



TÍTULOS HABILITANTES Y DISCRECIONALIDAD EN LAS TELECOMUNICACIONES MEXICANAS

César E. HERNÁNDEZ OCHOA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Regulación para facilitar la entrada al sector telecomunicaciones en el derecho estadounidense y europeo.* III. *Regulación para facilitar la entrada al sector telecomunicaciones en el derecho mexicano.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La expedición de la Ley Federal de Telecomunicaciones en 1995 se presentó como el inicio de una nueva etapa en la que el sector se abriría a una mayor competencia. Una de las características de esa nueva etapa consistió en facilitar el ingreso de nuevos actores, elemento indispensable para el desarrollo de la competencia al sector telecomunicaciones. En consecuencia, la nueva fase replanteó el régimen aplicable a los títulos habilitantes (concesiones, permisos, autorizaciones, registros, etcétera) necesarios para la explotación de redes públicas de telecomunicaciones y para la prestación directa o indirecta de diversos servicios de telecomunicaciones. El elemento clave del nuevo régimen consistiría en facilitar la entrada de nuevos actores al sector, para lo cual se reformaron los procedimientos legales, reglamentarios y regulatorios aplicables al otorgamiento de diversos títulos habilitantes. Al amparo del nuevo

* Investigador en el CIDAC; doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

marco normativo se registró un aumento significativo de la entrada de nuevos actores al sector.

Si bien la idea de facilitar la entrada de nuevos competidores implica necesariamente la reducción de la discrecionalidad de las autoridades en el otorgamiento de los títulos habilitantes, lo cierto es que la ley y las disposiciones administrativas que la aplican han mantenido múltiples disposiciones, que facultan a la autoridad a comportarse de manera excesivamente discrecional, lo que presenta problemas serios de inconstitucionalidad. Recientemente, en su sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, la Suprema Corte de Justicia de la Nación invalidó formulaciones legales idénticas o muy similares a las que todavía prevé la Ley Federal de Telecomunicaciones para el otorgamiento de títulos habilitantes. En el futuro, la discrecionalidad excesiva permitida por la Ley Federal de Telecomunicaciones tendría que ser acotada si las autoridades quieren evitar que sus actos sean anulados o invalidados por el Poder Judicial de la Federación.

II. REGULACIÓN PARA FACILITAR LA ENTRADA AL SECTOR TELECOMUNICACIONES EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE Y EUROPEO

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.

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 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, sustituyéndosele por un régimen de autorizaciones generales y particulares.¹ 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, del 24 de abril, General de Telecomunicaciones, a raíz de Directiva 97/13/CE²,

¹ Sobre este proceso véase, en general, Cuétara Martínez, Juan Miguel *et al.*, *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Granada, Comares, 2000, 464 pp.

² Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones.

sustituyéndose por el uso de una menos restrictiva licencia individual.³ Más recientemente, en su nueva Ley 32/2003, del 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, obligados por la Directiva 2002/20/CE,⁴ los españoles abandonaron incluso el uso de la licencia individual para la prestación del servicio telefónico, sustituyéndola por una autorización general concedida con carácter general e inmediato por la ley (previa notificación a la autoridad del inicio de prestación del servicio).⁵ 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.

III. REGULACIÓN PARA FACILITAR LA ENTRADA AL SECTOR TELECOMUNICACIONES EN EL DERECHO MEXICANO

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 sustituyó el requisito de concesión por el de permisos con 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 ésta. 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 (por ejemplo, desregulación de entrada a la prestación de servicios de

³ Véase artículo 15 (2), Ley 11/1998, del 24 de abril, General de Telecomunicaciones de España.

⁴ Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

⁵ Véase Exposición de Motivos, I, Ley 32/2003, del 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones de España. Véase también artículo 6(2), de esa Ley.

valor agregado y subastas de frecuencias). Actualmente, en México conviven figuras excesivamente discrecionales y 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.

1. *El otorgamiento discrecional de concesiones*

Las limitaciones regulatorias al acceso a los mercados de servicios de telecomunicaciones tienen una larga trayectoria en la normativa 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 cuáles servicios resultaba aplicable el requisito de concesión y a cuáles el de permiso. El artículo 8o. 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.⁶

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

⁶ Artículo 8o., Ley de Vías Generales de Comunicación.

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”.⁷ No sobra decir que el procedimiento antes descrito —además de complejo y poco claro— está plagado de instancias en las que la autoridad puede disponer 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 referido 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 casos de concesionamiento de servicios de telecomunicaciones a particulares, pero éstos fueron notablemente excepcionales.⁸

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

⁷ Artículo 15, primer párrafo, Ley de Vías Generales de Comunicación.

⁸ Caso Iusacell.

el artículo 15 de la Ley de Vías,⁹ pero se dio mayor claridad al procedimiento al establecerse que la SCT publicaría las bases para el otorgamiento de concesiones,¹⁰ y al precisarse en el Reglamento los requisitos específicos mínimos que debían satisfacer las solicitudes de concesión.¹¹ 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 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),¹² y sin eliminar tampoco el elemento de discrecionalidad 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;

⁹ Artículo 17, Reglamento de Telecomunicaciones.

¹⁰ *Ibidem*, artículo 14.

¹¹ *Ibidem*, artículo 15.

¹² Artículo 11, Ley Federal de Telecomunicaciones.

- 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 cómo 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 un lenguaje que sugiere una fuerte dosis de discrecionalidad de la autoridad para conceder o no la concesión (por ejemplo, “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 ex funcionarios 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.¹³ Todas las iniciativas de reforma legislativa presentadas hasta ahora en el 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 vigente,¹⁴ como el requisito *sine qua non* para la

¹³ 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 el marco de la reforma del Estado en México, México, D. F., Senado de la República, mimeo., julio de 2001, p. 10.

¹⁴ Al compararse, por ejemplo, el artículo 33 de la 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

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 sí 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 adicional indeterminada a los solicitantes

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] y el artículo 13 de la 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] (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”).

de permisos de radiodifusión.¹⁵ 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.

2. *La autorización discrecional de servicios adicionales*

El artículo sexto transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones establece un procedimiento de autorización de uso del espectro concesionado para prestar nuevos servicios no contemplados en la concesión original.¹⁶ Este procedimiento es muy similar al incorporado en el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión a través de las reformas a la radiodifusión y a la Cofetel publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de

¹⁵ 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), pp. 253-256.

¹⁶ El artículo sexto transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones señala que “Los titulares de bandas de frecuencias que le hayan sido asignadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, que deseen prestar a través de dichas bandas de frecuencias, servicios no contemplados en su concesión o permiso, deberán solicitarlo a la Secretaría, quien a su juicio resolverá lo conducente, con base en lo establecido en esta Ley. [/] Para tal efecto la Secretaría podrá requerir el pago de una contraprestación, cuyo monto se determinará tomando en cuenta la amplitud de la banda del espectro radioeléctrico y la cobertura geográfica que utilizará el concesionario para proveer el nuevo servicio y el pago que hayan realizado otros concesionarios en la obtención de bandas de frecuencias para usos similares en los términos de esta Ley”.

abril de 2006,¹⁷ y tiene los mismos defectos de discrecionalidad.¹⁸ Dos son los defectos más claros del procedimiento, éste deja a discreción de la autoridad: i) si autoriza o no al concesionario a usar sus viejas frecuencias para prestar nuevos servicios, y ii) si requiere o no que el concesionario pague una contraprestación por ese cambio de uso de las frecuencias. En particular, un temor que se manifestó en el debate público sobre este mecanismo incorporado en las reformas tenía que ver con el potencial abuso que —de éste— podría hacer el grupo radiodifusor Televisa —uno de los principales cabilderos de dichas modificaciones legales—. Dada la transición a la televisión digital, eventualmente Televisa podría utilizar partes del espectro que tenía concesionado para radiodifusión para prestar nuevos servicios.¹⁹ Al amparo de las reformas propuestas en las reformas a la radiodifusión y a la Cofetel, Televisa podría solicitar a Cofetel que le autorizara utilizar las frecuencias para prestar nuevos servicios. Cofetel podría decidir cobrarle o no una contraprestación por este nuevo servicio. Si decidiera no cobrarle la contraprestación o si le cobrara una contraprestación marcadamente por debajo del valor del espectro, Televisa obtendría un beneficio especial, y el erario dejaría de percibir ingresos.

Ciertamente, debe señalarse que —en la experiencia práctica de aplicación del artículo sexto transitorio— la autoridad

¹⁷ 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.

¹⁸ Artículo 28-A, segundo párrafo, de la Ley Federal de Radio y Televisión (que señala que “la Secretaría podrá requerir el pago de una contraprestación” en casos de cambio de servicio autorizado a las frecuencias).

¹⁹ La transición se rige por el Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de julio de 2004 (en lo sucesivo *Acuerdo de transición a televisión digital y refrendo de concesiones existentes*). Un análisis de este Acuerdo puede encontrarse en 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, Fundación Konrad Adenauer-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, pp. 137-157.

de telecomunicaciones no había abusado de esta discrecionalidad.²⁰ Pero el potencial de abuso de este mecanismo defectuoso claramente está presente. Por otra parte, al ser discrecional la experiencia en la aplicación del mecanismo equivalente de la Ley Federal de Telecomunicaciones, ha mostrado que puede generar dificultar las decisiones y generar inmovilismo.²¹

Al margen de las consideraciones prácticas que hemos apuntado en los párrafos anteriores, debe señalarse que el mecanismo comentado tiene fuertes problemas de carácter jurídico-constitucional, que se apuntaron desde antes de que la Suprema Corte resolviera declararlo inconstitucional. Para el administrativista mexicano Jorge Fernández Ruiz, el problema fundamental del artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión que surgió de las reformas es que discrimina indebidamente entre concesionarios de radiodifusión y los de telecomunicaciones. Al respecto, señala que

...el artículo 28 de la vigente Ley Federal de Radio y Televisión contraviene la prohibición de todo tipo de discriminación establecida en el artículo 1o. de nuestra ley fundamental, pues al otorgar

²⁰ Al respecto, Federico González Luna señaló que “...sería muy difícil que la SCT hubiera hecho una excepción de pago de una contraprestación; si tomamos como antecedente el artículo sexto transitorio de la LFT observaremos que después de 11 años de vigencia nunca se ha hecho excepción alguna en este sentido. Adicionalmente, la determinación del monto de este tipo de contraprestaciones, conforme a diversas disposiciones administrativas, debe hacerse previa aprobación de la Comisión Intersecretarial de Desincorporación (CID), dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) e integrada por los titulares de las secretarías de Hacienda y Crédito Público, quien la presidirá, de Economía, de la Función Pública, del Trabajo y Previsión Social y, en el caso de que se trata, de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. La CID tiene además como invitado permanente al presidente de la Comisión Federal de Competencia... Cabe decir que si el monto de un pago debe someterse a la aprobación de la CID, imaginemos lo absurdo que sería no someter una excepción al pago”. González Luna Bueno, Federico, “El caso de la radio y la televisión”, en González Luna Bueno, Federico *et al.* (comps.), *La regulación de las telecomunicaciones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 185 y 186.

²¹ Fue el caso de Iusacell que —después de años de trámites infructuosos ante las autoridades— desistió de intentar un cambio de uso de viejas frecuencias concesionadas.

a los concesionarios radiodifusores una indebida ventaja competitiva, en violación a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 28 constitucional, los pone en situación de ventaja para incursionar en el mercado de telecomunicaciones, en clara discriminación de los particulares y concesionarios de telecomunicaciones sujetos a los procedimientos de solicitud de concesión o licitación pública de la Ley Federal de Telecomunicaciones; y además impide u obstaculiza la concurrencia y libre competencia, y propicia la concentración de los servicios de telecomunicaciones, lo que también contradice lo dispuesto en la Ley Federal de Competencia Económica.²²

Argumentos similares a los expuestos por el doctor Fernández Ruiz fueron los incorporados en el proyecto de sentencia en acción de inconstitucionalidad del ministro Aguirre. En este documento se propuso declarar la inconstitucionalidad del artículo 28 referido, toda vez que genera “privilegios” y “ventajas indebidas” para algunos competidores, y que puede permitir que se extienda a los mercados de telecomunicaciones el poder monopólico que tienen algunos radiodifusores. Al respecto, señaló el ministro Aguirre que

El mecanismo para que los concesionarios en materia de radiodifusión obtengan, mediante una simple solicitud y sin que necesariamente paguen una contraprestación, autorización para prestar servicios de telecomunicación adicionales, con el cambio inclusive de su título de concesión por uno de telecomunicaciones, representa un privilegio que se traduce en una ventaja indebida para este tipo de concesionarios frente a los permisionarios en la misma materia, los concesionarios en materia de telecomunicaciones y cualquier interesado en obtener una nueva concesión en materia de telecomunicaciones, creándose una significativa barrera a la entrada del mercado.

²² Fernández Ruiz, Jorge, “Comentarios a la Ley Federal de Radio y Televisión”, en Huber, Rudolf y Villanueva, Ernesto (coords.), *Reforma de medios electrónicos ¿avances o retrocesos?*, México, Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 45.

Este trato diferenciado, por lo demás, no encuentra justificación alguna ni en materia de competencia, pues inhiere ésta al permitir que agentes económicos con poder sustancial en el mercado de radiodifusión lo trasladen al de telecomunicaciones, impidiendo el acceso a nuevos participantes, ni a partir de los procesos de convergencia tecnológica, en la medida en que estos últimos deben supeditarse a los principios constitucionales y no al revés, es decir el dominio del Estado sobre el espacio radioeléctrico y su función de rectoría económica, que presupone la utilización social de los bienes de dominio público de la Federación concesionados, no son renunciables.²³

Siguiendo el razonamiento antes transcrito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucionales en su totalidad a los artículos 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión.²⁴ Al hacerlo, la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006 impidió o acotó significativamente el potencial de abuso o beneficio especial derivado de las reformas: el cambio discrecional de uso del espectro concesionado para la prestación de nuevos servicios ya no es posible al haberse declarado inconstitucional en su integridad el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión. Asimismo, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión por la Suprema Corte dejó al artículo sexto transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones en entredicho, toda vez que se trata de un procedimiento esencialmente igual, que comparte los mismos defectos y vicios. Ciertamente, el artículo sexto transitorio sigue siendo válido (ya que su inconstitucionalidad no ha sido planteada ni declarada por la Corte), pero ha visto menoscabado su sustento y legitimidad constitucionales, lo cual hace poco probable que se siga aplicando.

²³ Proyecto de sentencia en acción de inconstitucionalidad del ministro Aguirre, citado en Granados Chapa, Miguel Ángel, “La TV, la ley y el orden”, *Reforma* (edición electrónica), 6 de mayo de 2007.

²⁴ Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, p. 622.

3. *Reducción de la discrecionalidad en el otorgamiento de títulos habilitantes*

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, aun 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.

A. Acceso a servicios de valor agregado con requisitos mínimos

Los servicios mejorados o de valor agregado²⁵ fueron de los primeros en ser desregulados a nivel internacional. Entre éstos 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”, que se pensaba que se difundiría más rápido en la sociedad si se le exentaba de cumplir

²⁵ 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 3o., fracción XII, Ley Federal de Telecomunicaciones. Esta definición es muy similar a la que la regulación estadounidense hace de los servicios mejorados (*enhanced services*).

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 exentó del requisito de concesión.²⁶ La tendencia a simplificar el requisito de entrada aplicable a estos servicios habría de verse reforzado posteriormente bajo la Ley Federal de Telecomunicaciones, 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 Internet) en dirección opuesta a la de la Ley vigente, buscando sujetar su prestación a la obtención de una concesión o de un permiso.²⁷ Otra iniciativa amplia —la Iniciativa Ochoa— parece contenta con preservar el requisito de la ley vigente.²⁸

B. *Permisionamiento 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.

²⁶ Artículo 80., fracción I, Reglamento de Telecomunicaciones.

²⁷ La Iniciativa de la Mayoría de la Conferencia Parlamentaria pretendió crear la categoría de servicios básicos, que incluye incluso al acceso a Internet (artículo transitorio decimotercero) 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.

²⁸ Artículo 38, Iniciativa Ochoa.

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 éstos no serían los únicos en beneficiarse de esta categoría más simple y menos discrecional de título habilitante. De acuerdo con el artículo 8o. 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”.²⁹

En la Ley Federal de Telecomunicaciones se profundizó la tendencia facilitadora del Reglamento, reclasificándose algunos de los servicios que éste consideraba como 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”.³⁰ 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.³¹

En materia de permisos, las reformas a la radiodifusión y a la Cofetel de 2006 fueron a contrapelo de los cambios regula-

²⁹ Artículo 8o., Reglamento de Telecomunicaciones.

³⁰ Artículo 28, primer párrafo, Ley Federal de Telecomunicaciones.

³¹ Artículos 31, fracción I, y 52, Ley Federal de Telecomunicaciones.

torios 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.³² 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 26/2006.³³

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 (por ejemplo, para prestar servicios de telefonía de larga distancia) y locales (por ejemplo, para prestar servicios de telefonía local o televisión por cable).

³² Artículos 20 y 21-A de la Ley Federal de Radio y Televisión.

³³ Véase 13o. 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 véase la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, pp. 253-256 (comentadas en el apartado inmediato anterior).

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.³⁴

D. Concesionamiento mediante licitación del espectro radioeléctrico

El concesionamiento por licitación es una de las figuras más interesantes utilizadas por la nueva normativa 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 públi-

³⁴ 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).

ca, y el derecho del Estado a recibir una contraprestación por el otorgamiento de la concesión.³⁵

Por su parte, la Ley Federal de Telecomunicaciones estableció que las licitaciones públicas a través de las cuales se otorguen concesiones sobre el espectro radioeléctrico también se encuentran sujetas a requisitos legales tales como la publicación periódica del programa de licitaciones y la publicación de la convocatoria a cada licitación.³⁶ Las reformas extendieron a la radiodifusión el sistema de la Ley Federal de Telecomunicaciones en lo que toca a sujetar las licitaciones futuras a su inclusión en un programa.³⁷ En su aplicación práctica, la programación de las licitaciones de frecuencias ha probado ser un arma de dos filos. En algunas épocas (por ejemplo, 1997-2000) la autoridad utilizó los programas para obligarse a concesionar rápidamente el espectro. En otras épocas (2000-2004) la autoridad omitió generalmente publicar programas y otorgó relativamente pocas concesiones para usos comerciales de frecuencias. En ausencia de una obligación de licitar anualmente frecuencias, queda a discreción de la autoridad si licita o no las frecuencias disponibles, y —consecuentemente— si abre o no a mayor competencia los mercados de telecomunicaciones. Lo anterior, válido para las telecomunicaciones en sentido estricto, es ahora también cierto para la radiodifusión bajo las reformas. Al programar las licitaciones de espectro para servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, Cofetel ejerce —al amparo de la Ley Federal de Telecomuni-

³⁵ 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...”.

³⁶ Artículos 15 y 16 de la Ley Federal de Telecomunicaciones (donde el primero establece la obligación de la SCT de publicar periódicamente un programa de licitaciones de espectro radioeléctrico, y el segundo expresa la obligación de SCT de publicar la convocatoria a cada procedimiento de licitación.

³⁷ Artículo 17-A de la Ley Federal de Radio y Televisión.

caciones y las reformas a la radiodifusión y a la Cofetel— un poder que le permite decidir la entrada de nuevos competidores y afectar la intensidad de la competencia. Si Cofetel decide, por ejemplo, no licitar espectro para radiodifusión por varios años, los intereses de los radiodifusores se verían beneficiados a costa de los intereses de los consumidores que se hubieran beneficiado de mayor competencia. Al respecto, entre 2006 y 2008 la Cofetel integrada al amparo de las reformas parecía estar siguiendo una ruta larga y lenta para la licitación del espectro de radiodifusión, lo que la hizo objeto de críticas en la prensa nacional.³⁸

Otro de los elementos clave del sistema de concesionamiento de espectro vía licitación en la Ley Federal de Telecomunicaciones fue la obligación de los interesados en participar en las licitaciones, de obtener de manera previa a su participación la opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco).³⁹

La opinión favorable de la Cofeco previa a la participación en procedimientos para recibir concesiones fue un elemento normativo que —en el sector telecomunicaciones— tuvo resultados positivos. Quizá por lo anterior este requisito normativo fue extendido al sector de la radio y la televisión abiertas en las reformas a la radiodifusión y a la Cofetel de abril de 2006. No obstante, debe subrayarse que este elemento fue formulado de manera imprecisa en las reformas que definieron al requisito como el de contar con la “solicitud de opinión favorable presentada a la Comisión Federal de Competencia”.⁴⁰ La redacción anterior se

³⁸ Gascón, Verónica, “Alarga Cofetel licitación de TV”, *Reforma* (edición electrónica), 17 de abril de 2007 (donde se citan declaraciones del presidente de Cofetel, Héctor Osuna, señalando que las licitaciones para concesionar nuevas frecuencias de televisión y radio no se concretarán hasta 2008, dado que en 2007 se realizarán estudios técnicos para determinar la disponibilidad del espectro).

³⁹ Artículo 16, apartado I, inciso D, de la Ley Federal de Telecomunicaciones (donde se establece la “opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia” como uno de “los requisitos que deberán cumplir los interesados para participar en la licitación” de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico).

⁴⁰ Artículo 17-E, fracción V, de la Ley Federal de Radio y Televisión.

prestaba a una mala interpretación, porque el interesado podría alegar que cumplía presentando la solicitud, aunque la opinión de la Cofeco acabara siendo “no favorable”. Por lo anterior, la Cofeco se pronunció por aclarar la redacción de la iniciativa Lucero, para que dijera “opinión favorable” a secas.⁴¹ Como múltiples defectos de la iniciativa referida, éste tampoco fue corregido por el Legislativo, y acabó siendo parte de las reformas cuando fueron aprobadas. No obstante, la Suprema Corte de Justicia corrigió —para bien— esta disposición crucial, declarando la inconstitucionalidad de la porción normativa que señalaba “solicitud de”, para que dicha disposición quedara corregida y se leyera solamente como “opinión favorable [de] la Comisión Federal de Competencia”.⁴² De esta manera, ahora resulta claro que los participantes en licitaciones de espectro deben contar con dicha “opinión favorable”, y no sólo cumplir con haberla solicitado.

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 normativa 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 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

⁴¹ Oficio PRES-10-096-2005-148, del 8 de diciembre de 2005, firmado por el presidente de la Comisión Federal de Competencia, Eduardo Pérez Motta, p. 10.

⁴² Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, p. 620.

Gortari y a principios de la del presidente Zedillo, fundamentalmente en leyes reglamentarias del sector comunicaciones y transportes.⁴³ Por otra parte, procedimientos de alguna manera similares —aunque aplicables en casos excepcionales— existían incluso bajo la Ley de Vías de 1940.⁴⁴ Lo que sí fue particularmente especial del concesionamiento por licitación en el sector telecomunicaciones fue su implementación mediante las llamadas “subastas simultáneas 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

⁴³ Es el caso de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, cuyo artículo 9o. 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 6o., Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal).

⁴⁴ 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”.

uso. A través de licitaciones, el gobierno federal otorgó cientos de concesiones para uso de frecuencias del espectro en el lapso de 1997 al 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.

Las reformas a la radiodifusión y a la Cofetel extendieron a la radiodifusión un sistema de otorgamiento de concesiones vía licitación similar al utilizado bajo la Ley Federal de Telecomunicaciones.⁴⁵ El sistema utilizado por México es similar al que usan algunos países desarrollados (por ejemplo, Estados Unidos y Canadá, o los países miembros de la Unión Europea) y básicamente asigna el espectro de uso comercial a la empresa que lo valora más (evitando, no obstante, ofertas exageradas).⁴⁶ Se trata de un sistema que ha probado ser útil para asignar de manera rápida y eficiente un recurso escaso (el espectro radioeléctrico de uso comercial) por el que compiten empresas de telecomunicaciones que disponen de recursos cuantiosos (por ejemplo, Televisa, TV Azteca, Grupo Imagen, Grupo Burillo, Grupo Carso, *El Universal*, etcétera). Además de su rapidez y su transparencia, el otorgamiento de concesiones vía licitación ha mostrado ser un poderoso medio de recaudación para el Estado (entre 1996 y 2002, el gobierno federal mexicano recaudó alrededor de diez mil millones de pesos más IVA —un billón de dólares— por este concepto). Por otra parte, existen consideraciones de viabilidad política que hacen poco conveniente seguir utilizando los viejos criterios discrecionales para otorgar concesiones de espectro para radiodifusión. Por ejemplo, resultaría difícil para un Estado democrático moderno como el mexicano actual, preferir otor-

⁴⁵ Artículos 17, y 17-A a 17-J, de la Ley Federal de Radio y Televisión.

⁴⁶ Véase el informe de la UIT, Unión Internacional de Telecomunicaciones, *Aspectos económicos de la gestión del espectro (UIT-R SM 2012.1)*, Ginebra, UIT, 2000, 89 pp. (donde, entre otras cosas, se revisan las justificaciones teóricas del uso de subastas para otorgar licencias de uso de espectro y la experiencia de varios países con estos procedimientos).

garle concesiones de frecuencias a Grupo Imagen sobre TV Azteca con base en criterios subjetivos e interpretaciones vagas del interés público, como las aplicables en la Ley Federal de Radio y Televisión antes vigente. Las acusaciones de favoritismo serían automáticas (y muy probablemente vendrían del perdedor o perdedores). Ésa fue, quizá, una de las razones por las cuales en los trece años anteriores a las reformas no se entregaron nuevas concesiones de radiodifusión.⁴⁷ Por el contrario, la licitación utilizada en telecomunicaciones para el otorgamiento de concesiones de espectro permitió entregar decenas de concesiones para múltiples servicios.⁴⁸ Las licitaciones del espectro de telecomunicaciones han generado un nivel razonable de aceptación por parte de los solicitantes de frecuencias, incluso cuando los perdedores han sido grupos empresariales muy poderosos. La razón es que las subastas de espectro han operado bajo reglas claras conocidas de antemano por todos los participantes.

Ciertamente, la licitación no es un procedimiento deseable para otorgar derechos sobre el espectro no comercial, lo cual explica que las reformas hayan preservado el régimen de permisos utilizado en la radiodifusión para entidades culturales, oficiales o experimentales.⁴⁹ No obstante, se ha criticado apropiadamente que los requisitos y procedimientos para el otorgamiento de los permisos de radiodifusión bajo las reformas sean particularmente tortuosos y difícilmente asequibles para grupos en desventaja (por ejemplo, grupos indígenas).

El uso de las licitaciones (y particularmente de las subastas basadas en la contraprestación monetaria) como mecanismo para otorgar concesiones ha recibido fuertes críticas en el debate

⁴⁷ Otra razón posible apuntaría a que las empresas de radiodifusión existentes se ven beneficiadas por la no entrada de competidores.

⁴⁸ Sólo entre 1996 y 2000 hubo trece licitaciones de espectro para múltiples servicios de telecomunicaciones (por ejemplo, *paging*, telefonía inalámbrica móvil y fija, televisión vía microondas, enlaces de microondas punto a punto, etcétera).

⁴⁹ Artículos 20, 21 y 21-A de la Ley Federal de Radio y Televisión.

jurídico mexicano. El argumento fundamental es expresado por el jurista Ernesto Villanueva, quien señala que

...el punto medular es cómo las personas pueden acceder a los medios electrónicos que por razones técnicas o económicas derivadas de la convergencia digital se vuelve un bien escaso. El modelo mexicano pone el acento en la subasta y deja tímidamente otros aspectos. [Mientras que el hecho es que] en la experiencia comparada, la tendencia se orienta por criterios distintos a los seguidos en el país.⁵⁰

El uso de licitaciones para asignar concesiones de radiodifusión contemplado en las reformas fue uno de los puntos en los que se basó la acción de inconstitucionalidad con la que se impugnaron dichas reformas.⁵¹ El proyecto de sentencia del ministro Salvador Aguirre Anguiano propuso declarar la inconstitucionalidad del artículo 17-G de la Ley Federal de Radio y Televisión incorporado en las reformas basado en una fuerte crítica del uso del criterio económico como rector en el otorgamiento de concesiones de radiodifusión. Una de las críticas señala que privilegiar este criterio supone reducir la socialmente deseable pluralidad de medios. Al respecto, el referido proyecto de sentencia señalaba:

El procedimiento de licitación pública establecido bajo el mecanismo de subasta pública privilegia el poder económico sobre cualquier otro elemento para la adjudicación de las concesiones en materia de radiodifusión, cuando es el caso que debe ponderarse la función social que los medios desempeñan en la sociedad mexicana contemporánea y la conveniencia de que en este sector

⁵⁰ Villanueva, Ernesto, “Reforma de medios en la experiencia comparada”, en Huber, Rudolf y Villanueva, Ernesto (coords.), *Reforma de medios electrónicos, ¿avances o retrocesos?*, México, Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 131.

⁵¹ 15o. concepto de invalidez en Bartlett Díaz, Manuel *et al.*, *Demanda de acción de inconstitucionalidad de las reformas a la radiodifusión y a la Cofetel*, México, mimeo., 4 de mayo de 2006.

exista pluralidad de actores y una sana competencia entre ellos. Amén de que el Estado no puede renunciar a su calidad de garante de la libertad de expresión y derecho a la información, permitiendo que las concesiones que otorga en esta materia se basen en criterios predominantemente económicos.⁵²

Asimismo, el ministro Salvador Aguirre Anguiano criticó la primacía del criterio económico en las licitaciones de espectro porque —en su opinión— propicia la concentración y afecta la libre competencia. Al respecto, señaló:

...la modalidad de la subasta pública en la licitación pública no propicia una sana competencia entre todos los prestadores del servicio ni evita su concentración en unas cuantas manos, pues al privilegiarse el elemento económico para el otorgamiento de la concesión se favorece indirectamente la creación de monopolios y prácticas monopólicas que impiden la libre competencia o concurrencia en el sector.⁵³

Los anteriores argumentos fueron adoptados por la Suprema Corte, que resolvió declarar inconstitucional la parte normativa en la que se establecía el uso del mecanismo de subasta pública en el proceso de licitación de concesiones del espectro para radiodifusión.⁵⁴

Con esta decisión se redujo parcialmente uno de los beneficios de las reformas, ya que las subastas habían mostrado ser muy útiles en las licitaciones de espectro de telecomunicaciones. No obstante, al haberse sostenido la constitucionalidad del mecanismo de otorgamiento de concesiones por licitación —e incluso

⁵² Proyecto de sentencia en acción de inconstitucionalidad del ministro Aguirre, citado en Granados Chapa, Miguel Ángel, “La TV, la ley y el orden”, *Reforma* (edición electrónica), 6 de mayo de 2007.

⁵³ Proyecto de sentencia en acción de inconstitucionalidad del ministro Aguirre, citado en Villamíl, Jenaro, “Golpe a la ambición”, *Proceso*, 6 de mayo de 2007, p. 28.

⁵⁴ Resolutivo séptimo, sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, p. 624.

una vez eliminada la posibilidad de utilizar la subasta— el sector radiodifusión sigue estando en una situación regulatoria mejor que la existente bajo el sistema discrecional previo a las reformas.

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 en las licitaciones de espectro para radiodifusión era inconstitucional.⁵⁵ El argumento central fue el mismo utilizado en el proyecto del ministro Aguirre Anguiano. Al respecto, la sentencia señaló que con las subastas de espectro

...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.⁵⁶

Una de las preguntas que quedaron abiertas con los pronunciamientos de la sentencia de la Suprema Corte en materia de subastas es hasta qué punto serán aplicables a las licitaciones

⁵⁵ 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 constitucional, y c) el uso de subastas genera incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación pagada por la concesión de espectro de radiodifusión. Véase sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, pp. 551-566.

⁵⁶ Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 26/2006, p. 558.

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 qué 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 por la Cofetel entre 1996 y 2005, ni hasta qué punto obligará a que en el futuro sólo se utilicen licitaciones “a sobre cerrado” o alguno de los mecanismos denominados “concursos de belleza” (*beauty contests*).⁵⁷

IV. CONCLUSIONES

La normativa mexicana aplicable a títulos habilitantes se transformó en los últimos tres lustros con miras a facilitar la entrada de nuevos competidores al sector mexicano de las telecomunicaciones. Así, se facilitó el otorgamiento de títulos habilitantes a través de distintas técnicas; por ejemplo, simplificando y automatizando trámites, reduciendo requisitos, licitando múltiples concesiones, sustituyendo permisos por registros o concesiones por autorizaciones. Sin embargo, la normativa para facilitar la entrada mantuvo múltiples disposiciones, que dan a las autoridades excesiva discrecionalidad para otorgar títulos habilitan-

⁵⁷ Ésa es la opinión del economista Fernando Butler. Véase Butler Silva, Fernando, “Efectos económicos de la decisión de la Suprema Corte de Justicia”, *El Economista* (edición electrónica), 18 de junio de 2007.

tes, que no mostró tendencia a reducirse en los más importantes proyectos de reforma legal presentados en años pasados. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia en la acción de inconstitucionalidad 26//2006, aunque no invalidó muchas de las viejas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones en materia de títulos habilitantes, sí hizo lo propio con otras muy similares de la Ley Federal de Radio y Televisión. Al declarar inconstitucionales dichas disposiciones, la Corte mostró que además de facilitar la entrada, la normativa mexicana en materia de títulos habilitantes para el sector telecomunicaciones tiene el enorme reto —de derecho administrativo— de reducir la excesiva discrecionalidad todavía presente en algunas de sus disposiciones.