiciones de interconexión que una red pública ofrece a sus competidores resulta crucial, puesto que permite a los nuevos entrantes saber que términos solicitarle a la red establecida. Lo contrario: ignorar los precios y las condiciones de la interconexión que ya se ofrece pondría a los competidores en desventaja. De ahí la importancia de la transparencia en esta materia. Respecto al problema de la “transparencia” en materia de interconexión, el abogado Gonzalo Martínez Pous ha señalado que hasta 2003:

“no existen mecanismos expeditos que permitan conocer el contenido de los acuerdo de interconexión entre operadores, no obstante el carácter público que les da el artículo 64 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, sería conveniente que la Cofetel fijara criterios que hicieran posible ejercer este derecho. Asimismo, no es posible actualmente, conocer las resoluciones y criterios mediante los cuales la Cofetel determina las condiciones de interconexión no convenidas entre operadores.”⁴

³ MARTÍNEZ POUS, Gonzalo, “La interconexión de redes públicas de telecomunicaciones en México”, en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. II, octubre de 2003, pp. 63-5.

⁴ *Ibidem.*, p. 63.

Además de Martínez Pous, varios autores han llamado la atención sobre la falta de transparencia que afecta a la materia de interconexión. Lo anterior no se resuelve por el hecho de que la Ley exija que los convenios de interconexión se inscriban en el Registro de Telecomunicaciones establecido por Ley, dado que no es claro cuales documentos incluidos en este son confidenciales y cuales no.⁵ De acuerdo a Cristina Roel, quien por varios años estuvo a cargo de dicho registro: “En la práctica se han recibido para su inscripción diversos convenios de interconexión celebrados entre redes públicas de telecomunicaciones, solicitando los concesionarios que el contenido de los mismos sea de carácter confidencial,...”.⁶ Y añade: “algunos concesionarios han argumentado que parte del contenido de los convenios de interconexión reviste el carácter de secretos industriales, por lo que deberían considerarse como confidenciales.”⁷

Cristina Roel argumenta de manera convincente que mantener de manera absoluta la confidencialidad de los convenios de interconexión sería incongruente con otras disposiciones de la Ley, como el artículo 43, fracción II, que señala que los concesionarios deberán (en sus convenios de interconexión) permitir el acceso a servicios, capacidad y funciones de sus redes sobre bases de tarifas no discriminatorias. La autora señala que “resultaría ilógico mantener totalmente

⁵ De acuerdo a Cristina Roel “no existe un criterio general adoptado por la Comisión a través del cual se determine que documentos deben ser considerados como confidenciales, además de que algunos prestadores de servicios de telecomunicaciones pretenden que la mayoría de la información que presentan revista tal carácter. (/) Por otra parte no existe fundamento legal alguno dentro de la legislación de la materia que establezca que documentos deben revestir el carácter de confidencial, ... esto representa uno de los problemas más importantes para el Registro de Telecomunicaciones.” ROEL CALVILLO, Cristina, *Una propuesta para un mejoramiento de la administración del registro de telecomunicaciones*, México, Universidad Iberoamericana (tesis de licenciatura en derecho), 2001, p. 98.

⁶ Ibidem., p. 99.

⁷ Ibidem., p. 101.

como confidencial un convenio de interconexión ya que los concesionarios están obligados a actuar sobre bases de no discriminación. Situación que resultaría difícil de comprobar de no tener acceso a determinadas condiciones de los... convenios de interconexión.”⁸

A la fecha, algunas de las más importantes resoluciones en materia de interconexión no han sido publicadas, a pesar de que en ellas se establecen aspectos centrales de la regulación del sector telecomunicaciones. No obstante debe señalarse que el problema de falta de transparencia de las resoluciones de interconexión ha ido subsanándose gradualmente por lo que actualmente versiones públicas de varias de estas resoluciones pueden consultarse en línea en la página de Internet de Cofetel.⁹

Otro problema fundamental que afecta la resolución de desacuerdos de interconexión es la falta de procedimientos administrativos claros y precisos en esta materia, ya que el texto de la Ley deja demasiadas interrogantes abiertas. Las ambigüedades y lagunas de la Ley son aprovechadas astutamente por las redes establecidas para negar tácitamente la interconexión a sus competidores o retrasarla tanto como les resulte posible. Al respecto el abogado Gonzalo Martínez Pous ha señalado que:

“No existen en la Ley Federal de Telecomunicaciones ni en sus reglamentos los procedimientos administrativos necesarios que permitan a la autoridad resolver en forma clara, expedita y eficiente las diferencias entre los operadores. Asimismo, es urgente se legisle respecto a la forma en la que debe actuar el órgano regulador ante esta clase de controversias, esto es, que su resolución no dependa simplemente de la voluntad de los

⁸ Ibidem., p. 103.

⁹ Ver www.cft.gob.mx (en la sección de actas del Pleno están disponibles algunas de las resoluciones de interconexión correspondientes a 1996, 1997, primer semestre de 1998, 2004, 2005 y primer semestre de 2006) (no obstante debe apuntarse que las Actas de cinco años y medio –segundo semestre de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003 no están disponibles).

servidores públicos en turno, se debe buscar que su actuación sea predecible para que los operadores gocen de plena seguridad jurídica.”¹⁰

Las facultades de la Cofetel (y falta de claridad de las mismas) son otro de los problemas que los analistas de la regulación mexicana han detectado. Al respecto se ha señalado que:

“Es necesario establecer en la ley, con claridad, las facultades de la autoridad (Cofetel) en esta materia, así como sus alcances, a fin de que sus determinaciones sean más sólidas y efectivas, incluyendo la facultad de realizar metodologías y modelos de costos, así como la de sancionar el incumplimiento a sus determinaciones.”¹¹

Una probable solución a los múltiples defectos de la regulación en materia de interconexión sería sustituir el actual sistema basado en la negociación de las partes y –en caso de fracaso de la misma– en la intervención y resolución cuasi-arbitral y caso por caso de la autoridad. La propuesta que se hace al respecto –basada en una fórmula utilizada en múltiples países– consiste en establecer una regulación ex ante de la interconexión, es decir, reglamentar este tema. En palabras del abogado Gonzalo Martínez Pous:

“Sería conveniente que se estableciera regulación ex ante como un Reglamento de Interconexión que sirviera como guía a los operadores para llegar a mejores términos y en tiempo a los acuerdos respectivos, y a su vez que se acotaran las ventajas de los operadores dominantes en estas negociaciones.”¹²

El tema de las facultades de Cofetel es muy importante. Si algo muestra la historia de la regulación telefónica mexicana es que este punto puede resultar crucial. Lo fue a fines de los años treinta, cuando el gobierno del general Lázaro Cárdenas fracasó en su intento de obligar a las empresas telefónicas entonces dominantes

¹⁰ MARTÍNEZ POUS, Gonzalo, op. cit., nota 3, p. 63.

¹¹ Ibidem., p. 64.

¹² Ibidem., pp. 64-5.

(Ericsson y Mexicana) a interconectar sus redes. En esa ocasión el gobierno de general Lázaro Cárdenas alego infructuosamente por la vía judicial el carácter público de los servicios concesionados¹³ pero sin contar con un sustento expreso ni en la ley de vías entonces vigente, ni en los contratos de concesión de las telefónicas involucradas, ni en la misma doctrina del servicio público (todavía incipiente en México¹⁴). Fue sólo años después, hasta que el gobierno adquirió por la vía económica el control de las telefónicas y las incorporó a Teléfonos de México S.A., que pudo efectuar la interconexión de las dos mayores redes de telecomunicaciones del país. Pero hasta antes de comprarlas, la falta de un fundamento jurídico claro para la regulación como el provisto por la institución del servicio público, impidió al gobierno federal la implementación de medidas útiles para el desarrollo del sector.

¹³ Ver en general MÚGICA, Francisco J., *El enlace de los sistemas telefónicos de las Cias. Ericsson y Mexicana. Sus fundamentos legales y sociales*, México D. F., Secretaria de Comunicaciones y O. P., 1938, pp. 179. El argumento central del gobierno en su litigio contra las compañías telefónicas era que resultaba necesario ligar la explotación de los servicios públicos concesionados a una idea de interés social. Id., pp. 177-9. El gobierno cardenista no fue exitoso en su pretensión de obligar a las empresas a enlazar sus redes.

¹⁴ Al revisar la historia de la doctrina del servicio público en México advertimos que fue inicialmente impulsada por Francisco J. Mújica, el funcionario del gobierno de Cárdenas más involucrado en el conflicto con las telefónicas. Dice Jorge Fernández Ruíz que “en nuestro país, se han ocupado doctrinalmente del tema del servicio público, diversos autores de los cuales recordamos, en primer término, al licenciado David Pastrana Jaimes, autor de un pequeño libro... intitulado *Régimen de servicios públicos*, impreso en 1935 en los Talleres Gráficos de la Nación, con prólogo del eminente jurista Felipe Tena Ramírez y patrocinio del general Francisco J. Mújica, a la sazón secretario de Comunicaciones y Obras Públicas.” FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo (Servicios públicos)*, México, Porrúa, p. 29 (cursivas introducidas por el autor).

2. Problemas en las normas que regulan a los operadores dominantes

El poder monopólico de algunas empresas preestablecidas ha sido ciertamente el principal obstáculo para el desarrollo de la competencia. Las empresas que lo tienen pueden darse el lujo de subir sus precios sin perder participación de mercado. La pérdida de los consumidores que no pueden substituir el servicio es directa: tienen que pagar tarifas más altas (las que dicte la empresa con poder de mercado) o prescindir del servicio. Y no hay servicio más caro que el que no existe. Por ello, incluso en entornos abiertos a la competencia (o más bien, sobre todo en estos entornos) los legisladores han buscado dotar a los reguladores de herramientas para controlar las tarifas de los operadores que tiene poder de mercado. Esta es la principal excepción al principio de libertad tarifaria que rige en los mercados de telecomunicaciones. Pero regular las tarifas de las empresas con poder de mercado no es fácil, genera naturalmente la oposición de dichos particulares. En el caso mexicano, la regulación de dominancia ha resultado prácticamente imposible. Parte del problema tiene que ver con la forma en que las autoridades regulatorias han hecho su trabajo y con la manera en que opera el control judicial de la regulación (como veremos más adelante), pero otra parte importante está relacionada con deficiencias en el diseño de las normas legales.

Las normas en materia de dominancia de la Ley Federal de Telecomunicaciones han sido unas de las más criticadas por los especialistas, si no las que más. Sus defectos han sido frecuentemente responsabilizados del fracaso de la Cofetel y la Cofeco para regular y controlar a los operadores dominantes del sector telecomunicaciones y, particularmente, a Telmex.

Para varios autores el problema central de la regulación de dominancia es la ineficiente división de facultades entre diferentes entidades reguladoras, misma que resulta de la interpretación sistemática del artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y del artículo 50 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica. La lectura conjunta de ambas disposiciones implica que corresponde por un parte a la Cofeco declarar que un agente económico tiene

poder sustancial en un mercado relevante (esto es, poder monopólico), y que por la otra parte corresponde a la Cofetel establecer obligaciones específicas al concesionario con poder sustancial en un mercado de telecomunicaciones. Ésta división y reparto de las facultades para el establecimiento obligaciones a cargo de agentes económicos responde a una concepción normativa defectuosa y destinada a ser poco efectiva. Javier Aguilar Álvarez de Alba la caracteriza como “una facultad difusa, laxa, compartida entre dos entidades de la administración pública.”¹⁵ Para el ex comisionado de la Cofeco, en el caso de la pretensión de las autoridades de imponer obligaciones específicas a Telmex por su poder dominante en diversos mercados de telecomunicaciones:

“se quebranta la autonomía de la Comisión [Federal de Competencia], además de haber un agravio a la competencia, al bienestar de los consumidores y a la sociedad en general, en un fenómeno que podríamos llamar de manos atadas.”¹⁶

El análisis de Gonzalo Martínez Pous –ex director general de asuntos regulatorios de Cofetel– comparte en gran medida el diagnóstico de Javier Aguilar Álvarez de Alba. Martínez Pous argumenta que:

“el presente caso [esto es, la facultad compartida de SCT y Cofeco] es único dentro del Derecho de nuestro país, en el sentido de que una autoridad depende totalmente de la debida actuación de la otra, y enfatizo ‘debida’, ya que si la resolución previa, esto es la de Cofeco, tiene alguna clase de vicio jurídico, éste va a repercutir en la debida actuación del órgano regulador de las telecomunicaciones.”¹⁷

¹⁵ AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier, “La autonomía de la Comisión”, en AA VV, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Comisión Federal de Competencia, 2003, p. 199.

¹⁶ Idem.

¹⁷ MARTÍNEZ POUS, Gonzalo, “Las ineficiencias del artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones para regular a los operadores dominantes. La necesidad de su reforma”, en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. III, junio de 2004, p. 141.

Los abogados Andrés Acedo M., Bernardo Ledesma Uribe y Paola Jiménez Pons describen el anterior problema en los siguientes términos:

“el sistema actual presenta varios problemas: a) Dos autoridades con conocimientos y visiones diferentes de los mercados están involucradas en el mismo procedimiento; b) Resulta necesario seguir dos procedimientos diferentes para establecer las obligaciones que deberán ser cumplidas por el agente dominante; y c) No existe coordinación procedimental entre ambas autoridades lo que hace que el proceso en general sea lento e incierto.”¹⁸

La crítica de Gonzalo Martínez Pous al artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones –que regula la intervención de la Cofetel para controlar a redes de telecomunicaciones con poder sustancial en mercados de telecomunicaciones– va más allá y señala otras cinco ineficiencias que –junto con la ineficiente forma en que se comparten la facultades– minan la operación de la regulación del poder monopólico. Las ineficiencias adicionales señaladas por el autor son las siguientes:

- a) La falta de idoneidad de la Ley Federal de Competencia Económica,¹⁹
- b) Los sujetos son exclusivamente los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones,²⁰
- c) La falta de un procedimiento administrativo *ad hoc* establecido en la Ley Federal de Telecomunicaciones,²¹
- d) La limitación en el contenido de las obligaciones específicas, y la carencia de un supuesto normativo que establezca su contenido y alcance, así como la forma de eliminarlas,²² y

¹⁸ ACEDO M., Andrés, Ledesma Uribe, Bernardo y Jiménez Pons, Paola, “Antitrust issues in the telecommunications sector in Mexico” en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. II, octubre de 2003, p. 128 (traducción del original en inglés por el autor).

¹⁹ MARTÍNEZ POUS, Gonzalo, op. cit., nota 17, pp. 142-3.

²⁰ *Ibidem.*, pp. 143-4.

²¹ *Ibidem.*, pp. 144-5.

²² *Ibidem.*, p. 145.

e) Las ineficiencias relacionadas contenidas en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.²³

Andrés Acedo M., Bernardo Ledesma Uribe y Paola Jiménez Pons critican la falta de seguridad jurídica que perciben en varias disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica y de la Ley Federal de Telecomunicaciones en relación a la regulación de dominancia. En particular, los antes citados abogados critican la ausencia de parámetros técnico-económicos en ley que limiten las amplias facultades de la Cofeco para definir los mercados relevantes (artículo 12 de la LFCE) y los agentes que tienen poder dominante en éstos (artículo 13 de la LFCE). En opinión de los autores, las antes señaladas “lagunas legales” permiten –por ejemplo– que la Cofeco “actúe de manera arbitraria en la aplicación del artículo 12 de la LFCE, privando de esta manera al agente económico de certidumbre jurídica”.²⁴ Asimismo los autores critican que “la Ley Federal de Telecomunicaciones sólo contempla la posibilidad de imponer obligaciones específicas en materia de tarifas, calidad e información. Pero omite establecer cuales son las obligaciones mínimas y máximas que pueden ser impuestas al agente dominante.”²⁵ Asimismo, los antes citados abogados critican las instituciones procedimentales que actualmente rigen la obtención de información utilizada para declarar la dominancia de algún agente económico, mismas que no permiten que el agente participe y conozca oportunamente la información que eventualmente puede ser utilizada para determinar que incurrió en una conducta anticompetitiva.²⁶

²³ Ibidem., pp. 145-6.

²⁴ ACEDO M., Andrés, Ledesma Uribe, Bernardo y Jiménez Pons, Paola, op. cit., nota 18, p. 125 (traducción del original en inglés por el autor).

²⁵ Ibidem., p. 127 (traducción del original en inglés por el autor).

²⁶ Idem.

Para atender esas ineficiencias Martínez Pous propone “reinventar el artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones”.²⁷ La propuesta de Javier Aguilar Álvarez de Alba en esta materia consiste en:

“precisar claramente el procedimiento a seguir, fijando un plazo perentorio para resolver. En caso de que existan facultades compartidas, los asuntos se deben desarrollar como un procedimiento unitario y vinculante para ambas entidades, pero sobre todo para que se resuelva sobre las obligaciones específicas y que, sin destruir los derechos adquiridos en el título de concesión, permita la equidad con sus competidores y sobre todo el funcionamiento eficiente del mercado pertinente en beneficio de la sociedad.”²⁸

Y el autor añade:

“Es necesario hacer una reingeniería a todas las leyes de la materia para integrarlas en un solo ordenamiento y, de mantener facultades compartidas, integrarlas en un solo ordenamiento con plazo fatal para resolver, sobre la base de resoluciones vinculativas para ambas partes.”²⁹

Andrés Acedo M., Bernardo Ledesma Uribe y Paola Jiménez Pons hacen propuestas similares sobre la necesidad de corregir deficiencias en los fundamentos legales de la intervención de la Cofetel en materia de dominancia:

“Cualquier ley y regulación que rija la materia de competencia en este sector tiene que ser específica y necesita proteger al mercado de cualquier posible abuso por parte del agente dominante. Cualquier obligación específica que se le imponga al agente dominante deberá ser de naturaleza preventiva y buscar corregir cualquier disrupción en el mercado. La regulación debería ser suficientemente clara y segura para motivar al agente dominante a invertir y a operar. Debería además ser flexible para que no se vuelva obsoleta como resultado de los avances tecnológicos. Cualquier resolución que declare la existencia de un agente dominante y que le imponga obligaciones específicas debería ser emitida por un órgano

²⁷ Ibidem., p. 147.

²⁸ AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier, op. cit., nota 15, p. 199.

²⁹ Ibidem., p. 200.

regulador especializado como la Cofetel. Dicho órgano debería estar sujeto a la autoridad superior del Ejecutivo federal de tal manera que sus resoluciones estén sujetas a la revisión de una autoridad administrativa de mayor jerarquía tal como la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. La ley debería establecer de manera clara, precisa y exhaustiva las facultades del órgano regulador para determinar la existencia de poder sustancial en el Mercado relevante y para imponerle obligaciones específicas, estableciendo los parámetros dentro de los cuales la autoridad puede actuar de tal manera que se evite cualquier acto arbitrario por parte del órgano regulador.”³⁰

Un desarrollo de propuestas similares a las anteriormente transcritas la encontramos en el estudio de Luis Mancera, quien además presenta una propuesta de texto para una reforma legal en materia de dominancia. En la propuesta de Luis Mancera destaca la incorporación en Ley de los conceptos y definiciones “proveedor principal o dominante” y de “recursos esenciales”, así como de nuevas, mucho más amplias y puntuales redacciones de las obligaciones de interconexión y tarifas de los operadores dominantes.³¹

Ciertamente no todos aquellos que han analizado las normas de dominancia de la Ley encuentran indispensable realizar una reforma legal para que se aplique una regulación particular de tarifas, calidad e información a los operadores dominantes. Para la abogada Valentina Villa, por ejemplo, el problema que ha enfrentado el Estado mexicano podría haberse resuelto con una aplicación correcta de las normas existentes, en particular si la regulación de dominancia de Telmex hubiera sido establecida por la SCT (sin intervención de la Cofeco) y siguiendo los procedimientos contemplados en la Ley Federal de Procedimiento

³⁰ ACEDO M., Andrés, Ledesma Uribe, Bernardo y Jiménez Pons, Paola, op. cit., nota 18, , pp. 121-55.

³¹ Ver MANCERA DE ARRIGUNAGA, Luis, “Imposición de obligaciones específicas al operador dominante. Una propuesta para el caso mexicano” en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. I, octubre de 2003, pp. 83-118.

Administrativo (y no los contenidos en las inconstitucionales reglas de telefonía o en el reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica).³²

3. Problemas en las normas que regulan la cobertura social

El principal problema de las telecomunicaciones mexicanas es su reducida cobertura, incluso en relación a los servicios telefónicos, considerados los más elementales e indispensables para la adecuada interacción de los individuos en la sociedad moderna. La reducida cobertura de los servicios telefónicos mexicanos no se da sólo en términos absolutos, sino también en relación a la cobertura disponible en otros países de desarrollo comparable al mexicano. Ciertamente en la evaluación del mediocre desempeño telefónico mexicano deben tomarse en cuenta otros factores –como los orográficos o de distribución del ingreso–, pero al menos una parte del problema puede atribuirse a problemas en el diseño y efectividad de la regulación del sector, fundamentalmente al hecho de que la regulación de la cobertura social en la Ley vigente es notablemente débil, no proporciona un fundamento legal claro que permita al Estado imponer a los operadores de servicios de telecomunicaciones –de manera transparente y

³² Al respecto la autora señala: “La competencia de las autoridades estatales es uno de los elementos esenciales del acto administrativo,... De conformidad con el artículo 63, la competencia para imponer una regulación específica tan sólo se establece expresamente para la SCT... El procedimiento a seguirse para imponer la regulación asimétrica, es el contenido en la LFPA. Si no se aplicara la LFPA, no existiría ordenamiento alguno que fuera exactamente aplicable al caso, o válido, ya que las RSL y el RCVS son inconstitucionales, procede la aplicación de la LFPA y no del RLFCE, que en materia de competencia económica debería ser el que se aplicara, ya que dicho reglamento aún cuando fue emitido por el Presidente de la República en el ejercicio de sus facultades establecidas en el artículo 89, fracción I, de la CPEUM, no contiene el procedimiento para imponer obligaciones específicas a través de una regulación asimétrica al operador que sea considerado como dominante.” VILLA ORDORICA, Valentina, *Poder sustancial en materia de telecomunicaciones*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México (tesis de licenciatura en derecho), 2000, pp. 158-9.

equitativa– obligaciones razonables de contribuir al desarrollo de servicios esenciales de telecomunicaciones.

En adición a lo anterior se presentan cuatro problemas que dificultan el logro de los objetivos de cobertura social: a) parte importante de la regulación tradicionalmente utilizada para estos fines se ha vuelto obsoleta en los últimos años (esto es, el título de Telmex), b) otra parte genera infraestructura duplicada (regulación del nuevo servicio de larga distancia), c) otra más introduce distorsiones competitivas (regulación del nuevo servicio local), y d) otra tiene efectos meramente marginales en relación al universo de usuarios (telefonía rural y Fondo de Cobertura Social).

A. Agotamiento de las obligaciones de servicio universal del título de Telmex

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

Sin embargo, el agotamiento de la regulación del Título de Telmex de 1990 es problemático. Siendo Telmex la empresa que en 2004 controla el 97% de

mercado de telefonía local fija mexicano³³, no puede quedarse sin nuevas obligaciones de servicio universal. La situación actual, donde desde 1998 los planes de esa empresa se desarrollan en ausencia de obligaciones exigibles por la autoridad, sólo sería comprensible en un país con una infraestructura de telecomunicaciones mucho más desarrollada que la mexicana. Si los nuevos competidores locales están obligados a contribuir año con año, no puede pensarse apropiado que el principal actor del sector siga operando al amparo de los laureles de sus viejos logros de cobertura y acceso (como lo ha hecho ya por ocho años, entre 1998 y 2006).

Ciertamente, un problema que debería abordarse antes de plantear la renovación de las obligaciones de servicio universal de Telmex es el relativo al déficit de acceso de la empresa. Como lo ha mostrado un estudio, es posible que Telmex enfrente un déficit de acceso derivado de mantener en operación amplias partes no rentables de su red³⁴, en ese caso resultaría indispensable que se le permitiera recuperar al menos el costo de mantener el servicio en esas partes de su red. En cualquier caso, la eventual recuperación del déficit de acceso de Telmex debiera estar ligada a la regulación tarifaria de los servicios controlados de la empresa, ya que si, como lo señalan otros estudios³⁵, la rentabilidad regulada de tales servicios

³³ Ver BAEZ, Gabriela, *Communications Markets in Mexico 2004*, Cambridge, Pyramid Research, 2004, p. 9.

³⁴ De acuerdo a los datos arrojados por un modelo de costos *forward-looking* desarrollado por la Comisión Federal de Telecomunicaciones, en 1999 Telmex no recuperaba los costos de provisión del servicio telefónico en múltiples comunidades del país (p. ej., “ninguna localidad de Chiapas recupera los costos con la tarifa típica residencial”, sólo “algunas localidades de Guanajuato alcanzan a recuperar los costos a la tarifa típica residencial”). Ver BUTLER SILVA, Fernando, “La problemática actual de la cobertura social de los servicios de telecomunicaciones en México”, en MARISCAL, Judith (ed.), *Primer Encuentro Internacional de Telecomunicaciones. Memorias*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C., pp. 86-104.

³⁵ Un estudio del reputado economista regulatorio de la Universidad de Stanford, Roger G. Noll, muestra que la rentabilidad de Telmex es notablemente superior a la de varias empresas internacionales comparables, mientras que el porcentaje de sus ingresos invertidos por la empresa

sigue compensando sobradamente su déficit de acceso, el pago del mismo sin tener en cuenta la rentabilidad excesiva sería cuestionable.

B. Inequidad y duplicidad en telefonía de larga distancia

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

No obstante, al revisar las obligaciones de cobertura que se ha impuesto a los concesionarios de redes autorizadas a prestar el servicio de telefonía de larga distancia, se observa una falta de racionalidad en la regulación ya que, por una parte, no existe proporcionalidad entre las obligaciones de cobertura asumidas por los diferentes concesionarios; y por la otra, frecuentemente se obliga a los concesionarios de larga distancia a instalar infraestructura de comunicaciones para enlazar *las mismas poblaciones* que sus competidores. El frecuente traslape en las obligaciones de instalación de infraestructura de enlace representa un desperdicio para un país con recursos tan escasos como México.³⁶ Las siguientes

mexicana es más bajo que el de aquellas. Ver NOLL, Roger G., *Telecommunications in Mexico*, mimeo, 2000, p. 7-8 y p. 23.

³⁶ De acuerdo al Subsecretario de Comunicaciones Jorge Álvarez Hoth, en el "triángulo de cristal: México-Monterrey-Guadalajara, existe duplicación de fibra óptica", por lo que "debemos preguntarnos para qué queremos dos o tres veces un tendido y cuál es el uso real que se le está dando, así como la importancia de eficientar los recursos y que las empresas, de común acuerdo, puedan optimizarlos". Citado en GUADARRAMA H., José de Jesús, "En 2002 las licitaciones para el megaproyecto e-México", *El Financiero*, 16 de noviembre de 2001.

dos Tablas muestran los diferentes niveles de compromiso de instalación de infraestructura de una muestra de seis concesionarios de telefonía de larga distancia, así como las poblaciones a ser enlazadas con infraestructura propia repetidas en las obligaciones de los títulos de concesión de esos seis concesionarios.

Diferentes Niveles de Compromiso

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

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

Compromisos Duplicados

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

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

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

La duplicidad en las obligaciones de instalación de enlaces interurbanos observada en las obligaciones de cobertura de los títulos de concesión de larga distancia, es un resultado natural del sistema regulatorio actual basado en el concesionamiento caso por caso. Bajo este sistema se permite a cada solicitante proponer, en su solicitud de concesión de telefonía de larga distancia, sus futuras obligaciones de instalación de infraestructura de enlazamiento, siempre que cumpla con un mínimo de cobertura establecido en una regulación

administrativa.³⁷ Adicionalmente, la autoridad tiene un amplio margen de discrecionalidad para otorgar o no las concesiones del servicio de larga distancia, lo que se presta a que, en el proceso de concesionamiento tenga lugar *de facto* una negociación de las condiciones de cobertura con la autoridad.³⁸ Del proceso anterior surge una serie de condiciones de cobertura que se incluyen obligatoriamente en los títulos de concesión³⁹ y que reflejan, por una parte, las obligaciones que el propio prestador de servicios se propuso asumir inicialmente conforme lo manifestó en su solicitud de título de concesión y, en su caso, aquellas que el solicitante añadió posteriormente a su solicitud (quizá influido por presión de la autoridad que dictaminó su solicitud). En el proceso de establecimiento de obligaciones de cobertura anteriormente descrito no existe participación social amplia (sólo participan la empresa solicitante y la autoridad involucrada en el trámite de la concesión), por lo que refleja una visión poco democrática de las obligaciones de servicio público (p. ej., de cobertura) que

³⁷ El requisito mínimo de cobertura aplicable a los concesionarios que prestan el servicio de telefonía de larga distancia se desprende de la definición regulatoria de “red interestatal” utilizada para la tramitación de las solicitudes de concesión. Dicha definición señala: “Se entenderá por red pública de telecomunicaciones interestatal aquella que enlace con infraestructura propia ciudades ubicadas en cuando menos, tres entidades federativas (en su caso, incluido el Distrito Federal)”. Numeral 1, segundo párrafo, Acuerdo por el que se establece el procedimiento para obtener concesión para la instalación, operación o explotación de Redes Públicas de Telecomunicaciones Interestatales, al amparo de la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicado en el diario Oficial de la Federación del 4 de septiembre de 1995.

³⁸ En esta materia, la redacción de la Ley otorgan un considerable margen de discrecionalidad a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes al señalar que para obtener concesión los solicitantes deberán cumplir los requisitos aplicables “a satisfacción” de dicha Secretaría. Ver art. 25, Ley Federal de Telecomunicaciones.

³⁹ La Ley obliga a incorporar los compromisos de cobertura en los títulos de concesión otorgados a quienes prestan servicios de telecomunicaciones. Dice: “El título de concesión [de red pública de telecomunicaciones] contendrá como mínimo lo siguiente: [...] VII. Los compromisos de cobertura geográfica de la red pública.” Art. 26, Ley Federal de Telecomunicaciones.

deberían ser establecidas. Tampoco existe transparencia en el proceso de establecimiento de estas obligaciones de servicio público. Solo al final del proceso, una vez que se ha otorgado el título de concesión en el que se consignan las obligaciones de cobertura y que se ha publicado su extracto en el Diario Oficial de la Federación es posible consultar las obligaciones concretas de cobertura que efectivamente se impusieron.

C. Inequidad competitiva entre los servicios locales.

El actual mercado mexicano de servicios de telefonía local es fruto de varias etapas sucesivas de apertura a la competencia, pero también de la convergencia tecnológica que ha hecho que servicios de telecomunicaciones de voz inicialmente diferenciados acabaran siendo vistos por los usuarios como intercambiables. La complejidad de su desarrollo también es responsable de que actualmente exista en el mercado de servicios locales un mosaico de tratamientos regulatorios diferenciados. Los particulares que actualmente compiten en este mercado incluyen a Telmex y a otros concesionarios de telefonía alámbrica, a los prestadores de servicios de telefonía celular, de servicios de *trunking*, y de servicios PCS o WLL. Casi todos los anteriores concesionarios son considerados por las autoridades del sector telecomunicaciones como parte del denominado “servicio local”, salvo por los concesionarios de *trunking*⁴⁰; pero incluso los concesionarios de *trunking* (en su dominante versión digital) son considerados competidores en el mismo mercado por las autoridades mexicanas en materia de competencia económica.⁴¹

⁴⁰ Ver Regla Segunda, fr. XXIV, Reglas del Servicio Local, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 22 de octubre de 1997.

⁴¹ La Comisión Federal de Competencia (Cofeco) ha considerado que la telefonía celular, la telefonía PCS y el *trunking* digital participan como competidores en el mismo mercado relevante. Al respecto, la Cofeco ha señalado que “la instalación del *trunking* digital tendría efectos positivos en eficiencia, costos, precios, calidad y variedad de servicios ... Además facilita ... la prestación de servicios similares a los de la telefonía celular y de RMP [radiolocalización móvil de personas],

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

sobre bases competitivas", y que "implicaría efectos procompetitivos notables en el mercado de la telefonía celular". Ver "II. Concentraciones", en el Informe de la Cofeco del 2º Semestre de 1996"; ver también resoluciones de Cofeco en los casos de concentración referidos en los expedientes CNT-161-2000 y CNT-162-2000 del 26 de octubre de 2000.

Obligaciones de cobertura en servicio locales

Tipo de concesionario (año de concesión)	Obligaciones	Ejemplos
<i>Servicio público de radiotelefonía móvil celular (1989-1991, 2000)</i>	<p>Cobertura en un número mínimo de ciudades durante los primeros 5 años de su operación.</p> <p>Algunas de estas ciudades están claramente identificadas en el título de concesión y otras se dejan a la elección del concesionario.</p> <p>Adicionalmente existe una obligación de atender las ciudades y localidades en que se concentre un porcentaje determinado de la población de la región para el 5º año de operación.</p>	<p>Movitel del Noroeste, S.A. de C.V. (hoy Telefónica Móvistar), debió ofrecer el servicio, en su quinto año, “en 12 poblaciones”.</p> <p>Las poblaciones a ser cubiertas en primer año son identificadas específicamente, mientras que las poblaciones a ser cubiertas en los siguientes cuatro años (a lo largo de un eje carretero) podrán ser determinadas por el concesionario.</p> <p>Al término del quinto año, el concesionario celular esta obligado a “tener una cobertura territorial de la Región 2 “Noroeste” [la que corresponde a Movitel] que sirva a las ciudades y localidades donde habite al menos el 75% de la población.”</p>
<i>Servicio local mediante acceso inalámbrico fijo o móvil (1998)</i>	<p>Cobertura en un número mínimo de municipios o delegaciones políticas (no “poblaciones”) que varía dependiendo de la región concesionada de que se trate.</p>	<p>Telinor (Axtel), Pegaso (hoy Telefónica Móvistar), Telmex y SPC (Unefon), tienen una obligación general de cobertura para el quinto año consistente en ofrecer el servicio en los municipios o delegaciones políticas en que, de acuerdo al último censo disponible, habite el 50% de la población total de la región concesionada (tratándose de las regiones 1, 2, 3, 4 y 9), el 40% de la población total de la región concesionada (tratándose de las regiones 5, 6 y 7), y en 10 municipios (tratándose de la región 8).</p>

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

Obligaciones de cobertura en servicio locales

Tipo de concesionario (año de concesión)	Obligaciones	Ejemplos
<i>Servicio de radiocomunicación especializada de flotillas (trunking) (1991-1995, 2000)</i>	Cobertura en ciudades previamente determinadas.	El título de Ángel Domingo Taboada Marin (hoy cedido a Nextel) lista cinco ciudades en las que debe proveerse el servicio en los tres primeros años de operación.
<i>Servicio de telefonía local fija alámbrica (1996-2003)</i>	Instalación de infraestructura alámbrica (kilómetros de fibra óptica y cable trenzado de cobre) para proveer el servicio en localidades y ciudades previamente determinadas de diversas entidades federativas para los primeros 5 años.	<p>Unión Telefónica Nacional, S.A. de C.V. tuvo la obligación de instalar infraestructura cableada de fibra óptica en 35 (treinta y cinco) localidades y ciudades en los cinco primeros años de operación, y de instalar infraestructura cableada de par físico trenzado de cobre en los cinco primeros años de operación en 113 (ciento trece) localidades y ciudades.</p> <p>Metronet tuvo la obligación de cubrir una ciudad o localidad (el Distrito Federal y su zona conurbada) instalando un kilometraje determinado de infraestructura cableada de fibra óptica durante los primeros 5 años de operación.</p>

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

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

El problema de inequidad competitiva generado por obligaciones de servicio público introducidas, caso por caso, en los títulos de concesión del sector telecomunicaciones se agrava en vista del avance de la competencia en el sector. No es apropiado tratar tan diferente a quienes compiten en el mismo mercado, bajo ese esquema frecuentemente se premiará a los ineficientes, se sancionará a los eficientes.

D. Reducido monto e impacto de la acción estatal directa

El magro desarrollo reciente de los servicios telefónicos proporcionados o financiados directamente por el Estado mexicano es otro ejemplo de los problemas del servicio público de telecomunicaciones en México. Después de la

privatización de Telmex en 1990 el principal programa para aumentar la cobertura telefónica operado por el Estado fue el de telefonía rural financiado por SCT a través de una de sus unidades administrativas, y operado a través de diversas modalidades por diversos concesionarios contratados por el Estado y por la empresa estatal Telecom. Si bien en la década de los años noventa la telefonía rural se expandió significativamente (en gran parte por la contribución de Telmex), a partir del 2000 la cobertura de la telefonía rural prácticamente se estancó.⁴²

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

El otro instrumento de que dispone el Estado mexicano para aumentar con financiamiento directo la cobertura de los servicios de telecomunicaciones en México es el llamado Fondo de Cobertura Social que comentamos en el Capítulo Tercero. Varias críticas pueden hacerse al diseño y a la operación del Fondo, no obstante la crítica fundamental debe hacerse a su reducido impacto, ya que sólo después de tres años de provistos los fondos iniciales comenzó a ser gastado en aumentar la cobertura social de servicios de telecomunicaciones. Además, debe subrayarse que dados los escasos fondos asignados a este propósito (750 millones de pesos en 2002), su impacto seguiría siendo muy reducido ante la magnitud de las necesidades y de las inversiones necesarias.

⁴² En 2000 las localidades con servicio de telefonía rural fueron 47,120 (cubriendo a 23.1 millones de habitantes); en 2004 serían apenas 49,974 (cubriendo a 23.9 millones de habitantes). Ver Anexo Estadístico, Cuarto Informe de Gobierno 2004, p. 451.

Quizá este último punto –el reducido monto e impacto de la acción estatal directa– es el que deba subrayarse cuando se evalúen los efectos de los servicios telefónicos proporcionados o financiados directamente por el Estado a la población mexicana (ya sea a través del Programa de Telefonía Rural o, eventualmente a través del Fondo de Cobertura Social). A partir de la privatización de Telmex, los montos que el Estado ha canalizado al desarrollo del sector telecomunicaciones (y de la cobertura telefónica) dejaron de ser significativos. Cuando se comparan las inversiones privadas con las públicas en el sector a lo largo de los últimos diez años, se evidencia la importancia crucial del factor privado frente al público. Para 2004, las inversiones públicas en telecomunicaciones totalizaría 147.4 millones de pesos, menos del 0.4% del total de inversiones del sector.⁴³ Por eso, a partir de 1990 el impacto significativo del Estado en el aumento de la cobertura de servicios de telecomunicaciones del sector tiene lugar a través de la regulación de los concesionarios (y no de la acción directa). Por eso es tan importante concentrar los esfuerzos de cambio en replantear correctamente el marco jurídico general y específico que rige esa regulación.

La situación regulatoria del tema de cobertura social en México es una de deficiencias y limitaciones. Las débiles disposiciones de la Ley no permiten una acción regulatoria fuerte, y han dado pie a soluciones de convencimiento o negociación entre la autoridad y los concesionarios. La solución a los problemas de la autoridad en materia de cobertura social requiere reformas legales que den al Estado instrumentos mucho más fuertes para el desarrollo de la cobertura social. Uno de los cambios deseables en esta materia consistiría en incorporar en Ley una definición de cobertura social como mínimo de servicios muy similar a las definiciones de servicio universal que encontramos en el derecho comparado. Asimismo, al igual que en otras latitudes, y siguiendo las mejores prácticas, sería

⁴³ Anexo Estadístico, Cuarto Informe de Gobierno 2004, p. 447.

deseable que dicha definición de cobertura social fuera evolutiva, susceptible de ser revisada periódicamente por la propia autoridad. Pero introducir y modernizar las definiciones de la Ley no serviría de nada si la autoridad carece de instrumentos para lograr el objetivo. Por eso sería importante no repetir la obligación genérica y débil de la autoridad de “procurar” la adecuada provisión de servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, y la facultad de la autoridad de “elaborar programas”. Las reformas deseables deberían abordar el crucial tema del financiamiento de la expansión de los servicios a la población a través –por ejemplo– de un Fondo de Cobertura Social. Los esquemas de financiamiento incorporados deberían ser adecuados para atender el reto del servicio universal, es decir deberían de generar recursos suficientes y constantes.

Además, las reformas deberían atacar el problema de la inequidad competitiva predominante en las disposiciones de cobertura heredadas del sistema actual, y uniformar las condiciones de los títulos de concesión o permisos otorgados con anterioridad a la expedición de la Ley. En general, sería preferible que se establecieran obligaciones equitativas de contribución al desarrollo de la cobertura, y que se eliminaran los mecanismos de concesionamiento y condicionamiento caso por caso cuya aplicación ha generado las inequidades competitivas actuales. En particular, deberían abordarse los temas del llamado “déficit de acceso” o la reconversión de los títulos de concesión preexistentes, que son centrales de la regulación característica del servicio universal en el derecho comparado y que constituyen pendientes regulatorios preocupantes en el sector telecomunicaciones en México.

II. DEBILIDAD, INEFICIENCIA Y CAPTURA DE LA COFETEL

La debilidad, ineficiencia y captura del órgano regulador son factores cuya existencia ha perjudicado el logro de los objetivos de la Ley, y afecta directamente el objetivo de garantizar la soberanía. En la medida en que el regulador mexicano del sector es débil, en la medida en que es ineficiente y en que se encuentra capturado por los intereses especiales, la rectoría del Estado y la soberanía se debilitan. Visto desde la perspectiva de las empresas dominantes en los mercados de telecomunicaciones un regulador débil es conveniente a sus intereses ya que les permite actuar y disponer a gusto en el sector. Desde esa misma perspectiva resulta cómodo un regulador ineficiente, que no cuenta con los recursos ni el tiempo para dedicarlo a controlar las acciones de las empresas dominantes. Todavía mejor, desde esa perspectiva que difícilmente coincide con el interés público, si el regulador responde directamente a los intereses de la empresa dominante, ya sea porque sus funcionarios son ex empleados de la empresa regulada, o porque tienen esperanzas de trabajar para esta en el futuro.

No hay duda de que en la década que tiene de existir la Cofetel se ha revelado como un órgano regulador débil. Lo anterior se puede constatar en la multiplicidad de resoluciones emitidas que son suspendidas o anuladas por las autoridades judiciales (ver siguiente sección), en los periodos de nula actividad regulatoria que ha tenido, y en el lento avance que ha podido realizar en temas cruciales para su mandato como la interconexión, la dominancia o la cobertura social. En los últimos años de la administración Fox el desgaste de la Cofetel la había vuelto un órgano regulador temeroso de regular. Gonzalo Martínez Pous, ex director general de asuntos regulatorios de Cofetel, critica la falta de voluntad de 'regular' a Telmex por parte del órgano regulador. Al respecto señalaba en 2004:

“El órgano regulador de las telecomunicaciones tampoco se ha caracterizado por llevar a cabo una aplicación más estricta del título de concesión de Telmex y de otros operadores dominantes. De hecho, ha implementado una política tarifaria que atenta abiertamente con la sana

competencia, prácticamente autoriza cualquier tarifa que sea presentada por estos operadores.”⁴⁴

Tampoco hay duda de que la Cofetel es un regulador ineficiente, la operación de la llamada “doble ventanilla” y la enorme cantidad de tiempo desperdiciada en trámites nimios hacen patente la reducida eficiencia de este órgano regulador, cuyos funcionarios se dedican a atender cuestiones de poca monta mientras los asuntos que tienen mayor impacto en el logro de los objetivos de la Ley avanzan a paso de hormiga. Uno de los aspectos más ineficientes y peculiares del actual diseño institucional de Cofetel es la dependencia estrecha que se establece entre dicho ente regulador y la Subsecretaría de Comunicaciones, misma que se ve reflejada en múltiples procedimientos y trámites que obligan a los prestadores de servicios de telecomunicaciones a acudir sucesiva y alternativamente ante la Subsecretaría de Comunicaciones y la Cofetel (comúnmente referidos como la “doble ventanilla”). En general estos procedimientos afectan la regulación de la entrada a, y salida de, los mercados de servicios de telecomunicaciones. El otorgamiento, modificación, cesión o revocación de los títulos de concesión y permisos necesarios para prestar servicios de telecomunicaciones se tramitan conforme a este esquema de “doble ventanilla”. Los procedimientos referidos tienen varios efectos perniciosos. Por una parte, la Cofetel y la Subsecretaría de Comunicaciones desarrollan una relación de interdependencia en la que la resolución de una autoridad tiene que ser sucesiva y alternativamente convalidada por la otra, y en la que un procedimiento puede ser detenido o frenado en cualquiera de las dos instancias involucradas (por ejemplo, pidiendo información adicional al solicitante de una concesión). Por otra parte, el sucesivo “peloteo” de

⁴⁴ MARTÍNEZ POUS, Gonzalo, op. cit., nota 17, p. 141 y p. 141 n. 19 (“Por ejemplo, en febrero de 2004, se hizo público que una tarifa denominada ‘Lada 100’ que fue aprobada por el Pleno de la Cofetel, sin el visto bueno de la Dirección General de Tarifas por considerarla anticompetitiva fue suspendida en su aplicación por un amparo promovido por Marcatel.”)

un mismo trámite ante ambas instancias administrativas también tiene el nocivo efecto de diluir la responsabilidad de ambas instancias frente a los particulares.

Operación de la Doble Ventanilla: Concesiones y Permisos (Situación actual)

Atribuciones Subsecretaría	Atribuciones Cofetel
a) Recibe solicitud del particular, revisa su debida integración y, en su caso, solicita información o documentación adicional.	
b) Turna solicitud a Cofetel.	
	c) Recibe expediente de solicitud de SC.
	d) Revisa y dictamina solicitud. En su caso, solicita información o documentación adicional.
	e) Emite opinión favorable (o desfavorable) y elabora proyecto de título o permiso.
f) Recibe opinión favorable y proyecto de título o permiso de Cofetel.	
g) Elabora proyecto definitivo de título o permiso y lo turna al Secretario para su firma.	
h) Entrega el título o permiso al particular solicitante.	

La “doble ventanilla” es una manifestación de una duplicidad innecesaria de funciones de autoridad. ¿Para que tramitar ante dos autoridades, si pudiera hacerse el trámite ante una sola? ¿Cuál es el valor social agregado que genera la intervención de otra autoridad en un trámite que fundamentalmente ya ha sido revisado y analizado en una instancia determinada? El caso del trámite de “doble ventanilla” para la obtención de un título de concesión o permiso (antes revisado) no encuentra, ciertamente una justificación en la utilidad social. La “doble ventanilla” en ese caso pareciera solo responder a la necesidad de justificar la preservación de un *status quo* heredado que establece dos autoridades paralelas.

El costo presupuestal de mantener dos burocracias reguladoras paralelas para el sector telecomunicaciones también resulta considerable. Anualmente el erario mexicano canaliza más de \$500 millones de pesos para sostener a la Cofetel y a la Subsecretaria de Comunicaciones (y sus unidades administrativas adscritas). Prácticamente la totalidad del gasto presupuestal de los reguladores del sector es gasto corriente, utilizado para cubrir los salarios y prestaciones de los funcionarios, los materiales que utilizan y los servicios que requieren para operar.

Presupuesto de Autoridades de Telecomunicaciones. 2004. (pesos)

Entidad	Gasto Corriente**	Gasto de Capital***	Gasto Total
<i>Cofetel</i>	\$ 375,737,409.00	\$ 3,300,000.00	\$ 379,037,409.00
<i>SC – SCT*</i>	\$ 109,769,984.00	\$ 23,918,168.00	\$ 133,688,152.00
<i>T o t a l</i>	\$ 485,507,393.00	\$ 27,218,168.00	\$ 512,725,561.00

Fuente: Análisis Administrativo Económico. Presupuesto de Egresos de la Federación 2004.

* SC – SCT incluye a unidades administrativas adscritas a la Subsecretaría de Comunicaciones salvo por la Unidad de la Red Privada del Gobierno Federal. ** El gasto corriente se integra por "servicios personales", "materiales y suministros" y "servicios generales". *** En el caso de estas unidades administrativas el gasto de capital es igual al monto de la inversión física.

El alto costo del personal involucrado en esta estructura burocrática paralela se deriva del cuantioso número de funcionarios medios y altos que se concentran en las autoridades de telecomunicaciones. La Cofetel por si sola concentra 32 funcionarios de alto nivel (desde directores generales adjuntos hasta jefes de unidad). El total de mandos medios y superiores de ambas autoridades reguladoras de las telecomunicaciones es de 305, de los cuales más de dos terceras partes se concentran en la Cofetel (aunque si midiéramos al personal operativo la relación sería inversa, con la mayor parte concentrado en la Subsecretaría de Comunicaciones). El costo de esta amplia cantidad de funcionarios de nivel alto y medio es considerable. Baste pensar que cada uno de los 32 funcionarios de alto nivel de la Cofetel le cuesta en términos brutos entre \$99,000.00 (Director General Adjunto) y \$217,000.00 pesos mensuales (Presidente) al erario mexicano. Cada uno de esos funcionarios tiene además diversas prestaciones incluyendo, por ejemplo, teléfono celular y automóvil.

Mandos Medios y Superiores en Autoridades de Telecomunicaciones

	<i>Jefes de Departamento</i>	<i>Subdirectores</i>	<i>Directores de Área</i>	<i>Directores Generales y DG Adjuntos</i>	<i>Subsecretario y Jefes de Unidad</i>	<i>Total Mandos</i>
COFETEL	42	68	77	25	7	219
SC – SCT*	40	25	17	2	2	86
Total	82	93	94	27	9	305

Fuentes: Cálculos propios con base en “Cofetel. Estructura ocupacional por nivel al 31 de enero del 2004”. “Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Directorio General de Unidades Administrativas, Centros SCT y Localidades (‘Puestos’).”

* SC– SCT = Subsecretaria de Comunicaciones, que incluye a la DG de Sistemas de Radio y Televisión, a la DG de Política de Telecomunicaciones, y a la Unidad de Programas de Cobertura Social. No se incluye a la Unidad de la Red Privada del Gobierno Federal. El número de mandos medios y superiores de la SC-SCT probablemente este subestimado ya que el directorio utilizado no siempre permite identificar el nivel presupuestal del “puesto” referido.

Replantear la ineficiente división de funciones entre ambas autoridades (p. ej., la doble ventanilla), permitiría reducir los costos presupuestales (más de \$500, millones de pesos anuales) de una pesada estructura burocrática duplicada en la que una de las principales ocupaciones de un funcionario de Cofetel puede ser atender al funcionario de la Subsecretaría de Comunicaciones y viceversa.

Por lo que toca al tema de la captura regulatoria de la Cofetel en su tiempo de existencia no existen pruebas que permitan acreditarla plenamente. Pero eso no ha sido por la ausencia de señalamientos en ese sentido provenientes de las fuentes más prestigiadas. En 2001 el nombramiento de los cuatro comisionados que integran el pleno de la Cofetel mereció un artículo en *The Wall Street Journal* donde se destacaba que el nuevo presidente del órgano regulador era un ex funcionario de Ericsson (la principal proveedora de equipo de Telmex), que otro de los comisionados recién designados era hasta antes de su designación miembro del consejo de administración de Telmex, y que un tercer nuevo comisionado era el principal abogado regulatorio externo de Telcel. Lo anterior no era extraño habida cuenta de que el nuevo subsecretario de comunicaciones venía de ser directivo por más de una década diferentes empresas del grupo Televisa y de que el nuevo Secretario de Comunicaciones y Transportes venía de ser director regional en Telmex. En 2006, ante la renovación de la integración del pleno de Cofetel como resultado de la reforma denominada llamada “Ley Televisa”, la prensa destacó el hecho de que dos de los cuatro nuevos comisionados tenían vínculos fuertes con Televisa y TV Azteca, dos empresas que habían apoyado la reforma legal que las sujeta a la regulación de la Cofetel.

La debilidad, la ineficiencia y la captura de la Cofetel tienen raíces institucionales. Como vimos en el capítulo tercero el diseño institucional del regulador mexicano de las telecomunicaciones no lo dotó de un amplio grado de autonomía. Por el contrario, las características institucionales que los legisladores y administradores le asignaron lo hicieron ex ante poco propenso a ser autónomo. Aunque Cofetel tiene algunas de las características básicas de un ente regulador autónomo, las

tiene en un grado muy reducido. Cofetel tiene “autonomía” formal, pero es solamente “técnica y operativa”, y le ha sido asignada por su superior jerárquico, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT). La SCT puede revisar y anular las decisiones de Cofetel. Hasta antes de 2006 los comisionados de Cofetel no tenían estabilidad en su encargo: el Presidente de la República los nombraba y removía discrecionalmente, y además lo hacía a través del titular de SCT. Ciertamente la autonomía de Cofetel es mucho más reducida que el de la Comisión Federal de Competencia y mucho más que el del Banco de México. No es de extrañar que, al margen de las habilidades y el liderazgo personal que algunos de sus directivos hayan podido imprimir en el actuar de Cofetel de algunos momentos, el resultado neto de su acción regulatoria no pueda compararse al de otros entes reguladores mucho mejor diseñados y pertrechados institucionalmente.

Fortalecer la autoridad y autonomía de la Cofetel ha sido una de las recomendaciones recurrentes de política pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para México. El énfasis que el organismo asigna a esta medida se ve reflejado en que esta recomendación figure prominentemente en sus estudios de la economía mexicana en su conjunto (y no sólo del sector telecomunicaciones) y en el carácter recurrente de su recomendación. En su Estudio Económico de México para el 2002 la OECD señaló que: “la autoridad e independencia de la comisión reguladora [de telecomunicaciones] necesita ser fortalecida”.⁴⁵ En su estudio del 2003 el organismo multilateral repitió su recomendación al señalar que una de las razones por las que el país no crece es la existencia de varios obstáculos regulatorios que pesan sobre la actividad emprendedora y la inversión empresarial. Por ello, entre

⁴⁵ OECD, Organization for Economic Co-operation and Development, *Economic Survey of Mexico, 2002, Assesement and Recommendations*, Paris, OECD, marzo 2002, p. 5.

otras cosas, el organismo multilateral recomendó que “la autoridad de COFETEL, el ente regulador, tiene que ser fortalecida”⁴⁶.

La autonomía del regulador mexicano de las telecomunicaciones es también una medida que cuenta con el fuerte respaldo de quienes, desde su posición en la burocracia gubernamental, han podido ver los efectos que la poca independencia tiene sobre la labor cotidiana de la regulación. Carlos Casasús⁴⁷, Javier Lozano⁴⁸ y Jorge Nicolín⁴⁹, los tres funcionarios que han ocupado sucesivamente la posición de Subsecretario de Comunicaciones y Presidente de Cofetel se han manifestado

⁴⁶ OECD, Organization for Economic Co-operation and Development, *Economic Survey of Mexico, 2003, Summary*, Paris, OECD, noviembre 2003, p. 6.

⁴⁷ Carlos Casasús López-Hermosa fue Subsecretario de Comunicaciones y Desarrollo Tecnológico de 1994 a 1996. Fue el primer presidente de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, de 1996 a 1998. Su fuerte opinión a favor de la autonomía del regulador se expresa en CASASÚS LÓPEZ-HERMOSA, Carlos, *Ponencia presentada en la IV Conferencia Internacional El reto de las Telecomunicaciones en el Marco de la Reforma del Estado en México*, Senado de la República, México D.F., mimeo, julio de 2001.

⁴⁸ Javier Lozano Alarcón fue Subsecretario de Comunicaciones y Desarrollo Tecnológico de 1996 a 1998. Fue el segundo presidente de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, de 1998 a 2000. En un artículo dice “Así, a reserva de profundizar en las reformas necesarias a la Ley Federal de Telecomunicaciones donde, por cierto, bienvenida sería toda iniciativa de reconocer en la misma la estructura y facultades propias de la Cofetel, un primer ejercicio que fácilmente puede ser llevado a la práctica para fortalecer su autonomía sería el transferir, vía Reglamento Interior de la SCT, las atribuciones de que hoy goza la Subsecretaría de Comunicaciones en materia de telecomunicaciones a la Cofetel. *Créanme que lo digo por experiencia.*” LOZANO ALARCÓN, Javier, “Cofetel: hacia una autonomía realista”, *El Financiero* (edición electrónica), 27 de noviembre de 2000 (cursivas añadidas).

⁴⁹ Jorge Nicolín Fischer fue Subsecretario de Comunicaciones de 1999 a 2000. Fue el tercer presidente de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, de 2000 a 2001. Su fuerte opinión a favor de la autonomía del regulador se expresa en NICOLIN FISCHER, Jorge, *Ponencia presentada en la IV Conferencia Internacional El reto de las Telecomunicaciones en el Marco de la Reforma del Estado en México*, Senado de la República, México D.F., mimeo, 18 de julio de 2001.

públicamente en diversas ocasiones a favor de aumentar dicha autonomía. Lo anterior es relevante toda vez que tales exfuncionarios son los que mejor han podido ver y experimentar en carne propia tanto los beneficios burocráticos (cuando fungieron como subsecretarios), como las dificultades de la falta de autonomía (cuando fungieron como presidentes de Cofetel). Javier Lozano ha descrito con mayor precisión algunas de sus propuestas en materia de órgano regulador. Al respecto el ex subsecretario ha señalado que:

“si se pretende reforzar la labor de la Cofetel con el fin de revitalizar el sector, es necesario que todo intento por modificar la legislación vigente en cuanto al órgano regulador se refiere, vaya dirigido a lo siguiente:

1. Definir con claridad las funciones, objetivos e instrumentos.
2. Procurar que la toma de decisiones se realice con independencia de presiones empresariales o de coyuntura política.
3. Considerar la opinión de la industria y del consumidor, mediante procedimientos formales de consulta, para la toma de decisiones.
4. Adoptar decisiones de estricto apego a consideraciones técnicas y en forma colegiada por el órgano de gobierno del regulador.
5. Dotar a los comisionados de inamovilidad y encargos transexenales;
6. Contar con un presupuesto autónomo que pueda, incluso, ser generado por la propia actividad del organismo.
7. Ejercer su mandato con base en facultades explícitas consagradas en la ley, y mediante el uso de instrumentos eficaces e incontrovertibles.
8. Tener a su alcance mecanismos y procedimientos plenos para dirimir controversias, así como para supervisar y sancionar violaciones a la regulación.
9. Sujetarse a un esquema de rendición de cuentas para exponer metas, objetivos y resultados, al tiempo de hacer pública y oportuna la información básica del sector.”⁵⁰

⁵⁰ LOZANO ALARCÓN, Javier, “El órgano regulador” en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. I, octubre de 2003, p. 60.

Propuestas de reforma similares a la anterior han sido presentadas por diversos ex funcionarios. Cabe señalar que los puntos 5 y 7 del anterior listado han sido parcialmente concretados como resultado de las reformas del 2006 a la Ley Federal de Telecomunicaciones. No obstante el resto de los puntos siguen pendientes. A diferencia de los ex funcionarios, otros especialistas (independientes) han tocado una de las reformas clave para garantizar la independencia de la Cofetel respecto de las empresas reguladas: vedar el acceso a convertirse en directivos de regulador a personas con conflictos de interés. Este fue un punto que no se modificó con la reforma de 2006 a la Ley Federal de Telecomunicaciones, donde no se establecieron requisitos suficientemente estrictos con relación a la designación de los comisionados. El doctor Ernesto Villanueva señala al respecto:

“Los requisitos para ser comisionados [bajo el nuevo texto de la Ley Federal de Telecomunicaciones] son susceptibles de interpretación, tales como cuando se exigen ‘actividades destacadas’ y ‘relacionadas sustancialmente’, de suerte que con buena voluntad política de quienes deciden, casi cualquier persona puede ser elegida para vivir bien con cargo al erario y algunos extras posibles, si ven con buenos ojos a distintas prácticas de concesionarios.”⁵¹

En particular, el doctor Villanueva subraya la ausencia en la reforma de 2006 a la LFT de disposiciones que impidieran que fueran designadas como comisionados personas que tuvieran conflictos de interés. Al respecto señala:

“Al comparar algunos aspectos centrales sobre los que se ha debatido y la legislación internacional se puede identificar diferencias sustantivas con la ley aprobada en sus términos por diputados y senadores... Primero. Por lo que se refiere a las incompatibilidades para ser miembro de la autoridad reguladora se pondera el conflicto de interés ex ante o inicial al disponer el dictamen aprobado por el legislador como un valor positivo estar vinculado

⁵¹ VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto, “Comisionados opacos”, *El Universal* (edición electrónica), 15 de mayo de 2006.

al sector de telecomunicaciones, precisamente uno de los objetos de la regulación."⁵²

De acuerdo al doctor Villanueva la fórmula adoptada por la legislación mexicana en esta materia es contraria a la contenida en el derecho comparado de países como Brasil, Croacia, Estados Unidos, Canadá, Colombia y el Reino Unido, donde lo que se busca es impedir que personas con conflictos de interés se conviertan en directivos del órgano regulador. Es una de las pocas medidas que pueden prevenir la tan nociva –para el interés del país– captura de su órgano regulador.

III. EL AMPARO Y LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

La falta de efectividad de la regulación mexicana de las telecomunicaciones ha sido explicada también como resultado del abuso que las empresas reguladas han hecho de los medios de impugnación de las regulaciones disponibles en el sistema jurídico mexicano, tanto de los medios administrativos como de los judiciales. Conforme a esta explicación las autoridades administrativas reguladoras del sector se ven impedidas de actuar por la protección que las autoridades judiciales otorgan a las empresas reguladas. La anterior hipótesis del fracaso de la regulación mexicana ha sido utilizada en diferentes momentos por las autoridades reguladoras mexicanas (tanto la Cofeco como la Cofetel), y por varios especialistas del sector. De acuerdo a un reporte de la propia Cofetel del año 2000, una de las principales debilidades del órgano regulador consistía en la impugnación generalizada de sus resoluciones tanto por la vía administrativa como por la judicial. Al respecto señalaba:

"Las resoluciones de Cofetel han sido recurridas de manera sistemática y la mayoría de las veces cuestionando las facultades legales de los

⁵² Ver VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto, "Ley Televisa", *El Universal* (edición electrónica), 3 de abril de 2006 (donde el especialista refiere y reseña algunas de las prohibiciones relativas al conflicto de interés presentes las normativas equivalentes de dichos países).

Comisionados y del propio Poder Ejecutivo para resolver sobre la materia, o bien la ausencia de procedimientos específicos en la Ley. A la fecha [mayo de 2000] se han interpuesto 277 juicios de amparo y 61 recursos administrativos; quedando pendientes de resolver 161 amparos y 27 recursos administrativos.”⁵³

Los amparos presentados por diferentes empresas afectaron de manera principal las resoluciones de Cofetel en materia de interconexión y comenzaron a presentarse casi desde la apertura del sector a la competencia. Francisco Gil Díaz, entonces Director General de Avantel, reconoció que su empresa tomó la iniciativa en el uso del amparo para enfrentar la regulación de Cofetel, pero reitero que la misma fue seguida por otras empresas del sector. Señaló lo siguiente:

“Yo creo que Avantel tomó la iniciativa, pero ya las demás se han sumado y están interponiendo amparos en terrenos y de naturaleza comparables a los de Avantel. Alestra, que creo que ha sido la única notificada acerca de su tarifa de interconexión para este año, se amparó en el momento en que la recibió. Y no pidió la suspensión porque le hubiera salido más cara, pero ya se amparó y está pidiendo que se analice el fondo de la argumentación que lleva a determinar un costo de interconexión tan elevado. Las demás no han sido notificadas, a pesar de que han transcurrido muchas semanas después de la fecha límite para la notificación, y no podemos saber si están en disposición de ampararse. [/] Marcatel se amparó en contra del 58% por allá en septiembre u octubre del año pasado; Miditel está amparada en contra de Proyectos Especiales, y las demás, conforme se les han ido resolviendo negativamente los recursos que interpusieron en contra del monto que se determinó para Proyectos Especiales, también se han ido amparando. [/] Entonces, no hay una diferencia muy grande, pues un buen número de empresas estamos en los tres campos tomando acciones judiciales, y no nada más Avantel.”⁵⁴

⁵³ COFETEL, Comisión Federal de Telecomunicaciones, *Informe sobre la situación jurídico-procesal*, México D.F., mimeo, mayo de 2000.

⁵⁴ Francisco Gil Díaz, citado GONZÁLEZ CARRASCO, Felipe, “Entrevista con Francisco Gil Díaz. Director General de Avantel”, *Net@. El medio de las telecomunicaciones*, 8 de marzo de 1999.

Por otra parte, Gil Díaz también señaló que en materia de amparo en telecomunicaciones el caso mexicano era atípico, por tratarse de un instrumento de defensa de los nuevos competidores y no de las empresas preestablecidas:

"Salvo el amparo reciente de Telmex en contra de esta discusión de quien llama paga, a diferencia de la apertura telefónica de otros países, aquí toda la actividad jurídica de defensa ha venido de las nuevas telefónicas. Generalmente es la empresa dominante la que se defiende legalmente. En todas las aperturas hemos visto que Deutsche Telekom, British Telecom, France Telecom y cualquiera de la que se trate, en el momento que hay una apertura reaccionan defendiéndose de las disposiciones que las autoridades emiten para provocar que haya una mayor competencia. Aquí es al revés. Aquí somos los entrantes los que nos estamos defendiendo de las resoluciones de autoridad."⁵⁵

Pero, la excepcionalidad mexicana a que hacía referencia Francisco Gil Díaz no habría de sostenerse por mucho tiempo. Muy pronto Telmex se convirtió en uno de los principales usuarios del amparo. El recuento que Cofetel hacía de los diversos amparos presentados por los concesionarios del sector da cuenta de lo generalizado que este fenómeno era para el año 2000, como afectaba algunas de sus más importantes actos regulatorios (p. ej., sus resoluciones de interconexión), y como era promovido por todas las empresas del sector, incluido –para entonces– Telmex. Por ejemplo, las concesionarias de telefonía de larga distancia, Avantel y Marcatel, impugnaron la resolución de interconexión de Cofetel del 11 de marzo de 1998 a través del juicio de amparo y obtuvieron suspensiones definitivas en las cuales se apoyaron para no pagar la tarifa de interconexión a Telmex. Otra empresa concesionaria, Alestra, impugnó otra resolución de interconexión que emitió la Cofetel en noviembre de 1998 interponiendo un juicio de amparo en el cual no solicitó suspensión (no obstante dicha empresa determinó unilateralmente un monto menor de las tarifas de interconexión, apartándose tanto de su convenio de interconexión como de las resoluciones de la autoridad). Varios concesionarios se ampararon contra la Resolución de Interconexión del 28 de mayo de 1997, logrando en todos los casos

⁵⁵ Idem.

obtener la suspensión definitiva, por lo que dejaron de realizar pagos a Telmex por dichos conceptos. Por otra parte, en su momento, los concesionarios que no impugnaron la resolución de referencia, también dejaron de pagar a Telmex. En otro caso varios concesionarios se negaron a presentar a Cofetel la información requerida por esta y necesaria para efectuar el cálculo de las proporciones de tráfico telefónico internacional conforme a lo requerido por las Reglas del Servicio de Larga Distancia Internacional. Al respecto promovieron juicios de amparo contra los requerimientos de Cofetel que los obligaban a presentar la información. En octubre de 1999 Telmex buscó registrar tarifas que eliminaban el aumento de 14% decretado en marzo del mismo año. La Cofetel negó el registro de dichas tarifas. Telmex se amparó, aunque en este caso, no obtuvo la suspensión provisional por parte del juez.⁵⁶

El uso del litigio en el sector telecomunicaciones alcanzaría su punto crítico con los amparos interpuestos por Telmex contra la resoluciones de dominancia de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco). El primer juicio se prolongo por cuatro años y hecho por tierra no sólo la resolución de la Cofeco que declaró dominante a Telmex en 1997, sino también otros actos fundados en la primera y, destacadamente, la resolución de 2000 en la que la Cofetel impuso a Telmex obligaciones especiales de tarifas, calidad e información. Telmex interpuso juicios de amparo tanto contra la resolución de Cofeco de 1997 que lo declaró como agente con poder sustancial en cinco mercados relevantes, como en contra del procedimiento administrativo que inició la Cofetel para establecerle obligaciones específicas. Telmex también interpuso recursos en contra de las pruebas que le fueron deshechadas en el procedimiento administrativo, así como en contra de la resolución definitiva que emitió la Cofetel. El largo camino procedimental y procesal seguido por las autoridades administrativas para imponer a Telmex una regulación tarifaria que modere su poder de mercado es descrito por el ex presidente de la Cofeco, Fernando Sánchez Ugarte, quien dice al respecto:

⁵⁶ Ver COFETEL, op. cit., nota 53.

“La resolución emitida por la Comisión (Federal de Competencia) fue notificada a la empresa, quien la recurrió. La CFC resolvió el recurso considerando que los agravios eran infundados, por lo que confirmó la resolución impugnada.

La empresa se fue al amparo, y el juez otorgó una suspensión provisional que dejaba al juicio de la autoridad emitir la regulación en caso de que fuera de interés público. Posteriormente, la Cofetel, en uso de sus atribuciones, emitió regulación de dominancia. Esta resolución también fue impugnada en juicio de amparo.

Recientemente, el tribunal colegiado resolvió otorgar el amparo para efectos. La CFC cumplió la resolución de la Corte, revocando su resolución original, reponiendo el procedimiento para cumplir lo ordenado por el tribunal y emitiendo una nueva resolución que está en vigor, si bien ha sido impugnada en amparo por Telmex. Por su parte, la Cofetel revocó la regulación, aunque no ha reparado el procedimiento ni ha emitido una nueva regulación.”⁵⁷

Después de esa derrota en tribunales Cofetel no volvió a intentar emitir una nueva resolución regulando las tarifas, calidad de servicio e información de Telmex. La ausencia de una segunda regulación emitida por la Cofetel es explicada por Gonzalo Martínez Pous, ex director general de asuntos regulatorios de Cofetel, como resultado de la debilidad de la segunda declaratoria de dominancia de la Cofeco. Al respecto señalaba lo siguiente:

“En la actualidad, primavera de 2004, la única declaratoria que serviría para regular a un operador dominante, Telmex, en este caso, es la del 21 de mayo de 2001, misma que de nueva cuenta tiene una serie de problemas de consistencia jurídica,..., debido a que ésta fue elaborada con datos económicos de 1997, lo que la hace inútil e injusta. [/] Lo anterior, aparentemente ha sido tomado en cuenta por la Cofetel para no emitir regulación alguna, sin embargo no ha emitido resolución formal al respecto, en la que señale las causas que justifiquen su no actuación.”⁵⁸

⁵⁷ SÁNCHEZ UGARTE, Fernando, “Diez años de política de competencia”, en AA VV, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Comisión Federal de Competencia, 2003, pp. 84-5.

⁵⁸ MARTÍNEZ POUS, Gonzalo, op. cit., nota 17, p. 141.

El tiempo mostró que resultaban fundadas las reticencias de la Cofetel para emitir una segunda resolución regulando las tarifas, calidad y obligaciones de información de Telmex con base en la segunda declaratoria de dominancia de la Cofeco, puesto que en octubre de 2006 un juzgado federal volvió a dejar sin efectos este segundo acto de la Cofeco contra Telmex.⁵⁹

Existen varios factores a los que puede atribuirse la vulnerabilidad de la regulación mexicana a las impugnaciones judiciales. Uno de estos es, sin duda, las deficiencias normativas y en las facultades del órgano regulador que hemos revisado en las secciones anteriores. Otro más es atribuible a la debilidad de los departamentos jurídicos de los órganos reguladores. Estos frecuentemente cuentan con poco personal jurídico que debe hacer frente en tribunales a empresas con cuantiosos recursos que les permiten contratar y utilizar en su defensa a los mejores abogados litigantes. Desde esta perspectiva el problema no es tanto que el órgano regulador esté condenado a perder los litigios en los tribunales, sino que no cuenta con los recursos indispensables para contratar a los asesores legales que harían que la contienda jurídica fuera equitativa, y le permitirían defender exitosamente la regulación. Al respecto Rafael del Villar y Francisco Javier Soto señalan:

“Cabe mencionar que el presupuesto anual de la Comisión Federal de Competencia (CFC) no llega siquiera a dos días de utilidades de Telmex y Telcel (la empresa de telefonía móvil del grupo) juntas y esta disparidad en el poder económico de la autoridad con el ente denunciado probablemente ha incidido en la poca efectividad de la CFC. Los fiscales en asuntos de competencia deben contar con recursos para contratar los mejores

⁵⁹ Ver GASCÓN, Verónica, “Gana Telmex batalla a la CFC”, *Reforma* (edición electrónica), 12 de octubre de 2006 (donde la reportera refiere que “el pasado 4 de octubre un juzgado federal emitió sentencia favorable para la empresa, en la que se establece que la declaratoria de poder sustancial realizada por la CFC carece de sustento probatorio.”).

despachos de abogados debido al poder económico de las empresas que enfrentan.⁶⁰

Debe señalarse que los entes reguladores mexicanos que inciden en el sector telecomunicaciones –es decir, además de la Cofetel, la Cofeco– han reconocido la debilidad intrínseca de sus departamentos jurídicos internos y han utilizado asesoría externa especializada en algunos casos. La Cofetel, por ejemplo, contrató los servicios de dos despachos jurídicos externos para la elaboración de la resolución de dominancia, el del ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Carlos Sempé Minvielle, y el del abogado litigante Bernardo Ledesma Uribe.⁶¹ La Cofeco, por su parte, ha contratado los servicios externos de su ex Comisionado y ex magistrado Javier Aguilar Álvarez de Alba.⁶² No obstante, lo anterior no ha librado a ninguno de los entes reguladores de ser derrotados por Telmex en los más sonados litigios en que se han enfrentado a esa empresa (o a su hermana Telcel).

El impacto que el amparo ha tenido en congelar la regulación del sector telecomunicaciones ha generado juicios condenatorios categóricos de algunos estudiosos, quienes encuentran también serios defectos en la forma en que operan los procedimientos judiciales. Para el economista y abogado estadounidense especialista en materia regulatoria, Roger Noll:

"Cofetel no ha podido implementar ninguna regulación relativa a la interconexión, en parte porque el sistema de revisión judicial parece socavar la implementación efectiva de nuevas regulaciones. El amparo suspende la implementación de la decisión – en este caso, una regulación

⁶⁰ DEL VILLAR, Rafael, y SOTO ÁLVAREZ, Francisco Javier, "Logros y dificultades de la política de competencia económica en México", *ICE*, No. 821, Marzo-Abril 2005, p. 117.

⁶¹ Bernardo Ledesma Uribe es socio del despacho Barrera, Siqueiros y Torres Landa, A.C.

⁶² Javier Aguilar Álvarez de Alba es socio director de Aguilar Álvarez abogados, A.C., fue magistrado del Tribunal Superior de Justicia del D.F. en 1993, y fue comisionado de la Comisión Federal de Competencia entre 1993 y 2003.

emitida por Cofetel— hasta que tiene lugar una audiencia del juzgado en que se revisan las evidencias del caso. Dado que el sistema judicial opera de manera lenta, un amparo puede mantenerse vigente por plazos de dos a tres años, momento en el que la regulación se vuelve obsoleta debido a desarrollos subsecuentes en la industria.

Los participantes en la industria mexicana de las telecomunicaciones sostienen opiniones muy diferentes sobre el proceso de amparo. Una creencia generalizada es que el amparo es muy fácil de obtener, pero las opiniones difieren sobre si la causa reside en las reglas legales para otorgar el amparo o en la facilidad con que los jueces los otorgan. Cualquiera que sea la razón, los requisitos de evidencia para obtener un amparo no son aparentemente muy altos. En cualquier caso, casi cualquier regulación emitida por la Cofetel ha sido exitosamente impugnada ya sea por Telmex o por sus competidores debido a que la implementación de dicha regulación ha sido suspendida por un amparo. En algunos casos, el resultado es confusión y trastornos.

Por ejemplo, la resolución de Cofetel relativa a las tarifas de interconexión entre los concesionarios del servicio local y del servicio de larga distancia fue suspendida por un amparo que fue interpretado de manera muy diferente por Telmex y por sus competidores. El primero lo interpreto en el sentido de que restablecía las tarifas anteriores, mientras que los segundos interpretaron la decisión en el sentido de que la tarifa sería cero hasta en tanto el juzgado emitiera una sentencia definitiva. En algunos casos los concesionarios de larga distancia no han hecho pagos de interconexión a Telmex desde que se concedió el amparo.

La competencia se encuentra limitada por regulación lenta y poco efectiva, creada por las limitaciones del regulador primario, la Cofetel, debidas a un proceso regulatorio opaco, hermético, y engorroso, y por un sistema inadecuado de supervisión en las ramas judicial y políticas del gobierno.”⁶³

Pero los problemas de excesiva impugnación judicial experimentados por la regulación mexicana de telecomunicaciones no son exclusivos de ésta. Antes bien —como lo revelan algunos estudios de especialistas mexicanos— la experiencia de la regulación del sector telecomunicaciones ante el juicio de amparo pareciera ser un caso prototípico —si un poco exagerado— de la experiencia del amparo administrativo mexicano en general. De acuerdo a especialistas el amparo

⁶³ NOLL, Roger G., *Telecommunications reform in México*, Palo Alto, California, mimeo, 2000, pp. 19-20.

administrativo ha venido operando de una manera muy ineficiente, en la que los litigantes se aprovechan estratégicamente de la facilidad con la que los juzgados federales suspenden inicialmente los actos de autoridad, para acabar posteriormente “sobreseyendo” la demanda, es decir, decidiendo que el quejoso no cumplió con todas las formalidades y los requisitos técnicos del amparo, por lo que no es necesario que el tribunal resuelva el conflicto de fondo. Esta forma de operar de la justicia federal ha sido criticada desde hace lustros.⁶⁴ Para los críticos la sociedad desperdicia recursos cuantiosos cuando gran parte del trabajo de sus jueces federales se desperdicia sistemáticamente en tramitar demandas que no van a ninguna parte porque no cumplen con las formalidades necesarias. Aunque en cualquier sistema jurídico es natural que se presenten demandas improcedentes, el nivel de estos casos en el amparo administrativo mexicano está claramente fuera de toda proporción razonable. De acuerdo a una investigación (2002) de Héctor Fix Fierro, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, durante el periodo 1988-2002 entre el 45% y el 80% de los amparos concluyeron sin que los juzgadores hubieran examinado las pretensiones del quejoso. El investigador evaluó el costo económico de tramitar estos amparos administrativos para un sólo año (2002) en 2,600 millones de pesos: “erogados sin necesidad”.⁶⁵

La reforma del *modus operandi* característico del amparo administrativo en México es una de las asignaturas pendientes del sistema mexicano de justicia en materia de eficiencia. Los recursos humanos y económicos que actualmente se

⁶⁴ La notablemente excesiva cantidad de sobreseimientos en los juicios de amparo fue comentada desde 1994 en CIDAC, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., *A la puerta de la ley. El estado de derecho en México*, México, CIDAC/Cal y Arena, 1994, 265 pp. (particularmente el capítulo 2). Ver también MAGALONI, Ana Laura y NEGRETE, Layda, “Desafueros del poder: la política judicial de decidir sin resolver”, *Trayectorias. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, México, núm. 2, 2000.

⁶⁵ Ver FIX FIERRO, Héctor, *El amparo administrativo y la mejora regulatoria*, México, UNAM, 2005, p. 82 (el libro contiene los resultados de un estudio comisionado por la Comisión Federal de Mejora Regulatoria al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

desperdician en tramitar juicios irrelevantes, podrían servir canalizarse a acabar con el rezago judicial o a la ayuda legal dirigida a ciudadanos de escasos recursos. Entre otras medidas Héctor Fix Fierro propone reformar el ordenamiento jurídico (la Ley de Amparo) para racionalizar al amparo administrativo.⁶⁶ Entre las reformas deseables estarían aquellas que establezcan criterios más estrictos para el otorgamiento de la suspensión y otras que sancionen las demandas frívolas presentadas por los litigantes. De esta manera se haría menos rentable y más costoso el abuso litigioso que actualmente tiene lugar.

Otra soluciones propuestas a la problemática de la parálisis regulatoria provocada por el amparo en el sector telecomunicaciones apuntan a la necesidad de que los jueces otorguen algún grado de deferencia a las resoluciones dictadas por el órgano regulador o, al menos, se alleguen el asesoramiento de especialistas en la materia. Al respecto, la abogada Irene Levy señala que:

“Al poseer conocimientos técnicos especializados, el órgano del cual emana el acto, la investigación y apreciación de dichas circunstancias estarían en principio exentas del poder judicial, más aún si para realizar dicha valoración no se requiere una formación jurídica. Por último, y si se pretendiera otorgar a los tribunales la posibilidad de desconocer los aspectos técnicos de las resoluciones, por lo menos debe exigirse que lo hagan previo asesoramiento específico en la materia, puesto que constituiría una desviación peligrosa que el juez sustituya con su criterio personal el de los técnicos sobre puntos de ciencia.”⁶⁷

En términos similares pero más amplios se expresa el abogado y ex magistrado Javier Aguilar Álvarez de Alba, que señala que uno de los obstáculos que el desarrollo de la regulación económica enfrenta en países como México reside en la escasa disponibilidad de jueces con formación económica especializada,

⁶⁶ Ibidem, pp. 81-4.

⁶⁷ LEVY MUSTRI, Irene, *Marco jurídico de las telecomunicaciones en México*, México, Escuela Libre de Derecho (tesis para obtener el título de abogada), 1997, p. 125.

circunstancia que les impide entender cabalmente la regulación que aplican y sus consecuencias. Al respecto dice:

“la aplicación de la Ley de Competencia puede no ser tan efectiva cuando intervienen autoridades judiciales con una capacitación muy formalista, porque se trata de una ley muy compleja y, en países como México, donde la legislación es tan reciente, los tribunales no tienen suficiente entrenamiento en Microeconomía y Organización Industrial, lo cual les hace muy difícil tener un panorama global de las implicaciones económicas de sus decisiones.”⁶⁸

Adicionalmente, el autor explica como el formalismo judicial y la ideología de intervencionismo estatal prevalecientes en nuestro país tampoco contribuyen a generar decisiones judiciales que aborden satisfactoriamente las cuestiones sustantivas de competencia y regulación económica. Al respecto señala:

“en México se utiliza el derecho administrativo como marco de aplicación de las leyes de competencia, el cual, en vez de acudir al análisis económico, tiene una visión positivista... Además, en los tribunales hay una tendencia a favorecer la forma sobre la sustancia, y los elementos de orden procesal son los que ocupan mayor espacio en los temas litigados en los órganos jurisdiccionales. En consecuencia, aunque la Comisión Federal de Competencia sea muy apta en aplicar el análisis económico sustancial, incurre en una falla formal menor de procedimiento, y sus esfuerzos para asegurar el adecuado funcionamiento de los mercados puede frustrarse, al no entenderse plenamente las circunstancias en las cuales se aplica la Ley.”⁶⁹

A la vista de los grandes fracasos de los órganos reguladores mexicanos para combatir los monopolios y oligopolios en el sector telecomunicaciones parecería justificado el llamado de algunos a liberar a los reguladores de sus ataduras judiciales. Pero, no obstante la opinión de algunos especialistas que preferirían que los órganos reguladores estuvieran exentos de control judicial o sujetos a éste en una medida muy limitada, no pareciera razonable omitir este tipo de control,

⁶⁸ AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier, op. cit., nota 15, p. 174.

⁶⁹ Idem.

toda vez que los órganos reguladores ejercen un poder significativo en nuestra sociedad, mismo que no debiera quedar sin contrapesos reales en un estado de derecho. El analista Sergio Sarmiento refleja esta opinión cuando –señala respecto a la Comisión Federal de Competencia– que:

“No deja de ser interesante que a la Comisión le haya tocado actuar en un México en el que ya sus decisiones no pueden ser impuestas. Los litigios que ha tenido que enfrentar han tenido un costo elevado para los contribuyentes, los cuales pagamos finalmente los costos de la institución. Sin embargo, estoy seguro que la propia institución entenderá que es mejor que su actuación se lleve a cabo en un marco en el que hay instancias de apelación y amparos que le ponen también un coto a su poder. Sería ilógico, después de todo, que la Comisión Federal de Competencia combatiera a los monopolios desde el marco de un poder monopólico.”⁷⁰

La solución de fondo al dilema del control judicial de la regulación económica tendría que ser más equilibrada. Para los administrativistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el control judicial de los entes reguladores tiene que darse no sólo en el plano de las técnicas formales, sino en el de las cuestiones sustantivas habida cuenta de la notable intervención administrativa generada por éstos entes. Reflexionando sobre la experiencia española donde –al contrario de la experiencia mexicana y estadounidense– ha prevalecido la deferencia de los tribunales hacia las resoluciones de los entes reguladores, los antes referidos juristas señalan:

“El reto, hoy día, consiste en saber cómo hacer para que esas intervenciones administrativas sigan sujetas a derecho y puedan ser controlables eficazmente por los Tribunales de Justicia. En efecto se trata de intervenciones que no tienen siempre como respaldo una normativa clara y precisa, sino unas directrices que apelan genéricamente la mayor parte de las veces a la instauración de la competencia sin ofrecer a las ANR [Autoridades Nacionales de Reglamentación], como lo muestra la lectura de las sentencias dictadas en estas materias. A medida que transcurra el tiempo los Tribunales –y las propias ANR– habrán de ser más exigentes; primero con técnicas formales –como la motivación de las

⁷⁰ SARMIENTO, Sergio, “El sentido de la competencia”, en AA VV, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Comisión Federal de Competencia, 2003, p. 24.

decisiones, el respeto al precedente salvo causa justificada debidamente motivada, observancia de los procedimientos de consulta y audiencia, etc.- y después con criterios sustanciales que permitan limitar la discrecionalidad de que ahora gozan. Todo ello para evitar la paradoja en que ahora se incurre de que en los sectores liberalizados y entregados al mercado y a la competencia es donde se está dando lugar a una de las mayores y más intensas formas de intervención administrativa que se han conocido.”⁷¹

Siguiendo a Eduardo García de Enterría y a Tomás de la Cuadra Salcedo, la cuestión del control judicial de la actuación de los entes reguladores no es si debería o no darse, ni si debería ser sustantiva en lugar de formal. Por supuesto que el control judicial debe darse, y por supuesto que debe darse tanto en el plano de las formalidades esenciales del procedimiento como en el del control de la sustancia de las normas. La verdadera cuestión es lograr que el control judicial se dé de manera eficiente. Y eso lleva naturalmente al establecimiento de procedimientos administrativos específicos reglados, a criterios claros que alimenten la revisión judicial, y –probablemente– a jueces o tribunales especializados en cuestiones de competencia y regulación económica.

IV. ÉXITOS Y FRACASOS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES EN OTROS PAÍSES

Cuando se observa la experiencia de la nueva regulación de las telecomunicaciones en otros países del mundo, varios de los fracasos experimentados por la regulación mexicana parecen menos excepcionales y – hasta cierto punto– más entendibles. La ola liberalizadora que se manifiesta en el derecho mexicano de las telecomunicaciones en los últimos quince años, también tuvo lugar de manera simultánea en otros países. De hecho llegó a México desde

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA CUADRA-SALCEDO, Tomás, “Prólogo”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA CUADRA-SALCEDO, Tomás (Coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 25.

estos países, notablemente desde Estados Unidos. Y al revisar las evaluaciones de dichas experiencias realizadas por los más prestigiados juristas y economistas regulatorios de los países líder de la liberalización del sector telecomunicaciones a ambos lados del Atlántico, no podemos sino reconocer que la experiencia mexicana tiene paralelismos notables. No obstante que algunos de estos países cuentan con más recursos y madurez institucional que el nuestro, se han tropezado con varias de las mismas piedras que México. En varias dimensiones, la experiencia de la regulación mexicana dista de ser excepcional cuando se le compara con la de otros países.

1. *La experiencia de Estados Unidos de América*

La experiencia de la nueva regulación de telecomunicaciones en Estados Unidos es una de las más ampliamente estudiadas, tanto por economistas como por juristas. Al igual que en el caso mexicano, el desempeño regulatorio estadounidense tiene claroscuros. Robert Crandall y Thomas Hazlett, dos de los más prestigiados economistas regulatorios de ese país resumían en 2001 el resultado de la nueva regulación del sector de la siguiente manera:

“La Ley de Telecomunicaciones de 1996 fue una pieza normativa plena de defectos. El Congreso ignoró las oportunidades para abrir los mercados inalámbricos a la competencia, y proporcionó poca ayuda en larga distancia.”⁷²

Pero Estados Unidos no sólo tuvo problemas para avanzar la competencia, los recursos judiciales también afectaron la efectividad de la regulación del sector telecomunicaciones en ese país. La evaluación que Roger Noll hace sobre el

⁷² CRANDALL, Robert y HAZLETT, Thomas W., *Telecommunications Policy Reform in the United States and Canada*, AEI “Economic and Political Consequences of the 1996 Telecommunications Act”, *Hastings Law Journal*, vol. 50, agosto 2001, pp. 1359-94.

desempeño de la regulación de su país no es mucho más halagüeña que la que hizo sobre el desempeño observado en México. Al respecto el especialista señala:

“La Ley de Telecomunicaciones de 1996 (de Estados Unidos)... ilustra el desempeño mixto e incluso dudoso en las políticas regulatorias recientes... A pesar de su retórica desreguladora y procompetitiva, el principal resultado de la ley (de telecomunicaciones de Estados Unidos) al final del milenio han sido miles de páginas de nuevas notificaciones, reportes y resoluciones y numerosos litigios que han retrasado por varios años el intento de la FCC (el regulador estadounidense) de implementar la ley.”⁷³

Abundando sobre lo anterior Reed Hundt, ex-presidente de la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) de ese país y principal impulsor de la Ley de 1996 señaló:

“Si se quiere introducir la competencia rápidamente, debiera minimizarse el litigio. La legislación de 1996 incorporó muchas vaguedades porque el Congreso pretendía complacer a todo el mundo. No había nada que yo pudiera hacer respecto a eso. Como salieron las cosas, en lugar de darle a la agencia reguladora nacional la facultad de establecer las tarifas de interconexión, la ley fue ambigua, por lo que se impugnaron las facultades de la FCC para determinar las tarifas que los nuevos competidores habrían de pagarle a las telefónicas establecidas para interconectarse con sus redes. El caso se ha presentado dos veces ante la Suprema Corte; la primera vez para determinar si la FCC podía expedir las reglas nacionales. La FCC ganó, pero el caso se llevó dos años y medio. El segundo caso es sobre la metodología que la FCC utiliza para establecer las tarifas conforme al costo incremental de largo plazo. Este caso podría tardarse hasta 18 meses más.”⁷⁴

Lo anterior muestra que, no obstante los serios problemas de abuso que pueden observarse en el control judicial de la regulación de las telecomunicaciones en los últimos años, muchos de ellos entendibles dada la novedad de la materia, el formalismo del amparo mexicano y la disparidad profesional entre los litigantes

⁷³ NOLL, Roger G., *The Economics and Politics of the Slowdown in Regulatory Reform*, Washington DC, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 1999, p. 2.

⁷⁴ Reed Hundt citado en KOSELKA, Rita, “Wheathering telecom’s dark and stormy night”, *The McKinsey Quarterly*, No. 4, 2001, p. 1.

involucrados, algunos de los problemas no son exclusivamente mexicanos y son similares a los que enfrentan los reguladores en países como Estados Unidos donde la materia no es novedosa, existen jueces con gran experiencia en cuestiones de competencia y regulación, los procedimientos judiciales no son formalistas y no existe una disparidad profesional tan pronunciada entre quienes litigan a favor de los reguladores y quienes lo hacen a favor de las principales empresas del sector.

2. La experiencia española

Dentro de Europa, la experiencia española es particularmente relevante para el caso mexicano por la influencia que ese país todavía ejerce sobre nuestro país y sobre nuestro derecho. Al menos dos balances de la experiencia española se han publicado en los últimos años por administrativistas destacados del país ibérico. El primero, realizado por Gaspar Ariño Ortiz y Raquel Noriega Sandberg, es más puntual y rico en datos de la industria⁷⁵; el segundo de Eduardo García de Enterría y Tomás de la Quadra-Salcedo, es más general pero también rico en conceptos.⁷⁶ Entre el balance de la nueva regulación de las telecomunicaciones realizado por los cuatro autores existen coincidencias notables. Los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás de la Quadra Salcedo explican la última modificación a la normativa española (que sigue a las modificaciones del derecho comunitario) como un reconocimiento de lo que no funcionó en la primera ola de regulación liberalizadora:

⁷⁵ NORIEGA SANDBERG, Raquel, y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Liberalización y competencia en el sector de las telecomunicaciones: Balance 1998-2003", en ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Dir.), *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003). El proceso privatizador. Aspectos jurídicos. La liberalización de las telecomunicaciones. Tomo 1*, Granada, Ed. Comares, 2004, pp. 69-239.

⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA CUADRA-SALCEDO, Tomás, op. cit., nota 71, pp. 21-5.

“...el primer modelo liberalizador tenía que enfrentarse a múltiples retos que podían condensarse en dos: En primer lugar, que la apelación a la competencia y al mercado no se tradujesen en aumento de las desigualdades o en falta de garantías en la continuidad de una actividad esencial. En segundo lugar, que la llamada a la competencia no fuese puramente formal, pues la tendencia al monopolio natural de las telecomunicaciones –entre otras cosas como actividad de red– podía dejar en la nada la llamada al mercado si no se aseguraba una real y auténtica competencia y no sólo la posibilidad formal de que la hubiese.”⁷⁷

Para los autores, con anterioridad al 2003, el éxito del nuevo modelo liberalizador se manifestó en relación al servicio universal, mientras que el fracaso se dio en la introducción de la competencia. Respecto al servicio universal señalan:

“Puede decirse que los objetivos sustanciales del viejo servicio público – igualdad, continuidad y calidad o adaptación– han podido sobrevivir en un contexto de competencia, gracias a la inserción en ese escenario de competencia de técnicas de servicio público, aunque no responden exactamente al modelo tradicional de éste. El servicio universal o las obligaciones de servicio público han servido para dar una respuesta equilibrada que, por ahora, no ha comprometido el logro de los objetivos que perseguían los servicios públicos. Tampoco hay razones para pensar que en el futuro puedan verse comprometidos tales objetivos o que no puedan solucionarse los problemas que subsisten.”⁷⁸

Y respecto al objetivo de competencia García de Enterría y Tomás de la Quadra apuntan que no se ha logrado cabalmente:

“...la liberalización no ha conseguido introducir la competencia de modo natural y sin técnicas de intervención pública. Incluso con éstas no se ha conseguido el objetivo propuesto, aunque se hayan hecho avances importantes. [/] El problema teórico ha radicado básicamente en un intervencionismo muy fuerte –y desde luego necesario– como único modo de conseguir la competencia, pero que pone en cuestión la coherencia o si se quiere resalta la contradicción misma de los medios empleados (fuerte intervención pública) con los objetivos pretendidos (lograr una competencia que prescindiera y sustituyera las intervenciones públicas). Esa contradicción

⁷⁷ Ibidem., p. 22.

⁷⁸ Idem.

entre fines y medios ha creado, probablemente, un cierto malestar que no se apaga con el argumento de que se trata de una situación transitoria, provisional o coyuntural. Entre otras cosas, porque la duración de esa etapa, supuestamente provisional hasta el advenimiento de la competencia, puede ser más larga de lo previsto. También porque en el ínterin, los objetivos se acaban contaminando de los medios y quede comprometida toda la operación.”⁷⁹

El anterior diagnóstico coincide en términos generales con el realizado por Gaspar Ariño Ortíz y Raquel Noriega Sandberg, quienes destacan la apertura del sector⁸⁰, pero también refieren la dificultad para avanzar en el desarrollo de la competencia:

“Sintéticamente, lo que hemos encontrado es que los poderes públicos europeos y españoles todavía no han asumido plenamente el nuevo papel que les corresponde en las telecomunicaciones liberalizadas. Proclaman que están dejando al sector guiarse por el mercado, pero su conducta contradice tal proclmación. Bastan tres años de crisis, por ejemplo, para que observemos el repunte de las empresas públicas... sobre todo a nivel autonómico y local. Y basta cierta notoriedad del ADSL para que los organismos públicos quieran definir donde, cómo, cuándo, y a qué precio debe implantarse. Ambos supuestos avalan la conclusión a que hemos llegado: la ausencia del nuevo papel del Estado en las telecomunicaciones liberalizadas está, por el momento, incompleta entre nosotros.”⁸¹

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Dicen los autores: “Hemos pasado de una situación de monopolio en 1998, que competía exclusivamente con una oferta alternativa de servicios móviles para un segmento muy estrecho de la sociedad (Airtel), a un sector donde el antiguo monopolio se enfrenta hoy a una competencia creciente que viene de diversos frentes: - tres operadores de móviles en fuerte competencia, que canibalizan el negocio de voz de las redes fijas; - unas redes de cable, que ofrecen ya acceso a casi la mitad de los hogares españoles...; - una oferta agresiva de operadores de acceso indirecto que compiten saludablemente ofertando servicios de voz y datos utilizando las redes del operador establecido; y finalmente, una oferta moderna y creciente – enfocada al sector empresarial- que cuenta con grandes operadores como son: BT, France Telecom, Deutsche Telekom, Endesa, Colt, MCI-WorldCom, etc.” NORIEGA SANDBERG, Raquel, y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., nota 75, pp. 89-90.

⁸¹ Ibidem, p. 239.

Aunque existen múltiples y notables diferencias, el desempeño de la nueva regulación europea de las telecomunicaciones muestra varios paralelismos con la experiencia mexicana. Quizá el paralelismo más notable tenga que ver con el fracaso relativo de ambos proyectos en introducir la competencia en el sector. La dificultad mexicana para combatir el poder de mercado de Telmex, se corresponde con la dificultad europea para reducir el poder de mercado de las viejas empresas públicas nacionales. El paralelismo va más allá de lo anterior, tanto en México como en Europa se observa una cierta falta de voluntad entre los funcionarios públicos encargados de aplicar la nueva regulación liberalizadora.

Pero si las similitudes son reveladoras, las diferencias subsistentes no son menores. En Estados Unidos el desarrollo de la competencia tuvo problemas, pero ha avanzado notablemente más rápido que en México. En el caso español el servicio público logró renovarse y sobrevivir refundido en el nuevo servicio universal, mientras que en México el viejo servicio público –nunca cabalmente asumido– se desdibujó aún más bajo la nueva regulación del sector, quedando como mera y débil obligación de “promover la adecuada cobertura social”. Al éxito relativo de Estados Unidos y España en cada materia corresponde un fracaso mexicano.

Pero quizá la mayor diferencia haya sido la incapacidad mexicana para renovar el marco jurídico de la nueva regulación del sector. En España se han presentado tres olas regulatorias, cada una de las cuales reconoce las limitaciones de la anterior y propone mejoras al marco regulatorio. La última de estas olas regulatorias fue muy reciente, se concretó en España a fines de 2003. En el caso mexicano puede hablarse de dos etapas concretadas (1990 y 1995), y varios intentos –fallidos todos– de transitar a una tercera y nueva etapa que supere a las anteriores. El fracaso en la expedición de una nueva Ley Federal de Telecomunicaciones no se ve compensado por la modesta e incompleta reforma del 2006, por la cual se incorporó la materia de la radiodifusión en el ámbito normativo de la Cofetel y se renovó y otorgó un mayor –aunque todavía modesto

y cuestionable por la forma en que se eligió y designó a los nuevos comisionados— grado de autonomía a la Cofetel. Los principales defectos normativos, los problemas en el diseño institucional de Cofetel y los problemas del amparo que paraliza la regulación llevan muchos años de haber sido identificados. Pero siguen a la espera de las reformas jurídicas que comiencen a solucionarlos.

CONCLUSIONES

Para concluir conviene recapitular brevemente la estructura que ha seguido esta disertación. En el Capítulo Primero presentamos el enfoque metodológico de esta disertación, que es el de una de las vertientes de la sociología jurídica preocupada por el estudio de los efectos y la efectividad del derecho. Asimismo delimitamos los conceptos básicos y la periodización utilizada en la tesis. En el Capítulo Segundo revisamos el papel cada vez más destacado que la regulación económica juega en la disciplina del derecho administrativo mexicano y comparado. En el Capítulo Tercero analizamos el cambio de paradigma que ha significado –para el sector telecomunicaciones y a lo largo de los tres lustros pasados– la introducción de nuevas herramientas normativas influenciadas por la regulación económica. En el Capítulo Cuarto revisamos los objetivos que se propuso la nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones en la última década, así como los indicadores que muestran la medida en que ésta logró –o no– alcanzar dichos objetivos. Finalmente, en el Capítulo Quinto, analizamos algunas de las causas –de naturaleza fundamentalmente jurídica– que ayudan a explicar los logros y fracasos de la nueva regulación económica en México.

A continuación se presentan las principales conclusiones y recomendaciones de política jurídica derivadas de esta investigación.

PRIMERA.- Las normas jurídicas no existen en el vacío. Tienen efectos sobre la realidad, y la realidad tiene un impacto sobre ellas. Más aún, las instituciones que crean las normas jurídicas pretenden que éstas se apliquen y tengan efectos determinados en la sociedad. La sociología jurídica ha mostrado que analizar los efectos sociales de las normas es muy importante. Nos ayuda a entender las condiciones que hacen que las normas sean eficaces o ineficaces, que generen menores costos y mayores beneficios, y que logren o dejen de lograr los objetivos para los que fueron creadas. El análisis socio-jurídico se complementa con aportaciones del análisis económico del derecho. Lo anterior es particularmente

válido en relación a la regulación del sector telecomunicaciones, varias de cuyas instituciones más importantes tienen origen en la economía (p. ej., la “captura regulatoria”, los “índices de poder de mercado”, los “precios tope” o las “tarifas de interconexión eficientes”).

SEGUNDA.- En áreas estáticas del derecho podría justificarse que el análisis jurídico se limite a la descripción del derecho vigente. Pero en sectores que se encuentran en constante transformación, el derecho tiene importantes funciones que realizar en los procesos dinámicos de redistribución y promoción de la equidad. En estos sectores, el análisis de los cambios jurídicos y de los efectos del derecho se vuelve más importante. Es el caso de las telecomunicaciones donde la realidad regulada se transforma con una rapidez notable, donde las normas mismas tienen gran dinamismo, y donde cada regulación genera costos y/o beneficios significativos para grupos económicos y grandes sectores de la población.

TERCERA.- Las telecomunicaciones son toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos. El género telecomunicaciones incluye a la radiodifusión, que es la radiocomunicación unilateral cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general (esto es, la radio y televisión abiertas). En atención a su objeto, la regulación de las telecomunicaciones debería abarcar tanto a la radiodifusión, como al resto de los servicios de telecomunicaciones. No obstante lo anterior, por razones históricas la regulación de la radiodifusión se ha separado de la aplicable a las telecomunicaciones en sentido estricto (p. ej., la telefonía). Fue el caso de México en los tres lustros pasados. La tendencia reciente –que va de la mano de transformaciones en la realidad de la industria y que desde 2006 se manifiesta en México– es regular a todos los servicios de telecomunicaciones de manera conjunta y con normas de naturaleza similar.

CUARTA.- El derecho administrativo mexicano y comparado se encuentran cada vez más influenciados por las teorías y las herramientas que los economistas han desarrollado en torno a la regulación económica. Lo anterior se manifiesta desde hace tiempo en el contenido de los libros de texto de derecho administrativo estadounidense, y con una fuerza cada vez mayor en los libros de texto de derecho administrativo español. En el caso mexicano las referencias de las teorías económicas en los textos doctrinales de derecho administrativo son todavía escasas, aunque la influencia creciente de la economía se evidencia en algunos programas académicos nuevos (p. ej., la Maestría en Derecho Administrativo y de la Regulación del ITAM). Pero la influencia más marcada de las instituciones económicas se advierte claramente en la legislación mexicana. El ejemplo más claro fueron las reformas del año 2000 a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que hicieron obligatorio el análisis costo-beneficio previo de los proyectos regulatorios. El fenómeno puede ser visto como positivo o negativo, pero independientemente de la valoración del mismo, se trata de algo que se está presentando con una fuerza cada vez mayor en la realidad nacional y de otros países.

QUINTA.- La regulación mexicana de las telecomunicaciones comenzó a transformarse significativamente a partir 1990, con la privatización de Teléfonos de México, S. A. (Telmex). Desde entonces, la trayectoria de la nueva regulación puede dividirse en tres periodos. El primero (1990-1995) regido todavía por la Ley de Vías Generales de Comunicación, pero aplicada a través de un Reglamento de Telecomunicaciones y un título de concesión de Telmex modificados para permitir la competencia en múltiples servicios. El segundo (1995-2006) regido por la Ley Federal de Telecomunicaciones y una multiplicidad de disposiciones y resoluciones administrativas, caracterizado por la apertura de los servicios básicos a la competencia. Y un tercero (que apenas inicia en 2006) marcado por las primeras reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones para incorporar a la materia de radiodifusión dentro del régimen jurídico de las telecomunicaciones *lato sensu*.

SEXTA.- Los importantes cambios observados en varias de las instituciones fundamentales del derecho administrativo aplicable al sector telecomunicaciones en los últimos tres lustros permiten hablar de un cambio de paradigma, de una nueva regulación de las telecomunicaciones. El eje fundamental por el que pasa la transformación observada en la nueva regulación de las telecomunicaciones es el que va (o, mejor dicho, pretende ir) del monopolio a la competencia. A tono con lo anterior la motivación expresa de cada uno de los principales hitos regulatorios de la nueva etapa es la libre competencia. Los cambios más importantes son observables en cinco ejes menores, que pueden trazarse desde una institución regulatoria tradicional a una nueva que adquiere creciente importancia y desplaza a la tradicional (o pretende hacerlo).

SÉPTIMA.- Un primer eje de los cambios observados con la nueva regulación de las telecomunicaciones es el observado en la técnica autorizatoria requerida para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Siguiendo la tendencia internacional, la nueva regulación mexicana ha venido abandonando las normas que restringían la entrada de prestadores de servicios y la dejaban a discreción del funcionario. Aunque subsiste la figura de la concesión (que fue el instrumento regulatorio fundamental para restringir discrecionalmente la entrada), la nueva regulación la ha acotado a algunos servicios de telecomunicaciones, dejando libres otros, y sujetando otros más a meros permisos o registros. Además, el otorgamiento de nuevas concesiones se ha simplificado y se han introducido nuevos procedimientos concesionamiento por licitación que han automatizado el otorgamiento de concesiones. A partir de 2006 estos últimos procedimientos serán aplicados al otorgamiento de nuevas concesiones de radiodifusión. En lo fundamental, la sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 apoyó este eje de cambio jurídico al invalidar disposiciones legales que afirmaban la discrecionalidad de la Cofetel en la tramitación de permisos de radiodifusión, y al confirmar la validez del mecanismo de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión (aún cuando se invalidó el uso de las subastas dentro de estas licitaciones).

OCTAVA.- Un segundo eje del cambio regulatorio en las telecomunicaciones mexicanas se observa en el paso del control de las tarifas de los prestadores de servicios a un régimen de libertad tarifaria con excepciones. El control tarifario tradicional fue relajado con la expedición del Reglamento de Telecomunicaciones en 1990, y substituido en 1995 por un régimen de libertad tarifaria (con excepciones) en la Ley Federal de Telecomunicaciones. Bajo ésta última ley, las excepciones en las que se justifica el establecimiento de tarifas por la autoridad son las aplicables a los concesionarios que tengan poder sustancial de mercado, y a redes públicas que no hayan podido llegar a un acuerdo con sus contrapartes o que se interconecten con redes extranjeras.

NOVENA.- Un tercer eje en el que se puede ver la transformación de las instituciones jurídicas del sector es el que va de la regulación por el titular del Ejecutivo y el Secretario de la dependencia, a una regulación que descansa primordialmente en disposiciones administrativas emitidas por un órgano regulador especializado, en este caso la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel). Aunque la Secretaría de Comunicaciones y Transportes mantuvo múltiples facultades regulatorias sobre el sector, el nuevo órgano regulador adquirió un peso preponderante ya que, además de recibir muchas de las facultades tradicionales del Ejecutivo, emite disposiciones administrativas de carácter general y resuelve controversias entre particulares (p. ej., sobre la interconexión de sus redes). A partir del 2006, la Cofetel se convirtió también en el principal órgano regulador de los radiodifusores (aunque en materia de contenidos éstos siguen sujetos a otras autoridades). Actualmente, en materia de radiodifusión la Cofetel tiene un grado de autonomía respecto a la SCT mayor al que tiene en relación a las telecomunicaciones en sentido estricto (p. ej., la telefonía). El efecto de la sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 sobre este eje de cambio jurídico es ambiguo. Por una parte, reafirmó la dependencia jerárquica de Cofetel respecto a la SCT e invalidó la participación del Senado en la designación de los comisionados de Cofetel. Por otra parte, dicha sentencia dejó incólumes

varias disposiciones de la ley reformada en 2006 que contribuyen a fortalecer la autonomía del órgano regulador.

DÉCIMA.- Un cuarto eje del cambio regulatorio se observa en la transición entre la regulación característica del servicio público tradicional de origen francés y la que corresponde al servicio universal de tradición anglosajona. En este eje lo que se observa es la subsistencia de algunas normas características del servicio público tradicional en un marco legal en el que los servicios de telecomunicaciones no son formalmente públicos. Por otra parte, la regulación característica del servicio universal se encuentra muy poco desarrollada en las débiles disposiciones respectivas de la Ley, aunque un poco más en disposiciones ya obsoletas del título de concesión de Telmex y en un Fondo de Cobertura Social establecido en el presupuesto de egresos de 2002.

DÉCIMA PRIMERA.- Un quinto eje de la transición regulatoria es observable en la convergencia de la regulación aplicable a diferentes servicios y redes de telecomunicaciones. Lo anterior se observa en la desaparición de la regulación de los servicios específicos en la Ley de 1995, y la enorme relevancia que adquiere la regulación de redes públicas de telecomunicaciones. Además, diversas disposiciones administrativas se han expedido para facilitar la prestación de nuevos servicios por redes que prestaban otros diferentes. No obstante, a nivel reglamentario y de otras disposiciones administrativas de carácter general se observa la reaparición de la regulación de los servicios, aunque siguiendo las pautas generales características de la regulación de redes públicas establecidas en la Ley de 1995. Con las reformas legales de 2006 la convergencia regulatoria tomó una mayor dimensión al sujetarse la radiodifusión a las normas de la Ley Federal de Telecomunicaciones. La sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 no afecta significativamente el proceso de convergencia entre servicios. Antes bien, al invalidar el mecanismo de autorización discrecional de prestación de servicios adicionales en el espectro concesionado, la

Corte eliminó una vía de acceso a la convergencia que era cuestionable en términos de sus efectos sobre la equidad y la competencia en el sector.

DÉCIMA SEGUNDA.- La nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones se encuentra en un proceso de transición entre modelos normativos que no ha concluido. La transformación se percibe en varios ejes fundamentales que distinguen a la regulación tradicional de la nueva, caracterizada por la aparición de nuevas instituciones y herramientas regulatorias. Pero las instituciones tradicionales distan de haber desaparecido. La concesión discrecional, el control tarifario, la reglamentación a cargo del titular del Ejecutivo federal, el control ministerial, la regulación de servicio público, y el trato regulatorio diferenciado a diferentes servicios, siguen vigentes. Otras viejas instituciones subsisten en estado larvario. Y muchas de las nuevas instituciones como la libre entrada, la libertad tarifaria con regulación limitada a los operadores dominantes, la regulación a cargo de órganos reguladores autónomos, el servicio universal, y la convergencia regulatoria entre servicios, no acaban –cabalmente– de nacer. A diferencia de lo observado en otros países en los que la doctrina y el derecho administrativo positivo han construido (con mayor o menor éxito) formulaciones creativas que armonizan viejas y nuevas instituciones regulatorias, en el derecho mexicano no se advierten todavía esfuerzos, ni logros similares o equivalentes. La sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 establece más claramente los límites que el sistema constitucional impone al cambio jurídico y respalda el principio fundamental de libre competencia que lo ha guiado –al menos formalmente– en los últimos lustros. Sin embargo, en cuestiones específicas sus efectos no son siempre positivos para dicho proceso de transformación.

DÉCIMA TERCERA.- La nueva regulación mexicana de las telecomunicaciones tiene cuatro objetivos formalmente establecidos en la ley de la materia desde su expedición en 1995. Estos –referidos a las telecomunicaciones– consisten en: a) promover el desarrollo eficiente, b) garantizar la soberanía nacional, c) fomentar una sana competencia, y d) promover una adecuada cobertura social. La autoridad

reguladora del sector tiene el deber jurídico de realizar dichos objetivos. La soberanía, el desarrollo eficiente, la competencia y la cobertura social no son sólo algo a respetar y posibilitar, sino objetivos que la autoridad del sector debe lograr.

DÉCIMA CUARTA.- El análisis de la trayectoria de varios indicadores relacionados con los objetivos de la Ley muestra que, en los más de quince años que tiene de haber comenzado la nueva regulación mexicana del sector, se han logrado avances en relación a los cuatro grandes objetivos establecidos en la Ley de 1995. No obstante, los avances observados por las telecomunicaciones mexicanas, tanto por lo que toca a desarrollo, como a la competencia, y la cobertura social han sido modestos en relación a lo observado en otros países con niveles de ingresos similares al de México. Por lo que toca a la soberanía, las autoridades mexicanas en general obtienen peores calificaciones que sus contrapartes latinoamericanas evaluadas en aspectos relacionados con este objetivo.

DÉCIMA QUINTA.- La teledensidad, el indicador tradicional básico de desarrollo del sector telecomunicaciones, creció a una tasa anual cercana al 7% entre 1990 y 2001, mientras que la de países comparables con México como Brasil, Chile, Perú o Guatemala creció a tasas superiores al 10% anual. Para 2005 México alcanzó una teledensidad de 18.7 teléfonos por cada cien habitantes, mientras Argentina alcanzaba un nivel de 24.5, Brasil de 21.4, Chile de 22 y Costa Rica de 32.1. Para 2007 la teledensidad mexicana llegará apenas a 19.6. En materia de densidad telefónica móvil, el rezago mexicano –sin ser tan grande- sigue manifestándose. Para 2005 México tenía 45 teléfonos móviles por cada 100 habitantes, mientras que Argentina tenía 57.4 y Chile 67.8. En dato esperado para 2007 pondría a México con una densidad telefónica móvil de 66.3.

DÉCIMA SEXTA.- En materia de competencia se observa que la participación de mercado de los nuevos competidores (cientos de ellos) dista de haber alcanzado niveles altos en cada uno de los principales mercados de servicios de telecomunicaciones. En 2005, casi una década después de la apertura Telmex

concentraba el 96% de las líneas de telefonía local alámbrica; en transmisión de datos Telmex (o sus filiales) controlaba 68% del mercado; en telefonía inalámbrica Telcel tenía 77% de los suscriptores; en acceso a Internet Telmex tenía cerca del 60% de las cuentas; en televisión de paga dos filiales de Televisa (Sky y Cablevisión) controlaban cerca de 70% del mercado.

DÉCIMA SÉPTIMA.- En materia de cobertura social a lo largo de los tres lustros pasados se ha observado el desarrollo de la telefonía rural, pero la población cubierta se ha estancado en prácticamente el mismo nivel (alrededor de 24 millones de personas) desde el 2001. La cobertura de los nuevos centros comunitarios digitales (CCDs) es notablemente más reducida (2,400 CCDs versus 50,480 comunidades atendidas por telefonía rural), por lo que el Internet llega apenas a una fracción de la población rural más pobre del país.

DÉCIMA OCTAVA.- En materia de soberanía, un objetivo relacionado con el carácter supremo de la autoridad del Estado, revisamos las calificaciones otorgadas por evaluadores externos al órgano regulador -la Cofetel- en relación a su autonomía y autoridad fueron bajas para la región latinoamericana y mostraban una tendencia descendente entre 1999 y 2002. Otro indicador que revisamos fue el de actividad regulatoria (esto es, expedición de reglamentos, reglas, resoluciones y acuerdos con impacto en la competencia), misma que refleja el ejercicio de la autoridad del Estado. Este indicador mostró un comportamiento desigual desde 1995 hasta la fecha. Por una parte, desde la expedición de la Ley y de manera sostenida, se entregó un elevado número de concesiones y permisos. Pero en cuando a la intensidad del trabajo regulador se observaron altibajos, con años de intensa actividad regulatoria (el periodo 1996-1998) y otros con nula actividad (2001). En general se observó una reducción de la intensidad del trabajo regulador a partir de 2001. En 2006, se observaron altibajos importantes en la actividad regulatoria de Cofetel derivada de la accidentada sucesión de los integrantes del Pleno de dicho órgano regulatorio.

DÉCIMA NOVENA.- El mediocre desempeño del sector en el logro de sus objetivos es atribuible a múltiples factores, varios de estos de naturaleza jurídica. En particular la experiencia de los últimos tres lustros pasados revela deficiencias y lagunas en el marco jurídico, problemas en el diseño institucional del órgano regulador (y en sus relaciones con otros reguladores), y problemas en el control judicial de la regulación. En varios casos los tres tipos de problema antes señalado se traslapan y retroalimentan. Cierta tipo de deficiencias en el marco jurídico se traducen en actos regulatorios con fundamentos débiles, que a su vez propician impugnaciones judiciales exitosas que paralizan la regulación. A su vez, la frustración del regulador ante la reiterada anulación de sus actos produce apatía e inacción regulatoria.

VIGÉSIMA.- Aunque existen problemas en múltiples áreas de la regulación mexicana de las telecomunicaciones, existen tres temas fundamentales en los que las deficiencias normativas han tenido un fuerte impacto y explican el avance mediocre en el logro de los objetivos de la regulación. Los tres temas fundamentales son interconexión, regulación de los operadores con poder de mercado (dominancia) y cobertura social.

VIGÉSIMA PRIMERA.- La materia de interconexión es crucial para el desarrollo de la competencia y la reducción de los precios pagados por los consumidores. En este tema se advierten problemas de transparencia, falta de procedimientos, falta de claridad en las facultades de las autoridades reguladoras, y problemas en la concepción misma de las normas. Por su impacto competitivo, pero también por la debilidad de los actos de la autoridad, la interconexión es uno de los temas donde se ha concentrado el mayor número de impugnaciones judiciales. La emisión de un reglamento de interconexión permitiría subsanar varias de las deficiencias observadas en materia de transparencia y procedimientos. Una reforma legal podría dar mayor fortaleza a las facultades de la Cofetel en esta materia. El trabajo iniciado en 2007 para la expedición de un nuevo Plan Técnico Fundamental de

Interconexión contiene varios elementos valiosos para atender los problemas observados en esta materia, aunque deja varias cuestiones sin atender.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- En mercados de telecomunicaciones tan concentrados como el mexicano la falta de aplicación de normas que controlen el poder de mercado genera costos significativos para la competencia y para la población que paga los precios monopólicos. La experiencia ha revelado que las normas legales que regulan la imposición de obligaciones específicas a los operadores dominantes tienen severas deficiencias. Las principales se relacionan con que el fundamento de estas normas descansa en una facultad difusa, laxa y compartida entre la Cofetel y la Cofeco. Lo anterior genera serios problemas de coordinación entre reguladores, lo que se complica por la ausencia de definiciones claras, de procedimientos y criterios específicos de determinación del poder de mercado y de las obligaciones específicas correspondientes. Resulta necesario modificar la Ley para establecer con claridad las definiciones, procedimientos y criterios específicos aplicables, así como para establecer el papel preponderante (o incluso exclusivo) de la Cofetel en la emisión de las resoluciones correspondientes. La sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 confirmó la constitucionalidad de las facultades de Cofetel en la materia. Declaraciones recientes del presidente de la Comisión Federal de Competencia muestran que la autoridad está preparada para avanzar en un nuevo intento de regular el poder de mercado de Telmex y de Telcel; esfuerzo que –con el respaldo de la Suprema Corte– podría correr mejor suerte esta vez en tribunales.

VIGÉSIMA TERCERA.- La reducida cobertura social de servicios de telecomunicaciones en el país representa su principal fracaso. Millones de mexicanos no tienen acceso a servicios de telecomunicaciones que ya están disponibles para poblaciones pobres de países con un nivel de desarrollo similar al nuestro. En este caso más que hablar de deficiencias en el marco regulatorio debe hablarse de ausencias. Las disposiciones de la Ley en esta materia son notablemente débiles y programáticas, sujetas a acuerdos voluntarios de la

autoridad con los concesionarios. La autoridad no cuenta con facultades que permitan establecer de manera transparente, equitativa y neutralmente competitiva obligaciones permanentes de cobertura social a los concesionarios. La reforma de la Ley para establecer un Fondo de Cobertura Social financiado por contribuciones significativas y equitativas de los operadores de servicios de telecomunicaciones, es indispensable para que el objetivo de cobertura social de la Ley tenga posibilidades de ser desarrollado a plenitud.

VIGÉSIMA CUARTA.- El desarrollo de la competencia y la cobertura social requiere reguladores independientes, eficientes y fuertes capaces de imponer la rectoría del Estado y reafirmar su soberanía en un sector todavía dominado por empresas extremadamente poderosas. El principal órgano regulador del sector, la Cofetel, experimenta serios problemas de dependencia, burocratización y captura que le impiden cumplir adecuadamente con sus responsabilidades. Es necesario reformar la Ley para asegurar que la Cofetel tenga un mayor grado de independencia y eficiencia. Subsanan las deficiencias legales –falta de facultades y procedimientos– en materia de interconexión, dominancia y cobertura social es importante para fortalecerla en éstas tres áreas cruciales para el logro de los objetivos impuestos por la Ley. Pero también es importante fortalecer su autonomía. En este sentido las reformas legales de 2006 apuntalaron parcialmente la autonomía institucional de la Cofetel frente a la SCT, pero no incluyeron mecanismos que evitaran la captura del regulador por los entes regulados. Para ello es indispensable reformar la Ley para introducir normas que impidan que se incorporen como funcionarios de la Cofetel personas que tengan conflictos de interés con la industria. La sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 limitó parcialmente algunos de los mecanismos que habían sido propuestos para apuntalar la autonomía de la Cofetel (p. ej., la no objeción senatorial). Una reforma futura podría considerar convertir a Cofetel en un organismo descentralizado para salvar la limitante constitucional.

VIGÉSIMA QUINTA.- Uno de los factores que han contribuido a detener la regulación del sector telecomunicaciones es el juicio de amparo. Desde el inicio de la apertura del sector, el amparo se ha convertido en el instrumento privilegiado de la industria para detener resoluciones de Cofetel que buscaban facilitar la competencia y controlar los precios monopólicos. En particular los amparos de Telmex frente a las resoluciones de dominancia de la Cofeco y la Cofetel han sido exitosos en detener la regulación de las tarifas que cobran al público y a sus competidores por casi una década. Múltiples deficiencias legales y problemas de fundamentación y motivación en las resoluciones de Cofeco y Cofetel han facilitado que el amparo se haya convertido en el instrumento de parálisis regulatoria que es hoy día. Pero también es cierto que la operación del amparo administrativo muestra problemas que trascienden las deficiencias de la regulación del sector telecomunicaciones. Sería deseable llevar a cabo reformas legales que establecieran criterios más estrictos para el otorgamiento de la suspensión en el juicio de amparo y otras que sancionen las demandas frívolas presentadas por los litigantes. De esta manera se haría menos rentable y más costoso el abuso litigioso que actualmente tiene lugar. Asimismo, sería recomendable que los juzgados y tribunales de amparo concedieran algún grado de deferencia a las resoluciones de la autoridad en cuestiones especializadas de interés público. Otra opción para evitar la parálisis regulatoria sería crear tribunales especializados en materia de competencia y regulación económica, ya que presumiblemente los mismos tendrían mayor capacidad para analizar las cuestiones sustantivas sin caer en la tentación de resolver los litigios sobre bases formalistas (lo que frecuentemente ha implicado no resolver el conflicto implícito en los mismos).

VIGÉSIMO SEXTA.- La nueva regulación mexicana del sector telecomunicaciones ha tenido un desempeño mediocre y ha enfrentado numerosos problemas hasta ahora insolutos. Pero la revisión de la experiencia de otros países muestra que nuestros problemas no son excepcionales. En Estados Unidos la ley de telecomunicaciones de 1996 y la regulación que se desprendió de esta han enfrentado fuertes problemas para introducir la competencia y han sido

frecuentemente paralizadas por las cortes. En España el desarrollo de la competencia ha procedido a paso lento a pesar de contar con varios años de liberalización. Salvo por ser más acentuados, los problemas que la regulación mexicana ha enfrentado también se han presentado en otros países. Pero compartir los problemas con otros países no debiera hacer menos preocupante nuestro subdesarrollo en telecomunicaciones, ni nuestro subdesarrollo jurídico. Más aún cuando otros países igualmente subdesarrollados han logrado avanzar más rápido que nosotros. Los iusadministrativistas –entre otros estudiosos de la regulación– podemos aplicar nuestras técnicas para proveer respuestas más o menos satisfactorias a los problemas observados. En países de nuestra misma tradición jurídica como España y Francia hemos observado algunas soluciones provenientes de la doctrina administrativa y constitucional. Fue el caso del replanteamiento del servicio público como servicio universal, o el desarrollo del concepto de las administraciones independientes. Pero ciertamente ninguna de estas soluciones ha generado un consenso absoluto entre los juristas (ni siquiera en los países que crearon dichas soluciones). Y no debiera hacerlo si se espera que el derecho administrativo se siga desarrollando en un entorno rico en críticas y perspectivas. Por otra parte, las soluciones observadas difícilmente son las únicas posibles. Muchos de los problemas observados pueden resolverse si se llevan a cabo reformas legales de carácter técnico para resolver las más notorias deficiencias en la normatividad, fortalecer al órgano regulador y afinar los mecanismos de control judicial. Lo que no podemos hacer es ignorar los cambios y los problemas que estamos experimentando, así como la necesidad de emplear a fondo las técnicas del derecho administrativo y la regulación económica para enfrentarlos. Es importante que lo hagamos, porque si no lo hacemos la perspectiva jurídica quedará al margen de las soluciones que se vayan dando en la práctica, y los problemas observados seguirán insolutos.

BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA

- AA VV, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, 6ª ed., Miguel Ángel Porrúa, Varios Tomos, 2003.
- ACEDO M., Andrés, LEDESMA URIBE, Bernardo y JIMÉNEZ PONS, Paola, “Antitrust issues in the telecommunications sector in Mexico” en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. II, octubre de 2003.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo. Primer curso*, 19ª ed., México, Ed. Porrúa, 1993.
- AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier, *La libre competencia*, México, Oxford University Press, 356 pp.
- , “La autonomía de la Comisión”, en AA VV, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Comisión Federal de Competencia, 2003.
- AGUIRRE ANGUIANO, Salvador, *Proyecto de Sentencia en Acción de Inconstitucionalidad sobre las Reformas a las Leyes de Telecomunicaciones y Radio y Televisión*, México D.F., mimeo, 3 de mayo de 2007, 545 pp.
- , *Problemario. Acción de inconstitucionalidad 26/2006*, México D.F., mimeo, s/f, 16 pp.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ DE CASTILLA, Clara Luz, “Análisis de las reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones”, en HUBER, Rudolf y VILLANUEVA, Ernesto (coords.), *Reforma de Medios Electrónicos ¿Avances o Retrocesos?*, México D.F., Fundación Konrad Adenauer -Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, pp. 87-101.
- ARAUJO JUÁREZ, José, “El nuevo modelo de regulación de las telecomunicaciones en Venezuela”, *Revista Derecho y Tecnología*, No. 4/2004, pp. 65-91.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (con la colaboración de Juan Miguel de la Cuétara Martínez y Lucía López de Castro García-Morato), *Principios de derecho público económico. (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Granada, Comares Editorial, 1999, 861 pp.
- ARTHUR ANDERSEN, S.A., *Diccionario Espasa. Economía y Negocios*, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1997.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, 1ª ed. corregida, México D.F., Fontamara S.A., 1998.

- BAEZ, Gabriela, *Communications markets in Mexico 2004*, Cambridge, MA, Pyramid Research, 2004, 218 pp
- BAEZ, Gabriela, y SALVADOR, Omar, *Communications markets in Mexico 2006*, Cambridge, MA, Pyramid Research, 2006, 230 pp.
- BARTLETT DÍAZ, Manuel, CORRAL JURADO, Javier, y otros, *Demanda de Acción de Inconstitucionalidad de las Reformas a la Radiodifusión y a la Cofetel*, México D.F., mimeo, 4 de mayo de 2006, 197 pp.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, Buenos Aires, Editorial Losada, 2004, 125 pp.
- BECERRIL, Andrea, "Nada justifica los privilegios en la ley Televisa: Aguirre Anguiano", *La Jornada* (edición electrónica), 5 de mayo de 2007.
- BERGMAN, Marcelo (coord.), "Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional (Principales resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República Mexicana)", *Boletín de Estudios Jurídicos*, México, CIDE, 2003, 9 pp.
- BERGMAN, Marcelo y KOSSICK, JR., Robert M., "The enforcement of local judgments in Mexico: An analysis of the quantitative & qualitative perceptions of the Judiciary & Legal Profession", en *University of Miami Inter-American Law Review*, núm. 34, verano de 2003, pp. 435-64.
- BLACK, Henry Campbell ed. al., *Black's Law Dictionary*, 6a ed., St. Paul, West Group, 1990.
- BREYER, Stephen G., STEWART, Richard B., SUNSTEIN, Cass R. y SPITZER, Matthew L., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, 4ª ed., New York, Aspen Law and Business, 1999, 1054 pp.
- BUTLER SILVA, Fernando, "Efectos económicos de la decisión de la Suprema Corte de Justicia", *El Economista* (edición electrónica), 18 de junio de 2007.
- CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 1993, 115 pp.
- CARRIL, Héctor Mario (coord.) y MEALLA, Graciela (redactora), *El servicio universal en las Américas*, Washington, Comisión Interamericana de Telecomunicaciones, febrero de 200, 354 pp.
- CASASÚS LÓPEZ-HERMOSA, Carlos, *Ponencia presentada en la IV Conferencia Internacional El reto de las Telecomunicaciones en el Marco de la Reforma del Estado en México*, México D.F., Senado de la República, mimeo, julio de 2001.

-----, *Cofetel: Trayectoria de un órgano regulador*, Ponencia presentada en la Primera Conferencia Internacional de la Red Mexicana de Competencia y Regulación, México D.F., CIDAC, mimeo, 21 de agosto de 2006.

CASTAÑEDA SABIDO, Fernando y CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica (Coords.), *El uso y la práctica de la ley en México*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM/Miguel Ángel Porrúa, 1997.

CERVIO, Guillermo J., *Derecho de las telecomunicaciones*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 478 pp.

CIDAC, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., *A la puerta de la ley. El estado de derecho en México*, México, CIDAC/Cal y Arena, 1994, 265 pp.

COASE, Ronald H., "The problem of social cost" en *Journal of Law and Economics*, núm. 3, 1960, pp. 1-44.

COFETEL, Comisión Federal de Telecomunicaciones, *La Cofetel y las concesionarias del servicio de radiotelefonía móvil con tecnología celular acuerdan los índices de calidad que deberán cumplir en la prestación del servicio a sus usuarios* (Boletín de prensa 40/99), México D.F., mimeo, 21 de octubre de 1999.

-----, *Informe sobre la situación jurídico-procesal*, México D.F., mimeo, mayo de 2000.

-----, *Evolución de las tarifas telefónicas en México*, México DF, Comisión Federal de Telecomunicaciones, agosto de 2004.

COHEN, Dara K., CUÉLLAR ELIZONDO, Mariano Florentino, y Barry R. WEINGAST, "Crisis Bureaucracy: Homeland Security and the Political Design of Legal Mandates", *Stanford Law Review*, vol. 59, Núm. 3, 2006, pp. 673-759.

CORRAL JURADO, Javier, "Aprender la lección", *El Universal* (edición electrónica), 12 de junio de 2007.

CORTEZ, Maricarmen, *Entrevista en estudio a Pedro Cerisola y Weber*, México D.F., Programa de radio Formula Financiera, Radio Fórmula, 16 de junio de 2004, 20:20 horas (versión estenográfica recopilada por Especialistas en Medios S.A. de C.V.).

CORTÉS CAMPOS, Josefina, "El presupuesto institucional para la reforma estructural: la CRE, ¿un organismo regulador independiente?", en *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 1, febrero 2001.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Los preámbulos de las constituciones mexicanas: contenidos y funciones* (documento de trabajo del Departamento Académico de Derecho), México DF, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2001

CUÉLLAR ELIZONDO, Mariano Florentino, *Rethinking Public Engagement in the Administrative State*, Stanford Public Law Working Paper No, 76, enero 2004.

-----, "The Tenuous Relationship Between the Fight Against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 93, 2003.

-----, "The Mismatch Between State Power and State Capacity in Transnational Law Enforcement," *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22, 2004.

-----, "Refugee Security and the Organizational Logic of Legal Mandates", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 37, 2006.

-----, *'Securing' the Bureaucracy: The Federal Security Agency and the Political Design of Legal Mandates, 1939-1953*, Stanford Public Law Working Paper No. 943084, 2006.

CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, ZAGO PAVESA, Tzana y Rafael ARIÑO SÁNCHEZ, *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Granada, Ed. Comares, 2000, 464 pp.

DE LA VEGA VIOLANTE, Mariana, *Análisis constitucional de las reglas de telefonía*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México (tesis de licenciatura en derecho), 2000, 144 pp.

DEL VILLAR, Rafael, y SOTO ÁLVAREZ, Francisco Javier, "Logros y dificultades de la política de competencia económica en México", *ICE*, No. 821, Marzo-Abril 2005.

DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Madrid, Ariel Derecho, 1987.

DRESSER, Denise, "David y Goliat", *Reforma* (edición electrónica), 12 de febrero de 2007.

EVAN, William M., "Law as an Instrument of Social Change", en GOULDNER, Alvin W. y MILLER, S. M. (eds.), *Applied Sociology: Opportunities and Problems*, New York, Free Press, 1965, pp. 285-93.

EZETA SALCEDO, Carlos, "Reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y a la Ley Federal de Radio y Televisión. Proceso judicial", en GONZÁLEZ LUNA BUENO, Federico, SORIA GUTIÉRREZ, Gerardo, y TEJADO DONDÉ, Javier (Compiladores), *La regulación de las telecomunicaciones*, México D.F., Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 449-56.

FERNÁNDEZ, José Luis, *Derecho de la radiodifusión*, México D.F., Ed. Olimpo, 1960.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo (Servicios públicos)*, México D.F., Ed. Porrúa, 1995.

-----, *Derecho administrativo*, México D.F., McGraw Hill, 1997, 181 pp.

-----, "Desarrollo del derecho administrativo durante el siglo XX", en AA VV, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, pp. 354-433.

-----, "Régimen jurídico de las concesiones de radio y televisión" en Alfonso Jiménez, Armando (Coord.), *Responsabilidad social, autorregulación y legislación en radio y televisión*, México, UNAM, 2002, pp. 13-57.

-----, *Derecho administrativo. Contratos*, 2ª. ed., México D.F., Ed. Porrúa, 2003, 573 pp.

-----, "Reestructuración del órgano superior de fiscalización de las entidades federativas", en GÁMIZ PARRAL, Máximo y GARCÍA RUBÍ, Jorge Arturo (Comps.), *Las entidades federativas en la reforma constitucional*, México, UNAM, 2005, pp. 23-44.

-----, *Derecho administrativo y administración pública*, México D.F., Ed. Porrúa, 2006, 660 pp.

-----, "Comentarios a la Ley Federal de Radio y Televisión", en HUBER, Rudolf y VILLANUEVA, Ernesto (coords.), *Reforma de Medios Electrónicos ¿Avances o Retrocesos?*, México D.F., Fundación Konrad Adenauer -Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, pp. 43-62.

FIX FIERRO, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, 2006, 382 pp.

-----, *El amparo administrativo y la mejora regulatoria*, México, UNAM, 2005.

-----, "Controversias constitucionales y federalismo", en Martínez Jacqueline y Alberto Díaz Cayeros (coords.), *De la descentralización al federalismo. Estudios comparados sobre el gobierno local en México*, México, CIDAC/ Miguel Ángel Porrúa, 2003.

-----, *La reforma judicial en México ¿de donde viene? ¿A dónde va?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Documento de Trabajo, noviembre de 2002.

FIX FIERRO, Héctor y Sergio López Ayllón, "¡Tan cerca, tan lejos!" Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-1999), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXIII, núm. 97, enero-abril, 155-267.

FOURNIER, Jacques, *Les services publics. Analyses et réflexions*, Paris, Francia, ART, mimeo, mayo 2001, 16 pp.

- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 16ª ed., México, Ed. Porrúa, 1975.
- FUNDACIÓN TOMÁS MORO, *Diccionario Espasa Jurídico*, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1991.
- GALANTER, Mark y EDWARDS, Mark Alan, "Law and society & law and economics: Common ground, irreconcilable differences, new directions: Introduction: The path of the law ands", *Wisconsin Law Review*, 1997, pp. 375-87.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a ed., Madrid, Civitas, 1983.
- , *Democracia, jueces y control de la administración*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA CUADRA-SALCEDO, Tomás, "Prólogo", en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA CUADRA-SALCEDO, Tomás (Coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I*, 11ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, S. L., 2002.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 44ª ed., México, Ed. Porrúa, 1992.
- GASCÓN, Verónica, "Alaarga Cofetel licitación de TV", *Reforma* (edición electrónica), 17 de abril de 2007.
- GESSNER, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1988, 247 pp.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Felipe, "Entrevista con Francisco Gil Díaz. Director General de Avantel", *Net@. El medio de las telecomunicaciones*, 8 de marzo de 1999.
- GIL DÍAZ, Francisco y FERNÁNDEZ, Arturo (coords.), *El efecto de la regulación en algunos sectores de la economía mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, 253 pp.
- GIL HUBERT, Johana, *La interconexión en el sector de las telecomunicaciones en México a partir de la privatización de Telmex: Un análisis teórico y empírico*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México (tesis de licenciatura en economía), 2000, 185 pp.
- GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Derecho de la competencia*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2001, 544 pp.

GUARNEROS GUTIÉRREZ, Rodrigo, *Privatización y regulación: el caso de las telecomunicaciones en México. ¿Existe o no predación en el mercado de telefonía de larga distancia?*, México, Facultad de Economía de la UNAM (tesis de licenciatura en economía), 2000, 80 pp.

GUADARRAMA H., José de Jesús, "Telefónicas, listas para llevar servicios a comunidades rurales", *El Financiero*, 9 de noviembre de 2004, p. 12.

GUILLIEN, Raymond y VINCENT, Jean (dirs.), *Lexique de termes juridiques*, 4a ed., Paris, Dalloz, 1978.

HARRISON, Jeffrey L., VERKUIL, Paul R. y MORGAN, Thomas D., *Regulation and Deregulation: Cases and Materials*, St. Paul, Minnesota, EUA, West Publishing, 1997, 563 pp.

HAZLETT, Thomas W., "Economic and Political Consequences of the 1996 Telecommunications Act", *Hastings Law Journal*, vol. 50, agosto 1999, pp. 1359-94.

IJJ, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 4 Vols., 12ª ed, México, Ed. Porrúa/UNAM.

-----, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994, 153 pp.

HERNANDEZ OCHOA, César Emiliano, "Regulación de los servicios de telecomunicaciones de seguridad y emergencia en México", en CISNEROS FARÍAS, Germán, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coords.), *Seguridad pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, pp. 101-29.

-----, "Transición de la televisión analógica a la digital", en HUBER, Rudolf y VILLANUEVA, Ernesto (coords.), *Reforma de Medios Electrónicos ¿Avances o Retrocesos?*, México D.F., Fundación Konrad Adenauer - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, pp. 137-57.

IMCO, Instituto Mexicano para la Competitividad AC. 2005. *Situación de la Competitividad de México 2004. Hacia un pacto de competitividad*, Monterrey, Grupo Impresores Unidos, 2005, 412 pp.

JOSKOW, Paul (ed.), *Economic regulation*, Northampton, MA, EUA, Elgar Publishing, 2000.

KAHN, Alfred E., *Lessons from Deregulation. Telecommunications and Airlines after the Crunch*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2004, 99 pp.

- , *Whom the Gods would Destroy, or how not to Deregulate*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2001, 92 pp.
- KRATTENMAKER, Thomas G., *Telecommunications law and policy*, 2ª ed., Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 1998, 763 pp.
- LAPPER, Richard y THOMSON, Adam, "Signal on Mexico telecoms regulation", *Financial Times* (edición electrónica), 3 de abril de 2007.
- LEVY MUSTRI, Irene, *Marco jurídico de las telecomunicaciones en México*, México, Escuela Libre de Derecho (tesis de licenciatura en derecho), 1997, 132 pp.
- , "Algunas consideraciones sobre el régimen sancionador en materia de telecomunicaciones, dentro del ámbito administrativo" en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. I, octubre de 2003, pp. 119-49.
- LIMÓN CHÁVEZ, Luis Gilberto, *Análisis y evaluación del esquema de regulación de precios tope en la industria telefónica: la experiencia en tres países*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México (tesis de licenciatura en economía), 2002, 198 pp.
- LÓPEZ, Mayolo, "Cofetel decidirá la tercera cadena.- FCH", *Reforma* (edición electrónica), 16 de enero de 2007.
- LÓPEZ DE SILANES, Florencio et. al., *The practice of justice*, New Haven, Yale University Working Paper, 2002, 53 pp.
- , *Courts: the Lex Mundi Project*, New Haven, Yale University Working Paper, marzo 2002, 67 pp
- , *The Regulation of Entry*, CEPR Discussion Paper No. 2953, septiembre 2001.
- LOZANO ALARCÓN, Javier, "Cofetel: hacia una autonomía realista", *El Financiero* (edición electrónica), 27 de noviembre de 2000.
- , *Ponencia presentada en la IV Conferencia Internacional El reto de las telecomunicaciones en el marco de la reforma del Estado en México*, México D.F., Senado de la República, mimeo, julio de 2001.
- , "El órgano regulador" en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. I, octubre de 2003, pp. 47-61.
- , *Las telecomunicaciones en la LVIII Legislatura del Congreso de la Unión. Crónica de un fracaso*, México D.F., mimeo, 2003.

- MAGALONI, Ana Laura y NEGRETE, Layda, “Desafueros del poder: la política judicial de decidir sin resolver”, *Trayectorias. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, México, núm. 2, 2000.
- MAGALONI, Ana Laura, “La Corte ante la ley de medios”, *Reforma* (edición electrónica), 11 de mayo de 2007.
- , “¿Será el problema correcto?”, *Reforma* (edición electrónica), 26 de mayo de 2007.
- , “El balance final de la Corte”, *Reforma* (edición electrónica), 9 de junio de 2007.
- MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7a ed., New York, Routledge, 1997.
- MALKIN, Elisabeth, “Mexican Court’s Media Ruling Shows Support for Competition”, *New York Times* (edición electrónica), 6 de junio de 2007.
- MANCERA DE ARRIGUNAGA, Luis, “Imposición de obligaciones específicas al operador dominante. Una propuesta para el caso mexicano” en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. I, octubre de 2003.
- , “Servicio universal en las telecomunicaciones. Una propuesta para el caso mexicano” en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. I, octubre de 2003, pp. 63-82.
- MARISCAL, Judith, *Digital divide in Mexico (Documento de trabajo Número 135)*, México DF, CIDE, noviembre de 2003.
- MARTÍN MOGUEL, Gloria, “Criterios del Poder Judicial de la Federación sobre competencia económica”, en Comisión Federal de Competencia, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, CFE, 2004, pp. 241-316.
- MARTÍNEZ, Gabriel y FARBER, Guillermo, *Desregulación económica (1989-1993)*, Fondo de Cultura Económica, Col. Una Visión de la Modernización de México, México, D. F., 1994.
- MARTÍNEZ POUS, Gonzalo, “La interconexión de redes públicas de telecomunicaciones en México”, en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. II, octubre de 2003.
- , “Las ineficiencias del artículo 63 de la Ley Federal de Telecomunicaciones para regular a los operadores dominantes. La necesidad de su reforma”, en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. III, junio de 2004.

- MELROSE, Enrique, *La telefonía celular en América del Norte. El caso de México*, documento presentado en II Foro AHCJET sobre tecnologías inalámbricas y comunicaciones satelitales, TELNETS '98, México, mimeo, 1998, 5 pp.
- MERLOS, Andrea y SALAZAR, Claudia, "Impulsan ley de medios, y los nominan a Cofetel", *Reforma* (edición electrónica), 25 de junio de 2006.
- MERTON, Robert K., *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press, 1968.
- MIER Y DE LA BARRERA, Jorge, *Marco jurídico de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Análisis y perspectivas*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México (tesis de licenciatura en derecho), 2000, 78 pp.
- MONTERO PASCUAL, Juan José, "Una aproximación a la regulación del sector de las telecomunicaciones en México", *Revista de Derecho Privado*, Año. 9, núm. 27, septiembre-diciembre 1998.
- MUELLER, JR., Milton, *Universal Service: Competition, Interconnection, and Monopoly in the Making of the American Telephone System*, Boston, Mass., MIT Press y AEI Press, 1997.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio público y mercado. I. Los Fundamentos*, Madrid, Ed. Civitas, 1998.
- NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho administrativo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- NICOLIN FISCHER, Jorge, *Ponencia presentada en la IV Conferencia Internacional El reto de las Telecomunicaciones en el Marco de la Reforma del Estado en México*, Senado de la República, México D.F., mimeo, 18 de julio de 2001.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 7ª ed., Barcelona, Ariel, 1996.
- NOLL, Roger G., *Telecommunications reform in México*, Palo Alto, California, mimeo, 2000.
- , *The Economics and Politics of the Slowdown in Regulatory Reform*, Washington DC, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 1999.
- NORIEGA SANDBERG, Raquel, y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Liberalización y competencia en el sector de las telecomunicaciones: Balance 1998-2003", en ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Dir.), *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003). El proceso privatizador. Aspectos jurídicos. La*

liberalización de las telecomunicaciones. Tomo 1, Granada, Ed. Comares, 2004, pp. 69-239.

OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Reforma Regulatoria en México (Revisiones de la OCDE sobre Reforma Regulatoria)*, Vol. 1, Paris, OCDE, 2000.

OECD, Organization for Economic Co-operation and Development, *Economic Survey of Mexico, 2002, Assesment and Recommendations*, Paris, OECD, marzo 2002.

-----, *Economic Survey of Mexico, 2003, Summary*, Paris, OECD, noviembre 2003, p. 6.

-----, *OECD Communications Outlook 2005*, Paris, OECD, 2005, 324 pp.

O'GRADY, Mary Anastasia, "A Mexican revolution", *Wall Street Journal* (edición electrónica), 11 de junio de 2007.

OLAVARRÍA TAPIA, Héctor, "Los compromisos de México ante la Organización Mundial de Comercio y los incumplimientos que motivaron la demanda instaurada por el gobierno de los Estados Unidos de América", en Instituto del Derecho de las Telecomunicaciones, *Estudios Jurídicos de las Telecomunicaciones*, vol. III, junio de 2004.

ORTIZ AHLF, Loreta, y VÁZQUEZ PANDO, Fernando A., *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México DF, Editorial Themis, 1994

ORTÍZ DE MONTELLANO, Fabricio, *Regulación de incentivos para ampliar la red de telefonía en México*, México, Facultad de Economía de la UNAM (tesis de licenciatura en economía), 2001, 60 pp.

ORRICO ALARCÓN, Miguel, *Los transportes y las comunicaciones en el derecho mexicano*, México D. F., Secretaría de Comunicaciones y Transportes, 1984.

OSIDACH IGARTUA, Laura Patricia, *Comisión Federal de Telecomunicaciones ¿Órgano autónomo?*, México, Escuela Libre de Derecho (tesis de licenciatura en derecho), 2000, 115 pp.

PALMA PALACIOS, Pablo, *Teléfonos de México y la telefonía rural para el desarrollo de las comunidades*, México, Facultad de Derecho de la UNAM (tesis de licenciatura en derecho), 2001, 161 pp.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto de derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984.

-----, "El Estado social y la administración pública. Algunas reflexiones a propósito de la llamada crisis del primero", en *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 1, febrero de 2001.

PEARCE, David W. (ed.), *The MIT Dictionary of Modern Economics*, 4ª ed., Cambridge, Mass., The MIT Press, 1992.

PÉREZ ESCAMILLA, Juan Ricardo, "Telephone Policy in Mexico: Rates and Investment", en COWHEY, Peter F., ARONSON, Jonathan D., y SZÉKELY, Gabriel (eds.), *Changing Networks: Mexico's Telecommunications Options*, San Diego, Center for U.S.-Mexican Studies, 1989, pp. 101-23

PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Propiedad industrial y competencia en México. Un enfoque de derecho económico*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1999.

PIEDRAS, Ernesto, "Medios, telecomunicaciones y brecha cultural", *Este País* (Cultura), núm. 193, abril de 2007, pp. 24-5.

POLINSKY, A. Mitchell, *An introduction to law and economics*, Boston, Little Brown and Company, 1983, 133 pp.

POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 682 pp.

PYRAMID RESEARCH, *Communications Markets in Mexico, 2003 Edition*, Cambridge, MA, Pyramid Research, enero 2003.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, 400 pp.

QUEZADAS CORTES, Paula Renata y VILLAVERDE RIVERA, Verónica Ivonne, *El desempeño de la regulación de telecomunicaciones en México: El enfoque de análisis de eventos aplicado al caso de Telmex*, México D.F., ITAM (Tesis de licenciatura en economía), 2004, 122 pp.

RAE, Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed. 2 vols., Madrid, Espasa, 1992.

REFORMA (INVESTIGACIÓN), "Encuesta Las Mejores Universidades 2004-2005", *Suplemento Mensual Universitarios, Reforma*, 15 de agosto de 2004.

REFORMA (REDACCIÓN), "Urgen dar autonomía a Cofetel", *Reforma* (edición electrónica), 14 de junio de 2002.

ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1994, 114 pp.

- ROGOZINSKI, Jacques, *La privatización de empresas paraestatales*, Fondo de Cultura Económica, Col. Una Visión de la Modernización de México, México, D. F., 1994.
- ROLDAN XOPA, José, “Las nuevas comisiones reguladores y su control constitucional. El caso de la Comisión Federal de Competencia”, *Lex. Difusión y Análisis*, Año VI, núm. 70, abril 2001, pp. 19-25.
- ROSEN, Jeffrey, “Stephen Breyer restrains himself”, *The New Republic*, 14 de enero de 2002, p. 14.
- ROSENBLOOM, David H. y SCHWARTZ, Richard D. (eds.), *Handbook of Regulation and Administrative Law (Public Administration and Public Policy)*, Nueva York, Marcel Dekker, 1994. 585 pp.
- RUBIO, Luis, *Tres ensayos. Fobaproa, privatización y TLC*, México D. F., Ediciones Cal y Arena, 163 pp.
- SALA ARQUER, José Manuel, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Madrid, Civitas, 2000.
- SALINAS DE GORTARI, Carlos, *México. Un paso difícil a la modernidad*, México, D. F., Plaza & Janes, 2000, 1,393 pp.
- SÁNCHEZ UGARTE, Fernando, “Diez años de política de competencia”, en AA VV, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Comisión Federal de Competencia, 2003.
- SARMIENTO, Sergio, “El sentido de la competencia”, en AA VV, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Comisión Federal de Competencia, 2003.
- , “SCT vs. Cofetel”, *Reforma* (edición electrónica), 6 de febrero de 2007.
- SCHWARTZ, Bernard y CORRADA, Roberto L., *Administrative Law. A Casebook*, 5a ed., Nueva York, Aspen Law & Business, 2001, 865 pp.
- SCJN, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 10 de mayo de dos mil siete (Debate y resolución de la acción de inconstitucionalidad 33/2006, promovida por el Procurador General de la República en contra del Congreso de la Unión y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, demandando la invalidez de los artículos 24, fracción II, 26, 28, fracción III, 31 y 37, de la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 2006)*, México D.F., SCJN, mimeo, 71 pp.

-----, *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 7 de mayo de dos mil siete (Debate y resolución de la acción de inconstitucionalidad 32/2006, promovida por el Procurador General de la República en contra del Congreso de la Unión y otras autoridades, demandando la invalidez del artículo 16 de la Ley que Crea la Agencia de Noticias del Estado Mexicano, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de junio de 2006)*, México D.F., SCJN, mimeo, 60 pp.

-----, *Versiones taquigráficas de las sesiones públicas ordinarias del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebradas los días 21, 22, 24, 28 y 29 de mayo, 4, 5 y 7 de junio de dos mil siete (Debate de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, promovida por Senadores de la LIX Legislatura del Congreso de la Unión en contra del Congreso a través de las Cámaras de Diputados y de Senadores y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, demandando la invalidez de los artículos 3º, fracciones XV y XVI, 9-A, 9-B, 9-C, 9-D, 9-E, 13, 64 y 65 de la Ley Federal de Telecomunicaciones; y 2, 3, 7-A-9, 16, 17, 17-A, 17-B, 17-C, 17-D, 17-E, 17-F, 17-G, 17-H, 17-I, 17-J, 19, 20, 21, 21-A, 22, 23, 25, 26, 28, 28-A, 72-A, y 79-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, reformadas en el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006, así como los artículos transitorios del Segundo al Quinto del ARTÍCULO PRIMERO, y Segundo y Tercero del ARTÍCULO SEGUNDO, del propio decreto)*, México D.F., SCJN, mimeo, diversos paginados.

-----, *Sentencia relativa a la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 promovida por Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, en contra del propio Congreso y del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, así como los votos formulados por el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel*, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de 2007, 634 pp.

-----, *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 23 de agosto de dos mil siete (Aclaración de la sentencia dictada por este Alto Tribunal el 7 de junio de 2007 en la acción de inconstitucionalidad promovida por Senadores de la LIX Legislatura del Congreso de la Unión en contra del Congreso y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos)*, pp. 3-11.

SELZNICK, Philip, "The Sociology of Law", en SILLS, David L. (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 9, London, The Macmillan Co., 1972.

SEMPÉ MINVIELLE, Carlos, *Técnica legislativa y desregulación*, 3a ed. México DF: Editorial Porrúa, 1997.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, 2 Tomos, 14ª ed (corregida y aumentada por Andrés Serra Rojas Beltri), México, Ed. Porrúa, 1988.

-----, *Derecho Administrativo. Primer Curso*, 24ª ed. (corregida y aumentada por Andrés Serra Rojas Beltri), México, Ed. Porrúa, 2003

SHAVELL, Steven, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2004, 737 pp.

SILVA GUERRERO, Lucila, *Régimen de los servicios telefónicos en México (Problemas de competencia)*, México, UNAM, Tesis del doctorado en derecho, abril 1998.

-----, "Marco jurídico de las telecomunicaciones en México", en Fernández Ruiz, Jorge (Coord.), *Derecho administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005, pp. 317-38.

STIGLER, George J., "The theory of economic regulation", en Joskow, Paul (ed.), *Economic regulation*, Northampton, MA, EUA, Elgar Publishing, 2000.

TAU ANZOATEGUI, Carlos A., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones y la radiodifusión*, Buenos Aires, La Ley, 2001, 254 pp.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, 3ª ed., México, UNAM, 1989.

TEJADO DONDÉ, Javier, "Tras bambalinas", *Reforma* (edición electrónica), 18 de abril de 2006.

-----, "Órgano regulador", en GONZÁLEZ LUNA BUENO, Federico, SORIA GUTIÉRREZ, Gerardo, y TEJADO DONDÉ, Javier (Compiladores), *La regulación de las telecomunicaciones*, México D.F., Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 207-223.

TYLER, TOM R., *Why people obey the law*, Princeton, Princeton University Press, 2006, 299 pp.

TRAD CEPEDA, Patricio Alejandro, *Algunas consideraciones jurídicas sobre la prestación de ciertos servicios de telefonía inalámbrica, a la luz de la Ley Federal de Telecomunicaciones*, México, Universidad Iberoamericana (tesis de licenciatura en derecho), 1997, 159 pp.

TREVES, Renato, *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona, Ed. Ariel, 1988.

TOVAR LANDA, Ramiro (coord.), *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, México, Miguel Ángel Porrúa/ITAM, 2000, 288 pp.

UIT, Unión Internacional de Telecomunicaciones, *Informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones 1998. Acceso Universal*, Ginebra, UIT, 1998.

VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, UNAM, 1983.

VILLA ORDORICA, Valentina, *Poder sustancial en materia de telecomunicaciones*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México (tesis de licenciatura en derecho), 2000, 179 pp.

VILLAMIL, Jenaro, "Golpe a la ambición", *Proceso*, núm. 1592, 6 de mayo de 2007, pp. 27-30.

VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto, "Medios públicos: Aproximaciones a un modelo normativo para México", en *Derecho comparado de la información*, vol. I, núm. 4, julio-diciembre de 2004, pp. 173-86.

-----, "Reforma de medios en la experiencia comparada", en HUBER, Rudolf y VILLANUEVA, Ernesto (coords.), *Reforma de Medios Electrónicos ¿Avances o Retrocesos?*, México D.F., Fundación Konrad Adenauer -Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, pp. 117-36.

-----, "Ley Televisa", *El Universal* (edición electrónica), 3 de abril de 2006.

-----, "Comisionados opacos", *El Universal* (edición electrónica), 15 de mayo de 2006.

-----, "De vencedores y vencidos", *Etcétera* (edición electrónica), julio de 2006.

WALLACE TUCKER, Edwin, *Text--cases--problems on administrative law, regulation of enterprise, and individual liberties*, St. Paul, Minnesota, EUA, West Publishing, 1975, 268 pp.

WATSON, Christopher y WHEADON, Tom, *Telecommunications. The EU Law*, Bembridge, Reino Unido, Palladian Law Publishing, 1999, 448 pp.

WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Santiago, Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo, "La disputa por la tierra: los tribunales agrarios en México", *Estudios Agrarios*, Núm. 11, 1999, pp. 9-49.

-----, *Transformación agraria. Los derechos de propiedad en el campo mexicano bajo el nuevo marco institucional*, México, CIDAC/Miguel Ángel Porrúa, 2000, 365 pp.

-----, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, CIDAC/Fondo de Cultura Económica, 2004.