

CAPÍTULO III ÓRGANOS REGULADORES

El diseño institucional de las autoridades encargadas del sector de las telecomunicaciones es factor determinante para el desarrollo de éste, de la competencia y de la oferta de servicios. A partir de la liberalización de las telecomunicaciones se han ido creando órganos reguladores en casi todos los países. La independencia y autonomía de estas instancias es uno de los elementos básicos y muy discutidos no sólo al momento de su creación sino también a lo largo de su existencia. ¿Qué se quiere decir con independencia y autonomía y qué grado de éstas debe tener el regulador de telecomunicaciones? Por su importancia en la discusión de los reguladores, en este capítulo se expondrá lo que la experiencia comparada señala como independencia y autonomía, así como las mejores prácticas para lograrlas.

Asimismo, en este apartado se analizará la naturaleza de los órganos reguladores. Aunque éstos se utilizan como un término genérico, lo cierto es que los hay de diversos tipos: sectoriales, convergentes, multi-sectoriales, con o sin facultades de competencia económica, unipersonales y colegiados. Los consejos consultivos, comités o juntas consultivas de los órganos reguladores, se están convirtiendo en un elemento importante para que la sociedad participe en las decisiones del regulador. La manera en la que se integran los consejos consultivos define si se logrará asegurar la pluralidad de las opiniones y la independencia de juicio, lo que es crucial. Adicionalmente, es importante la publicidad, la transparencia y la declaración de intereses para evitar conflictos de intereses que menoscaban la importancia de su labor.

CAPÍTULO III

La actividad regulatoria en telecomunicaciones tiene sus particularidades, ante lo cual es relevante destacar los principios que deben ser observados por los reguladores y, en caso de incumplimiento, ser denunciados por la sociedad y el sector privado. El temor constante de un mercado en competencia y de que éste se traduzca en beneficios efectivos para la sociedad es que el regulador sea capturado, por lo cual se presentan aquí los riesgos regulatorios de captura del regulador.

Finalmente, para este capítulo se han seleccionado ejemplos relevantes de órganos reguladores, sus orígenes y características fundamentales, como la FCC estadounidense, creada en 1934 y pionera de los reguladores; la Bundesnetzagentur de Alemania, hoy en día un regulador multisectorial con facultades para intervenir en materia de telecomunicaciones, correo, electricidad, gas, ferrocarriles y firma electrónica; la Ofcom del Reino Unido, que toma en cuenta la participación social y busca evitar conflictos de interés mediante la presentación de declaraciones de interés.

Desde luego, se expone el caso mexicano, en particular los antecedentes de la Cofetel y las resoluciones judiciales que fueron definiendo sus facultades a pesar de las debilidades de su diseño institucional. Por último, se presenta lo relacionado con la reciente creación del Iftel como órgano constitucional autónomo, como regulador convergente con facultades en materia de competencia económica y cuya historia se empieza a escribir.

1. ORIGEN

Cuando se inventó el teléfono y se fueron desplegando las redes telefónicas, se consideró que las telecomunicaciones debían constituirse en un *monopolio natural*; es decir, en un esquema que desaconseja la existencia de varias empresas prestando el mismo servicio por juzgarlo ineficiente. Esta premisa se basaba en el argumento de que al existir una sola empresa los costos medios se reducirían conforme aumentara la cantidad de servicios prestados y se podrían bajar los precios al consumidor. De esta manera, en la mayor parte de los países se fueron creando monopolios estatales o privados sobre la red y los servicios telefónicos.

Para la década de 1980 los países de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) (hoy Unión Europea) comenzaron a cuestionarse

por qué en Estados Unidos los servicios eran mejores y a menores precios. Como resultado de una investigación al respecto, la CEE determinó que la gran diferencia era la apertura a la competencia en el sector de telecomunicaciones de EUA frente a los monopolios de telecomunicaciones europeos. A partir de 1988, la UE inició un proceso gradual de liberalización¹¹⁷ en las telecomunicaciones mediante diversas directivas¹¹⁸ (véase Cap. XII, sec. 2).

A escala mundial, la década de 1990 fue en términos generales de liberalización y privatización de muchos sectores de la economía, incluyendo el de las telecomunicaciones. Adicionalmente, en 1994 se suscribieron el Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). De la mano de la liberalización, y siguiendo el ejemplo de EUA, se establecieron órganos reguladores de las telecomunicaciones con la finalidad de que –en la medida de lo posible– se enfocaran a los aspectos técnicos y actuaran libres de injerencias políticas y de los agentes regulados.

La liberalización en el sector de telecomunicaciones requería de una autoridad capaz de regular el nuevo mercado del ramo para que los interesados en ingresar a éste tuvieran certeza de que habría un nivel parejo de juego¹¹⁹ entre los incumbentes u operadores históricos (operadores antes de la existencia de competidores), los que llegaron a convertirse en dominantes (aquellos con poder para influir en el mercado sin que los competidores o consumidores puedan contrarrestar sus acciones) y los nuevos entrantes.

Los ministerios o secretarías de Estado eran tradicionalmente los encargados de elaborar las políticas en la materia y supervisar el desempeño de las empresas públicas de telecomunicaciones. El inconveniente para que se convirtieran en autoridades reguladoras era, entre otros, que tendrían presiones en los siguientes sentidos: (1)

117 Por liberalización se entiende cuando se abre un mercado determinado a la competencia. La liberalización a veces incluye el que un monopolio público se privatice, pero no es un requisito para la liberalización

118 La experiencia de la UE es muy enriquecedora y digna de estudio, toda vez que no sólo la liberalización fue gradual, sino que constantemente se hacen revisiones a la situación del sector y del mercado de las telecomunicaciones para, en su caso, adaptar el marco jurídico a las necesidades del momento.

119 El término *nivel parejo de juego* viene del inglés *level playing field* y alude a la necesidad de que los agentes del mercado se sujeten a las mismas reglas y, en caso de que exista un dominante, que éste quede sujeto a condiciones asimétricas, con el fin de que la competencia en el mercado sea equitativa.

CAPÍTULO III

de continuar con la rentabilidad de la empresa pública (p. ej., cuando ésta aún no se privatizaba o durante su periodo de venta), (2) de cumplir con objetivos de política social (p. ej., llevar teléfonos a zonas rurales), y (3) de mantener el subsidio a ciertos servicios (p. ej., el que recibía la telefonía local residencial a partir de la imposición de tarifas altas de telefonía de larga distancia). Es así como se favorece la creación de órganos reguladores de telecomunicaciones independientes de la secretaría o ministerio encargado de las políticas públicas de comunicaciones.¹²⁰

El cometido general del órgano regulador será fomentar y mantener la competencia en el mercado para que los usuarios puedan tener más y mejores servicios, a menores precios.

Los reguladores efectivos se asocian normalmente con ser independientes hasta cierto grado (...) Al comienzo del proceso de transformación, la estructura de monopolio preexistente permite conducta[s] discriminatoria[s]. El énfasis en la no-discriminación surgió de cuatro fuentes que, en parte, reflejan a distintos actores del mercado. Estos cuatro imperativos son el asegurar que:

- Se haga posible la cooperación en un ambiente competitivo a fin de garantizar un nivel de juego parejo entre entidades desiguales dentro del mercado.
- Todos los proveedores de equipos sean tratados igual cuando el mercado está dominado por un comprador único con relaciones preexistentes con los proveedores.
- Todos los nuevos entrantes e inversionistas del sector de servicios de telecomunicaciones son tratados de manera equitativa por el competidor dominante, que proveerá de insumos (p. ej., interconexión) a los negocios de los nuevos entrantes, y
- Todos los clientes tienen una “voz” y sus quejas e intereses reciben una respuesta adecuada.

120 El grado de independencia y autonomía de los órganos reguladores respecto de las secretarías o ministerios de comunicaciones o del poder político ha variado de país en país a lo largo del tiempo.

Atender [aspectos de] no-discriminación involucra el construir confianza y legitimidad en una institución reguladora “independiente”. La cuestión principal es establecer un ambiente funcional, habilitador que consiste en el(los) regulador(es) y la regulación que atraerá inversión suficiente y sustentable para satisfacer la demanda existente, ampliar el abasto e introducir nuevos servicios.¹²¹

El diseño institucional para que los países cuenten con un regulador efectivo e independiente se considera elemento esencial para atraer inversiones y apoyar el desarrollo económico.

(...) las instituciones tienen un fuerte impacto correlativo en la productividad, competitividad, prosperidad y el desarrollo económico de los países y definen la manera en que la sociedad distribuye los beneficios y costos del desarrollo de estrategias y políticas (World Economic Forum, Global Competitiveness Report 2009-2010). De hecho, la investigación señala a la infraestructura social e institucional como el factor, si no el único, [sí el] que más importa para la prosperidad en el largo plazo (...) Ver al Estado como excluyente del mercado es una noción absolutamente equivocada; si bien el Estado no debe reemplazar al mercado, sí debe proveer los cimientos básicos para su funcionamiento (...).¹²²

121 “Effective regulators are normally associated with being independent to some degree () At the outset of the transformation process the pre-existing monopoly structure allows for discriminatory behavior. The emphasis on non-discrimination arose from four sources which, in part, reflect different constituencies in the market. These four broad imperatives are to ensure that: - Cooperation is enabled in a competitive environment to ensure that a level playing field exists between unequal entities in the marketplace, - All equipment suppliers are treated equally where the market is dominated by a single buyer with strong pre-existing relationships with suppliers, - All new entrants and investors in the telecommunications service sector are treated equally by the dominant competitor, who will be a supplier of inputs (e.g., interconnection) to the businesses of the new entrants, and - All customers have a “voice” and their complaints and interests receive an adequate response. Addressing non-discrimination involves building confidence in and the legitimacy of an “independent” regulatory institution. The central issue is establishing a functioning, enabling environment consisting of the regulator(s) and regulations that will attract sufficient and sustainable investment to satisfy existing demand, expand supply and introduce new services”, infoDev y UIT, ICT regulation toolkit, www.ictregulationtoolkit.org, módulo 1, numeral 2.1 (fecha de consulta: 27 de junio de 2011) [traducción de la autora]

122 Faya, Alejandro, *Fortalecer a los reguladores*, México, CIDAC, USAID y Red Mexicana de Competencia y Regulación, 2010, pp. 14-15.

CAPÍTULO III

2. INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA

El gran debate en torno a los órganos reguladores es el relativo al grado de que deben tener. Ambos conceptos, independencia y autonomía, serán utilizados indistintamente para efectos de esta exposición.¹²³ Por independencia se entiende la que debe tenerse respecto de los siguientes núcleos:

- Autoridades gubernamentales, partidos y políticos, toda vez que el regulador precisa de estar libre de influencia política.

(...) es posible apreciar la idea persistente de que para el mejor funcionamiento de las instituciones públicas debe garantizarse un ámbito de actuación de los órganos que permita llevar a cabo sus tareas en condiciones de ausencia o menor injerencia de la “política”, y, por el contrario, un espacio de libertad que permita que la “técnica” sea el ámbito de decisión administrativa. La autonomía es vista como una condición (más que un fin) que da credibilidad y objetividad al funcionamiento de los órganos reguladores.¹²⁴

- Las compañías de telecomunicaciones y demás agentes por regular. Ello implica que el regulador y sus empleados actúen y resuelvan sin la intervención indebida de los prestadores de servicios de telecomunicaciones. Los empleados del regulador no deben únicamente abstenerse de participar cuando surge un conflicto de intereses, sino que deben cortar todos los vínculos con las empresas reguladas¹²⁵ porque, de lo contrario, más que reguladores serían agentes de éstas en perjuicio de la competencia y de la sociedad.

123 Conforme al *Diccionario de la Lengua Española* (vigésima segunda edición, www.rae.es) de la Real Academia Española, independencia es la “cualidad o condición de independiente”. Referido a una persona, independiente es que ésta “sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”, y es sinónimo de “autónomo”. Por autonomía el mismo diccionario define que se trata de la “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”. A diferencia de la primera edición de este libro, la edición actual presenta los conceptos de independencia y autonomía como equivalentes para efectos de los órganos reguladores

124 Roldán Xopa, José, *Estado y economía en México. Estrategias y función del Derecho*, <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2398/14.pdf>, p. 346.

125 Geradin, Damien y Kerf, Michel, *Controlling market power in telecommunications*, Nueva York, Oxford University Press, 2003, p. 17.

ÓRGANOS REGULADORES

Para los países miembros de la OMC que hayan adoptado los compromisos plasmados en el Documento de Referencia, la entidad reguladora debe ser independiente de los proveedores de servicios de telecomunicaciones e imparcial en sus decisiones y sus procedimientos.¹²⁶

- Los consumidores de telecomunicaciones. La independencia demanda que el regulador esté en condiciones de actuar objetiva e imparcialmente, por lo que también la injerencia indebida de consumidores en el papel del regulador puede afectar el desarrollo del sector (p. ej., una decisión que indebida y excesivamente beneficie a los consumidores puede afectar negativamente la operación del mercado de telecomunicaciones).

La independencia del regulador –aquella que permite implementar la política sin interferencia indebida de políticos o cabilderos de la industria– no lo exime de continuar sujeto a rendición de cuentas,¹²⁷ así como a un sistema de pesos y contrapesos.¹²⁸ La independencia debe ser transparente, sujeta a responsabilidad frente al gobierno, la industria y el público por el cumplimiento de objetivos. La independencia es crucial para que el órgano regulador pueda: (1) sustraerse del aspecto burocrático y político para concentrarse en el correcto funcionamiento de la competencia en el mercado, y (2) adaptar constantemente la regulación a los cambios dinámicos del sector de telecomunicaciones.¹²⁹

126 OMC, *Documento de referencia (servicios de telecomunicaciones)* www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/telecom_s/tel23_s.htm#Top (fecha de consulta 27 de mayo de 2013), numeral 5 México aceptó el Documento de Referencia mencionado, y aun cuando no es textualmente idéntico al Documento de Referencia citado que está disponible en el sitio web de la OMC, las variaciones son únicamente de forma y no alteran el fondo. Para el caso de México, el documento se cita de la siguiente manera: *México Documento de Referencia a la Lista de Compromisos Específicos Suplemento 2*, GATS/SC/56/Suppl.2, 11 de abril de 1997. El Documento de Referencia para México puede consultarse en Álvarez, Clara Luz, *Derecho de las telecomunicaciones*, México, Miguel Ángel Porrúa y Cámara de Diputados, 2008 (disponible también en <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/scpd/LX/dertel.pdf>), pp 223-225

127 OCDE, *OECD reviews of regulatory reform Mexico*, París, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2004, p 17.

128 infoDev y UIT, *op. cit.*, nota 121, módulo 1, numeral 2 2

129 Cfr Melody, William H, "Policy objectives and models of regulation", en Melody, William H (ed.), *Telecom reform principles, policies and regulatory practices*, Dinamarca, Den Private Ingeniorfond-Technical University of Denmark, 2001, pp 19-22.

CAPÍTULO III

Cuando un Estado continúa siendo propietario, parcial o total, de una empresa de telecomunicaciones, la autonomía del órgano regulador se pone a prueba en cada una de sus decisiones. Es probable que muchas de sus determinaciones limiten a las empresas públicas en el ejercicio de su poder de mercado o que, a fin de beneficiar a los usuarios, dichas empresas públicas –por mandato del regulador– tengan que realizar cuantiosas inversiones que reduzcan su rentabilidad en el corto plazo.

Cuando el regulador resuelva trámites o asuntos de la empresa pública, debe establecer las medidas necesarias para evitar tráfico de información o de influencias, o bien trato preferencial en cuanto a los tiempos de respuesta, entre otras cosas. En países como México esto sigue siendo relevante, toda vez que se está en presencia de un regreso del Estado empresario con diversos entes públicos ingresando como agentes económicos del sector telecomunicaciones. Ejemplo de ello son la Comisión Federal de Electricidad con una concesión de red pública de telecomunicaciones (que pasará con la Reforma Constitucional de 2013 a Telecomunicaciones de México, véase Cap. II, sec. 5.3); Telecomunicaciones de México con otra concesión; el gobierno federal con su anuncio de que la capacidad que tuviera en exceso del Sistema Satelital Mexicano, cuyo primer satélite fue colocado en órbita en 2012, sería puesta a disposición del mercado (véase Cap. XIII, sec. 6), etcétera.

Ha ocurrido que dos o más autoridades tienen objetivos distintos y tratan de vulnerar la autonomía del regulador. El clásico caso es el cobro de contribuciones por el uso de bienes de dominio público, como las frecuencias del espectro radioeléctrico. Ante estos escenarios la autoridad hacendaria trataría de recaudar el máximo posible, en tanto que el órgano regulador pretendería que se privilegie el uso eficiente de dichos bienes. De ahí que la autonomía del órgano regulador de telecomunicaciones también implica que tuviera la estructura institucional y las facultades adecuadas para realizar debidamente su función.

En México, la creación del Iftel a raíz de la Reforma Constitucional de 2013 preservó la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para temas de contraprestaciones en el ámbito de las telecomunicaciones, a pesar de que el Iftel está concebido como un órgano constitucional autónomo, es decir, con la máxima autonomía que otorga el Estado mexicano a un ente público.

La independencia y autonomía del órgano regulador le dan credibilidad y confianza a los agentes del mercado. “Ninguna cantidad de ingeniería regulatoria, sin embargo, podrá eliminar completamente

la necesidad de reguladores competentes y relativamente autónomos capaces de resolver, de manera imparcial, los problemas regulatorios complejos que surgirán”.¹³⁰

Para favorecer la independencia del órgano regulador de telecomunicaciones, así como para que éste goce de credibilidad y confianza, las mejores prácticas sugieren lo siguiente:

- **Independencia de la secretaría o ministerio de Estado.** Es decir que el regulador no esté sujeto al control de la secretaría o ministerio de Estado, ni que éstos pretendan decirle al regulador en qué sentido debe actuar. Adicionalmente, las decisiones del órgano regulador no tienen que ser modificadas por la secretaría de Estado, sino sólo por los tribunales competentes.
- **Mandato y facultades.** “El mandato se refiere a la misión del regulador, es decir, su objetivo de política pública subyacente, el cual debe ser claro, explícito y contundente. Lo anterior exige cuando menos un mandato: (i) plasmado a nivel de ley; (ii) no fraccionado en diversos ordenamientos; (iii) priorizado respecto de otras funciones, así como (iv) simple y desprovisto de términos vagos o difusos”.¹³¹ El órgano regulador necesita tener facultades suficientes para poder realizar su mandato; de otra manera se tendrá un regulador débil, capturado e incapaz de lograr su misión.
- **Transparencia.** Además de ser un requisito para la existencia de un regulador efectivo, la transparencia es elemento indispensable para la credibilidad y respetabilidad. Por ello el órgano regulador debe publicar sus decisiones, criterios y resoluciones; hacer consultas públicas de asuntos o temas de relevancia; publicar los proyectos de regulación y permitir un plazo razonable para que los particulares (agentes regulados y público en general) envíen comentarios a dichos proyectos; sostener audiencias públicas de sus deliberaciones o sesiones del órgano colegiado y, entre otras responsabilidades más, tener una agenda pública de sus actividades y proyectos.

130 “No amount of regulatory engineering will, however, completely eliminate the need for competent and relatively autonomous regulators able to solve, in an impartial way, the complex regulatory problems that are bound to arise”, Geradin, Damien y Kerf, Michel, *op cit*, nota 125, p 22 [traducción de la autora]

131 Faya, Alejandro, *op. cit.*, nota 122, pp 28-29

CAPÍTULO III

- **Rendición de cuentas.** El órgano regulador debe rendir cuentas de su actuación ante otras instancias del poder público (p. ej., el Congreso) y ante la sociedad. Nótese que la rendición de cuentas no se contradice con la independencia, pues esta última no implica que el regulador se encuentre ajeno a la necesaria rendición de cuentas de toda sociedad democrática. Para que la rendición de cuentas sea efectiva, el regulador precisa de tener objetivos específicos a cumplir en plazos determinados o tener indicadores objetivos de desempeño.
- **Comisionados/directivos.** El perfil o requisitos que deban reunir quienes van a ocupar cargos de comisionados (cuando es un órgano colegiado el de máxima autoridad del regulador) o de director general (cuando la máxima decisión es unipersonal) son importantes, pues deben asegurar que las personas que aspiran a ocupar los principales puestos del regulador posean conocimientos y experiencia en el sector, al tiempo que sean imparciales respecto de los agentes regulados. En contrapartida, debe evitarse el nombramiento de personas que se dediquen a la política o tengan aspiraciones políticas, toda vez que ello puede afectar su libertad de actuación o reducir la credibilidad acerca de la imparcialidad del regulador. Por tanto, los comisionados/director deben ser técnicos en el área de su especialidad (p. ej., abogados, economistas, matemáticos, ingenieros, especialistas en políticas públicas).
- **Nombramientos.** Los directivos o comisionados deben ser nombrados para un plazo fijo durante el cual sean inamovibles (salvo por causas graves señaladas por la ley), y con la posibilidad de ser ratificados por periodo(s) adicional(es). Los nombramientos tendrán que ser escalonados para dar certeza al sector y evitar que en un momento dado todo el órgano colegiado sea sustituido. A lo largo del tiempo los agentes regulados conocen cuál es la tendencia que sigue el regulador y cuáles son las inclinaciones de cada comisionado. Si de un día para otro se sustituye en su totalidad a los comisionados, entonces los agentes regulados no conocerán la tendencia ni la manera de resolver de los futuros comisionados. Por el contrario, si las sustituciones son graduales o escalonadas, la incertidumbre se reduce a márgenes razonables. Como medida

de contrapeso también se ha procurado que las elecciones de los comisionados o directores se realicen con la participación del Ejecutivo y el Legislativo.

- **Financiamiento.** El presupuesto de los órganos reguladores no debe depender sólo de decisiones políticas ni de los agentes regulados. Ese fondo puede provenir de una asignación gubernamental y de otras fuentes de ingresos, como los pagos que los agentes regulados hacen por el uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico, de las tarifas por las concesiones, permisos o autorizaciones, de las multas o sanciones económicas por incumplimiento al marco jurídico, de los cobros por labores administrativas (p. ej., otorgamiento de numeración) o de verificación, entre otros recursos.¹³²
- **Ética y conflictos de intereses.** “Los reguladores deben ser justos, imparciales y transparentes, y de igual importancia [es que] el público debe percibirlos como tales con la finalidad de inspirar confianza en la industria y sus inversionistas (...) La habilidad del regulador de regir con legitimidad y efectividad está basada en la integridad, honestidad y comportamiento ético real y percibido de sus oficiales y empleados y sus decisiones”.¹³³ Los principios éticos del regulador y la obligación de revelar cualquier situación que pudiera interpretarse como un conflicto de interés es esencial para evitar cuestionamientos sobre la objetividad e imparcialidad en el actuar del regulador. No basta contar con un marco genérico de responsabilidad de servidores públicos, sino que se precisa tener normas especiales para el regulador de telecomunicaciones en atención a

132 La FCC de EUA recibe del Congreso una partida presupuestal de la cual se deducen los ingresos que recolecta la FCC por tarifas regulatorias. En los últimos años estas tarifas han logrado compensar el monto asignado por el Congreso de EUA en 90%. Lo que implica que el monto que la FCC efectivamente recibe por parte del Congreso es de 10% de su presupuesto de operación. infoDev y UIT, *op cit.*, nota 121, módulo 6, numeral 5 1 2

133 “Regulators must be fair, impartial and transparent, and just as importantly, the public must perceive them as such in order for the regulators to inspire confidence of the industry and of investors. (...) The ability of a regulator to govern legitimately and effectively is based on the real and perceived integrity, honesty and ethical behavior of its officials and employees and their decisions”, infoDev y UIT, *op cit.*, nota 121, módulo 6, numeral 6 5 [traducción de la autora].

CAPÍTULO III

los temas que atende y al poder que muchos de los agentes regulados tienen.

Los principios éticos deben contemplar prohibiciones o límites, por ejemplo, a la aceptación de regalos, comidas e invitaciones a conciertos o viajes que, por su monto o significación, pudieran comprometer o afectar la imagen del regulador.

Las relaciones personales y financieras también pueden afectar la credibilidad del regulador o colocar al empleado del regulador en una situación de conflicto de interés. Por ejemplo, si el cónyuge de un empleado del regulador trabaja para un agente regulado, el empleado debe revelarlo para que no participe ni acceda a información del agente regulado. Si se tiene una participación accionaria en un agente regulado, dependiendo del monto de dicha participación y del nivel de decisión del empleado es posible que, además de revelar esa situación, el empleado deba vender su tenencia accionaria. Finalmente, puede surgir un conflicto de interés cuando un empleado del regulador está buscando trabajar con un agente regulado o éste lo desea contratar. En este caso se podría considerar que el empleado del regulador, ante la posibilidad de conseguir ese trabajo, resuelva de tal manera que su imparcialidad esté comprometida para favorecer al agente regulado o perjudicar a sus competidores. Adicionalmente, como cabe la posibilidad de que el empleado haya tenido acceso a información confidencial durante su cargo en el regulador, el uso de esa información daría lugar a un conflicto de interés. En algunos países se exige al empleado dar aviso en cuanto tenga algún contacto con un agente regulado para un trabajo potencial. En otros países, a quien trabajó para el regulador se le fija además un plazo de prohibición para trabajar con los agentes regulados.

Una manera de identificar conflictos de intereses reales y potenciales es exigir al personal del regulador una *declaración de intereses*. Ésta tiene que presentarse cuando se comienza el ejercicio del encargo, hacerse pública y actualizarse periódicamente cuando se requiera. Dicha declaración debe contener una lista de las personas con las cuales se comparten intereses, actividades o relaciones personales, familiares o de negocio, lo cual comprende incluso la participación en asociaciones religiosas y organizaciones de la sociedad civil y sin fines de lucro.

En el Reino Unido la Ofcom publica en su sitio web los registros de intereses (*register of disclosable interests*) de los miembros de las juntas y comités, quienes están obligados a “revelar los intereses (incluyendo la tenencia de acciones, cargos de dirección y empleos) que ellos, sus parejas o hijos menores de edad tienen en compañías cuyas actividades de negocio principal (y por tanto el precio de la acción) puedan afectarse con las decisiones de Ofcom. Asimismo, dentro del registro están los cargos directivos en compañías, los puestos o las posiciones en entidades de caridad [o sin fines de lucro], y otros cargos públicos”.¹³⁴

En el caso de México es relevante mencionar que en 2006 el pleno del entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) discutió la propuesta del comisionado Juan Pablo Guerrero Amparán para que todos los comisionados presentaran ante el pleno del organismo una declaración de intereses que tuviera “el listado de las personas con las que el comisionado tenga intereses personales, familiares y de negocios directos o indirectos dentro de la administración pública federal, así como de las personas físicas y morales relacionadas con esta última por cualquier título, asunto o negocio”.¹³⁵ La propuesta del comisionado Guerrero no fue aceptada.

3. TIPOS DE REGULADORES

Cuando se habla de órganos reguladores en materia de telecomunicaciones pareciera que existe un modelo único, pero hay diferentes tipos y es común que evolucionen en cada país de manera diversa.

134 “Members are required to disclose interests (including shareholdings, directorships and employments) they, their partners or minor children have in companies whose core business activities (and hence share price) could be affected by Ofcom’s decisions. Also included in the register are company directorships, offices held in charitable bodies, and other public appointments”, Ofcom, <http://www.ofcom.org.uk/about/how-ofcom-is-run/ofcom-board-2/members/register-of-disclosable-interests/> (fecha de consulta 27 de agosto de 2012) [traducción de la autora]

135 Esta propuesta tan positiva fue rechazada en una votación dividida de los comisionados Alonso Lujambio, María Marván y Alonso Gómez Robledo, y con el voto a favor del propio Juan Pablo Guerrero y de Horacio Aguilar Álvarez. La iniciativa se encuentra en el documento *Presentación de la propuesta para reducir el riesgo del conflicto de interés*, de Juan Pablo Guerrero Amparán, en la sesión pública del 22 de noviembre de 2006 del pleno del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública

CAPÍTULO III

Reguladores sectoriales. Son los que tienen facultades únicamente dentro del sector de telecomunicaciones (sin incluir la radio y la televisión abierta). Las ventajas de un regulador exclusivamente de telecomunicaciones es que genera una especialidad única que le permite comprender asuntos técnica, económica y jurídicamente complejos.

Reguladores convergentes. Son los encargados del sector de telecomunicaciones, medios electrónicos de comunicación masiva (radio y televisión abierta), de tecnologías de la información y comunicaciones. Ante la evolución tecnológica permanente y la línea divisoria cada vez más borrosa entre las tecnologías de la información, las telecomunicaciones y los medios electrónicos de comunicación masiva, las ventajas de un regulador convergente es que puede adaptarse con facilidad a los cambios y evitar resoluciones contradictorias entre los diferentes servicios de comunicación.

Reguladores multisectoriales. Un órgano regulador será multisectorial cuando tiene facultades respecto de sectores que comparten características, como el eléctrico, el de ferrocarriles, el hidráulico y el de telecomunicaciones. Los partidarios de este tipo de regulador argumentan que las telecomunicaciones tienen elementos comunes con otras actividades o servicios (p. ej., electricidad), finalidades similares (p. ej., satisfacción de necesidades de interés general), economías de red, necesidades de derechos de vía o de paso, temas de interconexión (p. ej., ferrocarriles). Al ser un regulador multisectorial se dice que se reduce el riesgo de captura regulatoria. También permite reducir los costos de operación regulatorios, toda vez que no se hace necesario pagar reguladores para cada sector. Una desventaja del regulador multisectorial es que se enfrenta al hecho de que las telecomunicaciones son un sector dinámico en extremo, por lo que requiere de una actualización constante e innovadora, en tanto que otras áreas no tienen esa evolución permanente. De manera adicional, los empleados del regulador, al tener facultades sobre múltiples sectores, no pueden alcanzar la especialización necesaria para atender oportuna y adecuadamente los proyectos de cada área.

Reguladores con facultades de competencia económica. Independientemente de que el órgano regulador sea sectorial, convergente o multisectorial, puede tener o no facultades para determinar si un agente económico es dominante (es decir, con poder sustancial en el mercado

relevante) o si se están cometiendo prácticas monopólicas, ya sean absolutas o relativas. Las ventajas que tiene el hecho de que el órgano regulador de telecomunicaciones sea también la autoridad en competencia económica para este sector son que tiene la especialización técnica y económica necesaria para resolver de manera más efectiva que una autoridad general de competencia económica. Algunos analistas consideran que esta última atribución no debería asignarse al regulador de telecomunicaciones, en particular lo relativo a la investigación y determinación de prácticas monopólicas.

Unipersonales o de órganos colegiados. Las máximas decisiones del órgano regulador pueden estar a cargo de una sola persona o de varias que actúen de manera colegiada. Si es un órgano colegiado (p. ej., pleno de una comisión, una junta directiva o un consejo), se puede contar con personas de perfil y experiencia distintos que aporten visiones también distintas para solucionar los retos del sector. En un órgano colegiado los debates enriquecen la resolución final del regulador, aun cuando se tarde más tiempo en resolver en comparación a si la decisión dependiera de una sola persona. Con un órgano colegiado la captura del regulador se hace más difícil porque los captadores (el poder público o los agentes regulados) tendrían que incidir en el ánimo de la mayoría de los miembros. Cuando una sola persona es responsable de la regulación es posible asegurar una visión única y soluciones más rápidas, aunque también hay mayor riesgo de una captura regulatoria, ya sea de parte del poder político o de los agentes del sector. Finalmente, algunos integrantes de los órganos colegiados pueden estar dedicados de tiempo completo al regulador, en tanto que otros podrían hacerlo de manera parcial (p. ej., el caso de la Ofcom de Reino Unido).

4. CONSEJOS CONSULTIVOS

Los consejos, comités o juntas consultivas se han creado con la finalidad de que los entes gubernamentales reciban opiniones en temas específicos por parte de órganos colegiados formados por miembros que representan al ciudadano común o que provienen de grupos, entidades o asociaciones diferentes. Lo ideal es que los consejos consultivos estén integrados por personas que aseguren la pluralidad de las opiniones y la independencia de juicio.

CAPÍTULO III

La integración, funcionamiento y publicidad de los consejos consultivos son parte del éxito o del fracaso de éstos. A continuación se exponen algunas consideraciones relevantes respecto de los integrantes:

- **Miembros.** Éstos deben: (1) tener conocimiento, experiencia o relación con los temas a tratar, (2) poder ejercer un juicio independiente dentro de las deliberaciones y votaciones del consejo, y (3) estar dispuestos a presentar una declaración de intereses. Se debe evitar que personas dedicadas al cabildeo sean miembros de los consejos consultivos.
- **Designación de miembros.** La selección y designación de los miembros de los consejos consultivos deben procurar la pluralidad y la diversidad de puntos de vista, con el fin de proveer al regulador o a la autoridad de recomendaciones y opiniones equilibradas en torno a los asuntos sometidos a su consideración o de aquellos en los que el propio consejo decida pronunciarse. Dicha designación puede realizarse tras una convocatoria pública y abierta para que todos los interesados en formar parte del consejo presenten solicitud; en ésta tendrán que detallar su experiencia en el área o su relación con ella, y habrán de manifestar las razones por las cuales desea y es conveniente su pertenencia al consejo. Asimismo, la designación puede darse por decisión unilateral de una autoridad, lo cual no es lo óptimo porque ésta puede buscar tener un consejo consultivo a modo, así que es preferible la convocatoria pública y abierta a una invitación de la autoridad. Cabe mencionar que algunos consejos incluyen no sólo a miembros de los sectores privado, académico, empresarial y ciudadano, sino a autoridades públicas.
- **Sesiones.** Las sesiones de los consejos consultivos deben ser públicas. Esto implica al menos que: (1) se dé a conocer con la debida anticipación la fecha, hora y lugar de la sesión, así como los temas a tratar, (2) cualquier persona que quiera asistir a escuchar las deliberaciones lo pueda hacer, (3) el sitio sea accesible para personas con discapacidad (p. ej., que haya rampas de acceso) y que existan formatos alternativos (p. ej., subtítulo o traductor en lengua de señas) para que acudan personas con discapacidad y puedan informarse de lo que sucede en la

reunión, (4) los documentos a distribuirse y discutirse sean públicos, y (5) las versiones estenográficas de la sesión, y las recomendaciones y opiniones del consejo, estén disponibles para cualquier persona para consulta. Es conveniente que la sesión se transmita en vivo en línea para evitar que se discrimine a las personas que viven en la ciudad donde se realiza la sesión y a las que están fuera de ella.

- **Relación con la autoridad.** Los consejos se forman para que la autoridad cuente con opiniones independientes de ésta y con ello esté en condiciones de resolver de mejor manera. Por tanto debe haber una estrecha comunicación entre la autoridad y el consejo, sin que ello implique sumisión. Se acostumbra que la propia autoridad ponga a disposición del consejo cierto personal que sirva de enlace y apoye en la operación de aquél. Las recomendaciones de los consejos deben ser tomadas en cuenta por el regulador, o bien, es preciso que se indique expresamente por qué no se siguen. Esto es, las recomendaciones no son vinculantes, pero la autoridad debe pronunciarse respecto de las razones por las cuales no se toman en consideración.
- **Declaración de intereses.** Los consejeros deben presentar una declaración de intereses cuando comienza su encargo y actualizarla periódicamente. Este documento tiene que seguir las mismas reglas impuestas a las demás personas que participan en la función regulatoria dentro del regulador (véase Cap. III, sec. 2).

En EUA los consejos consultivos federales, cualquiera que sea su denominación, están regidos por la Federal Advisory Committee Act;¹³⁶ se consideran “medios útiles y beneficiosos para proporcionar consejo experto, ideas y opiniones diversas al gobierno federal”.¹³⁷ Los consejos son de opinión. El Congreso estadounidense y el público deben ser informados acerca de los miembros, actividades, propósito y costos de los consejos.¹³⁸ El Ejecutivo federal está obligado a reportar al Congreso las acciones emprendidas con base en las recomendaciones

136 5 U S C Appendix - Federal Advisory Committee Act

137 “[committees, boards, commissions, councils, and similar groups are] a useful and beneficial means of furnishing expert advice, ideas, and diverse opinions to the Federal Government” Federal Advisory Committee Act, sección 2(a) [traducción de la autora]

138 5 U S.C. Appendix - Federal Advisory Committee Act, sección 2(b) 5 y 6.

CAPÍTULO III

hechas por los consejos, o explicar por qué no se tomaron en cuenta esas consideraciones.¹³⁹

Es conveniente que los miembros de los consejos sean seleccionados con miras a un equilibrio de puntos de vista. De igual modo debe asegurarse que los consejos funcionen con independencia de juicio y de que no haya posibilidad de que sean influenciados indebidamente por la autoridad u otro interés específico.¹⁴⁰ El presidente Barack Obama estableció la prohibición de que cabilderos a nivel federal (quienes por ley están obligados a registrarse como tales) sean miembros de consejos consultivos.¹⁴¹

Mi administración está comprometida a reducir la influencia indebida de los intereses especiales que por mucho tiempo han determinado la agenda nacional y han ahogado las voces de los americanos comunes. Los intereses especiales ejercen esta influencia desproporcionada, en parte, basándose en los cabilderos que tienen acceso especial que no está disponible a todos los ciudadanos. Aun cuando los cabilderos pueden en ciertas ocasiones jugar un rol constructivo al comunicar información al gobierno, sus servicios en posiciones privilegiadas dentro de la rama ejecutiva pueden perpetuar una cultura de acceso de los intereses especiales que estoy comprometido a cambiar.¹⁴²

En EUA se debe proveer personal para el consejo y los fondos para las sesiones.¹⁴³ Los miembros deben recibir una compensación de acuerdo con las responsabilidades y cualificaciones requeridas para sus funciones.¹⁴⁴ Las sesiones están abiertas al público y son accesibles a per-

139 5 U.S.C. Appendix - Federal Advisory Committee Act, sección 6(b).

140 5 U.S.C. Appendix - Federal Advisory Committee Act, sección 5(b).

141 Obama, Barack, *Lobbyists on Agency Boards and Commissions*, memorándum del presidente de EUA Barack Obama, 18 de julio de 2010.

142 "My Administration is committed to reducing the undue influence of special interests that for too long has shaped the national agenda and drowned out the voices of ordinary Americans. Special interests exert this disproportionate influence, in part, by relying on lobbyists who have special access that is not available to all citizens. Although lobbyists can sometimes play a constructive role by communicating information to the government, their service in privileged positions within the executive branch can perpetuate the culture of special interest access that I am committed to changing", Obama, Barack, op. cit., nota 141 [traducción de la autora].

143 5 U.S.C. Appendix - Federal Advisory Committee Act, sección 5(b)5.

144 5 U.S.C. Appendix - Federal Advisory Committee Act, sección 7(d)1.

sonas con discapacidad. En el *Federal Register* se publica el aviso de las sesiones. Las personas que tengan interés pueden además presentar documentos, manifestaciones y hacer declaraciones ante los consejos. Todos los documentos de trabajo –reportes, minutas, proyectos, agenda, etc. – son públicos, salvo que exista razón justificada y circunstanciada para su reserva. En estos casos, el consejo debe reportar cada año los temas que fueron reservados. Se levantará minuta detallada de cada sesión.¹⁴⁵

En la actualidad, para la FCC existen diversos consejos consultivos: el del consumidor (*Consumer Advisory Committee*), el técnico (*Technical Advisory Committee*), el de seguridad, confiabilidad e interoperabilidad de las comunicaciones (*Communications Security, Reliability and Interoperability Council*), el de acceso de emergencia (*Emergency Access Advisory Committee*), el de la Conferencia Mundial de Radiocomunicación 2015 (*WRC-15 Advisory Committee*) y el relativo a internet abierto (*Open Internet Advisory Committee*).

En México, cuando se creó la Cofetel se contempló que tuviera un Consejo Consultivo como órgano propositivo y de opinión para realizar estudios de telecomunicaciones y coadyuvar en el trabajo de la Comisión. Para ser consejero, uno de los requisitos era representar a una institución académica o a una cámara de industria, o bien ser una persona de reconocido prestigio en el ámbito de las telecomunicaciones, y recibir la invitación del Secretario de Comunicaciones y Transportes, quien tenía que haber escuchado la opinión del Presidente de la Cofetel¹⁴⁶ (véase Cap. III, sec. 6.4). La Reforma Constitucional de 2013 señala que el Ifotel contará con un Consejo Consultivo “integrado por miembros honorarios y encargado de fungir como órgano asesor en la observancia de los principios establecidos en los artículos 6o. y 7o. constitucionales”.¹⁴⁷

5. ACTIVIDAD REGULATORIA

Si bien la orientación del sector de las telecomunicaciones es la de un mercado abierto a la competencia, también es cierto que los agentes económicos realizan prácticas anticompetitivas o hacen uso indebido de su poder de mercado. La actividad regulatoria en materia

145 5 U.S.C. Appendix - Federal Advisory Committee Act, sección 10.

146 Artículo Sexto, párrafo segundo, del Decreto de Creación de la Cofetel

147 Artículo Tercero, fracción IX, transitorio de la reforma constitucional de 2013

CAPÍTULO III

de telecomunicaciones tiene un lugar preponderante si se considera que para prestar servicios en ese campo muchas veces deben usarse recursos de las redes de otros operadores e interconectarse, en tanto que la calidad del servicio final puede afectarse por una deficiente calidad de transmisión de la red de un competidor. La actividad regulatoria en telecomunicaciones pretende eliminar prácticas contrarias a la competencia, proveer acceso a recursos esenciales eliminando desde el principio barreras artificiales, así como inducir conductas pro-competencia que de otra manera los agentes del mercado por sí solos no realizarían.

La actividad regulatoria se pone en práctica mediante actos jurídicos catalogables como materialmente legislativos, ejecutivos y judiciales. Los primeros son disposiciones administrativas generales, también conocidas como regulación, que, por ejemplo, adoptan la forma de reglamentos, reglas o planes, etc. Los segundos abarcan las concesiones, permisos y autorizaciones otorgadas, los actos de supervisión y verificación, y las sanciones impuestas, entre muchos otros. Los actos materialmente judiciales o jurisdiccionales tienen que ver básicamente con la resolución de disputas entre agentes regulados, como las resoluciones del órgano regulador sobre desacuerdos de interconexión.

La regulación, como término genérico, tiene muchas implicaciones, como lo señala la OCDE refiriéndose a los sectores energético, financiero, de agua y de telecomunicaciones en México:

Las autoridades regulatorias están en sectores económicos clave que son esenciales para que México realice de manera total su potencial para un fuerte crecimiento económico de largo plazo y para mejorar las condiciones de vida de su población. Esto requiere atraer nueva inversión, incrementar la atención a las necesidades de los consumidores y modernizar la eficiencia económica a fin de promover el acceso a los servicios. Por lo que es fundamental establecer un marco regulatorio que proporcione estabilidad, así como que genere los incentivos adecuados a la actividad económica y fomenten la credibilidad y transparencia en consultas con el sector privado.¹⁴⁸

148 "The regulatory authorities deal with key economic sectors that are essential for Mexico to fully realize its potential for strong long-term economic growth and for improving the living conditions of the population. This requires attracting new investment, increa-

5.1. Principios

Los principios de la actividad regulatoria más importantes son:

- La *objetividad*, para que cada acto regulatorio cumpla con los objetivos preestablecidos.
- La *imparcialidad*, cuyo propósito es beneficiar el interés público y la máxima satisfacción de necesidades sociales. Este principio comprende el que las decisiones del órgano regulador no pueden estar motivadas por intereses particulares.
- La *no discriminación* entre los agentes del mercado, para lo cual es importante la existencia de uniformidad y previsibilidad en el actuar del órgano regulador, en circunstancias de equidad. En este sentido es importante la elaboración de criterios por parte del regulador para generar certidumbre. Asimismo, es menester que los precedentes y los casos resueltos por el regulador sean públicos, de tal suerte que el mercado pueda conocer los criterios y la visión del regulador ante supuestos concretos.
- La *neutralidad tecnológica*, que entraña no obligar ni favorecer o beneficiar, ni impedir la utilización de una tecnología en específico. Este principio es esencial para que las decisiones del regulador, por una parte, no desincentiven u obstaculicen la creatividad e innovación del sector privado, y, por otra parte, no se obligue a los agentes regulados y a los consumidores a adquirir cierta tecnología en detrimento de su libertad de escoger la tecnología que mejor satisfaga sus necesidades.
- La *razonabilidad, adecuación al fin y proporcionalidad*, cuyo propósito es la emisión de una regulación justificada, idónea en relación con el medio seleccionado para lograr el fin y que la regulación adoptada sea la menos restrictiva de derechos y libertades

sing responsiveness to consumers' needs and streamlining economic efficiency in order to promote access to services. Establishing a regulatory framework that gives stability as well as proper incentives to economic activity and fosters trust and transparency in consultation with the private sector is fundamental in this process", OCDE, *OECD reviews of regulatory reform Mexico (2004)*, op. cit., nota 127, p. 30 [traducción de la autora]

CAPÍTULO III

de los particulares. Este principio también es conocido como de proporcionalidad, y obliga a que la autoridad considere los costos-beneficios de su actuar y elija aquella regulación o acto que reporte mayores beneficios e implique menores costos al particular.¹⁴⁹

- La *transparencia y publicidad*, para evitar que la actividad regulatoria se vea afectada por presiones políticas o de los agentes del mercado. Asimismo, este principio sirve para cumplir con el derecho a la información y la rendición de cuentas.

5.2. Riesgos regulatorios y captura

Los riesgos regulatorios son de naturaleza variada. Si no se realiza un análisis objetivo y completo de la situación que guarda el mercado, puede expedirse una regulación dañina. En numerosas ocasiones estos casos no son tan evidentes. Por ejemplo, pueden ser medidas populares de corto plazo o que pretenden ayudar a empresas estratégicas o de connotación política. Además, la fragmentación de procesos dentro del órgano regulador o en relación con el ministerio puede originar dilación e incluso parálisis regulatoria.¹⁵⁰

149 Este principio en muchas ocasiones es olvidado o pasado por alto por las autoridades, que, en su condición de tales, consideran que pueden regular o resolver asuntos aun cuando los costos para los particulares sean elevados. Sin embargo, este principio exige que el regulador haga un análisis y busque los medios menos gravosos para lograr la finalidad que persigue. Existen infinidad de casos que van desde asuntos muy complejos hasta los más sencillos; por ejemplo, si la autoridad requiere cierta información sobre el número de usuarios del concesionario, debiera permitir que éste envíe la información por correo electrónico en lugar de obligarlo a presentar un escrito en las oficinas del regulador, lo que implica para el particular costos innecesarios, además de desproporcionados respecto del fin perseguido

150 La fragmentación de procesos y la llamada doble ventanilla en México ha sido un lastre; en lo que atañe a las telecomunicaciones, las facultades se plasmaron divididas entre la Cofetel y la SCT. Con la Reforma Constitucional de 2013, el Iftel tendrá que solicitar para algunos casos la opinión de la SCT y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que la deben emitir en un plazo no mayor de 30 días. Si no lo hacen, habrán perdido su derecho a opinar. Si lo hacen, la opinión de todos modos es no vinculante. La gran crítica a este esquema impuesto en la reforma de 2013 es que resulta incongruente decir que el Iftel es un órgano constitucional autónomo y al mismo tiempo exigirle obtener estas opiniones. Adicionalmente, se está obligando a mantener una estructura burocrática en la SCT para emitir esas opiniones, que ni siquiera son vinculantes.

El riesgo más grave es la captura del regulador, que se manifiesta de distintas maneras. La principal ocurre cuando aquél tiene vínculos evidentes, se identifica o sirve a los intereses de los agentes del mercado. La captura del regulador puede ser en extremo sutil, sobre todo cuando hay una identidad de puntos de vista entre el regulador y los agentes regulados. Un regulador debe comprender la visión de los regulados y es una buena práctica tener reuniones con ellos; pero entre sus funciones también está la de considerar las necesidades y puntos de vista de los consumidores, así como buscar equilibrios a partir de los objetivos de política pública de largo plazo. La captura del regulador se presenta más en los órganos reguladores de un solo sector económico (p. ej., el de las telecomunicaciones) y se agudiza cuando el personal del regulador tiene expectativas de integrarse, directa o indirectamente, con algún agente de la industria.

Las atribuciones legales por sí solas no son siempre suficientes para garantizar el uso eficiente de esas facultades, [en especial] si la agencia [órgano regulador] está sujeta a influencia externa del gobierno o de la industria regulada. [Es por eso que] la agencia necesita estar respaldada por garantías institucionales adicionales como el tener asegurados recursos financieros o tener disposiciones contra conflictos de intereses del personal de nivel superior.¹⁵¹

La captura del regulador puede darse por la saturación de trámites y asuntos dentro de su ámbito de atribuciones. Si no tiene personal suficiente para atender y resolver de manera oportuna los casos que recibe, queda entonces en riesgo de quedar capturado y podría incluso entrar en parálisis. A veces los agentes regulados (particularmente los dominantes) buscan intencionalmente la parálisis del regulador inundándolo de trámites y gestiones cuya única finalidad es distraer su atención de los temas más apremiantes para el sector.

151 “() Legal attributions alone are not always sufficient to guarantee the efficient use of these powers if the agency is subject to external influence by the government or by regulated industry. They need to be backed by additional institutional guarantees, in terms of secure financial resources, or provisions against conflicts of interest for senior staff”, OCDE, *OECD reviews of regulatory reform Mexico (2004)*, op. cit., nota 127, p. 135 [traducción de la autora].

CAPÍTULO III

6. EJEMPLOS DE ÓRGANOS REGULADORES

6.1. *EUA-Federal Communications Commission*

La FCC de EUA es la veterana de los órganos reguladores: fue creada en 1934 como sucesora de la Federal Radio Commission. Es un regulador convergente, pues tiene facultades en telecomunicaciones, radio y televisión abierta, y contenidos. Asimismo, cuenta con facultades limitadas en el área de competencia económica (p. ej., autorizar la fusión de dos compañías telefónicas, o bien declarar que cierta empresa es dominante en un mercado). El Departamento de Justicia es el que tiene facultades plenas en dicho ámbito.

La FCC es una agencia administrativa independiente que le reporta de manera directa al Congreso. Está a cargo de un órgano colegiado que integran cinco comisionados designados por el presidente del país y ratificados por el Congreso. Por disposición legal, nunca puede haber más de tres comisionados del mismo partido político en la FCC,¹⁵² y para ser nombrados deben estar libres de conflictos de intereses financieros con el sector regulado.¹⁵³ Además, la Sunshine Act prohíbe que tres o más comisionados se reúnan para deliberar sobre algún asunto de la FCC, a menos que la reunión sea pública y convocada con siete días de anticipación.¹⁵⁴

La FCC está obligada a llevar procedimientos específicos antes de emitir regulaciones o establecer reglas (véase Cap. XII, sec. 1.3). Tiene diversos consejos consultivos y, en conjunto con la National Telecommunications and Information Administration (NTIA), decide las frecuencias reservadas para uso gubernamental. Esta última instancia es la que administra las asignaciones de espectro para el gobierno y determina la política presidencial en aspectos de telecomunicaciones.

6.2. *Alemania-Bundesnetzagentur*

El caso de Alemania muestra la evolución de la organización administrativa y regulatoria hacia una mayor autonomía, además de que a la autoridad reguladora se le otorgó competencia en otros sectores económicos.

152 47 U.S.C. 154 (b)(5).

153 47 U.S.C. 154 (b)(2).

154 Cfr. EUA, *Sunshine Act*, 5 U.S.C. 522b.

Antes de la creación del órgano regulador, el Ministerio para el Servicio Postal y las Telecomunicaciones (*Bundesminister für Post und Telekommunikation*) estaba a cargo del operador de telecomunicaciones Deutsche Telekom y de la regulación de las telecomunicaciones. En 1998 se creó el órgano regulador denominado *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*, encargado de las telecomunicaciones y del servicio postal, respondiendo aún ante un ministerio de gobierno. En 2005 se creó el Agencia Nacional de Redes (*Bundesnetzagentur*) como una autoridad federal superior independiente dentro del sector del Ministerio Federal de Economía y Tecnología.

La *Bundesnetzagentur* es un regulador multisectorial, pues tiene competencia en telecomunicaciones, correo, electricidad, gas y ferrocarriles, así como en firma electrónica. En su ámbito, las decisiones son adoptadas por las “Cámaras Reguladoras”. Hay nueve de éstas y cada una resuelve sobre sectores y temas específicos (p. ej., la Cámara Reguladora 1 decide en materia de servicio universal de telecomunicaciones y de servicios postales, así como en materia de recursos de espectro radioeléctrico; la Cámara Reguladora 3 se encarga de regulación sobre mercados mayoristas de telecomunicaciones, tanto fijos como móviles).

Los actores y personas interesadas pueden participar en los procedimientos de las Cámaras Reguladoras. Las decisiones que adopten éstas no pueden ser modificadas ni revocadas por el Ministerio de Economía y Tecnología, pero sí pueden ser impugnadas ante los tribunales.¹⁵⁵

6.3. Reino Unido-Ofcom

La Ofcom es el regulador convergente de comunicaciones del Reino Unido, puesto que es responsable de regular las telecomunicaciones fijas y móviles, la radio y la televisión, así como las frecuencias del espectro radioeléctrico, y tiene además facultad en materia de contenidos y en alfabetización de medios (*media literacy*). Fue creada en 2002 como una entidad corporativa que rinde cuentas directamente al Parlamento, integrando las funciones y obligaciones de los cinco reguladores existentes entonces (Of tel de telecomunicaciones, la Agencia de Radiocomunicaciones sobre temas de espectro radioeléctrico, la

155 Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Alemania, www.bundesnetzagentur.de (fecha de consulta: 27 de junio de 2011).

CAPÍTULO III

Autoridad de Radio, la ITC de televisión y la Comisión de Estándares de Radiodifusión). El financiamiento de Ofcom proviene tanto del presupuesto gubernamental como de las tarifas cobradas a la industria por regular las redes de comunicaciones y la radio y televisión abierta.¹⁵⁶

Ofcom partió del esquema tradicional gubernamental para adoptar una estructura similar a la que tienen las empresas que regula. Su máximo órgano de decisión es su junta o consejo, compuesto por personal que se encarga de tiempo completo de la operación de Ofcom, y por personas que fungen como consejeras de tiempo parcial, ya que realizan actividades profesionales/empresariales por su cuenta, fuera de Ofcom.

Los consejeros están sujetos a una extensa política en materia de conflicto de intereses. En el sitio web de Ofcom, cada uno de ellos revela los vínculos que tiene él/ella, su cónyuge e hijos con empresas u organizaciones (aun aquellas sin fines de lucro), toda vez que la imparcialidad, la integridad y los altos estándares profesionales son considerados esenciales. Se busca evitar a toda costa la sospecha de que las decisiones tomadas pudieran haber sido influenciadas por intereses privados.¹⁵⁷

Ofcom cuenta con diversos comités y juntas para su operación, y también para fungir como órganos consultivos. Por ejemplo, está la Junta de Contenido, integrada por miembros con mucha experiencia en radiodifusión y por ciudadanos de a pie con la finalidad de “comprender, analizar y abogar por las voces e intereses del televidente, del radioescucha y del ciudadano”.¹⁵⁸ Por ley tiene el Panel de Consumidor de Comunicaciones y el Comité Asesor de Personas Mayores y de Personas con Discapacidad.¹⁵⁹

6.4. México-Instituto Federal de Telecomunicaciones

En México el primer regulador de las telecomunicaciones fue un órgano desconcentrado de la SCT, sin personalidad y sin patrimonio propios:

156 Ofcom, www.ofcom.org.uk (fecha de consulta: 6 de mayo de 2013).

157 Cfr. Ofcom, www.ofcom.org.uk (fecha de consulta: 6 de mayo de 2013), e infoDev y UIT, op. cit., nota 121, “Case Study Converged Regulator: Ofcom” [6.1.1], <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/PracticeNote.2030.html> (fecha de consulta: 14 de mayo de 2013)

158 Ofcom, <http://www.ofcom.org.uk/about/how-ofcom-is-run/> (fecha de consulta: 6 de mayo de 2013).

159 Ofcom, www.ofcom.org.uk (fecha de consulta: 6 de mayo de 2013).

la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Con la Reforma Constitucional de 2013 se creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones como órgano constitucional autónomo, según se explica más adelante.

Comisión Federal de Telecomunicaciones. Fue constituida mediante el decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones expedido por el presidente Ernesto Zedillo en 1996.¹⁶⁰

El 10 de agosto [de 1996] era la fecha fatal para la apertura a la competencia en larga distancia. Nunca en mi vida he trabajado más que en esos meses. Había pasado la Ley, se habían otorgado concesiones a los entrantes, se habían emitido las reglas para la competencia. Sin embargo nadie había pensado en la agencia reguladora. En vez de quedarme como Subsecretario, me gané la rifa del tigre y el Presidente Zedillo me mandó a Cofetel. El día que se abrió la competencia, perdí mi oficina con peluquería y comedor privado en la Secretaría y me mandaron a un rincón en la torre de telecomunicaciones, donde mi escritorio era una caja de cartón. La Oficialía Mayor me mandó decir que tenía que devolver de inmediato mi computadora. Así fue el inicio de este largo proceso. Sin oficinas, sin comisionados, sin personal, sin presupuesto, sin computadora y por supuesto, sin autonomía.¹⁶¹

La llamada *doble ventanilla* fue establecida por dicho decreto de creación, toda vez que las pugnas internas de la SCT por conservar facultades en la Subsecretaría de Comunicaciones provocaron que se desvirtuara en gran medida la conformación de un regulador con facultades suficientes para ordenar el sector. La doble ventanilla consistió en que la Cofetel compartiera responsabilidades con la SCT: un trámite pasaba por la burocracia tanto de la Cofetel como de la SCT, en perjuicio de la competencia, del dinamismo del sector y de los usuarios.

Cuando se constituyó, la Cofetel era el regulador conforme a la LFT, lo cual implicaba que su competencia se centraba en redes de telecomunicaciones, comunicación vía satélite y espectro radioeléctrico

160 Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones, publicado en el DOF de 9 de agosto de 1996.

161 Casasús, Carlos, *Palabras del Lic. Carlos Casasús, Presidente del Consejo Consultivo en el XVI aniversario del Decreto de Creación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones*, México, D.F., 9 de agosto de 2012.

CAPÍTULO III

(distinto de aquel utilizado para la radio y televisión abierta). No fue sino hasta con las reformas a la LFT y la LFRTV en 2006 cuando se le transfirieron las facultades de radio y televisión abierta (excepto temas de contenidos).¹⁶²

La autonomía de la Cofetel se instituyó formalmente desde que se expidió la LFT, en la que se preveía la creación de un órgano desconcentrado de la SCT “con autonomía técnica y operativa”. Estas mismas palabras fueron replicadas en el decreto de creación. Sin embargo, las resoluciones del pleno de la Cofetel como órgano supremo de decisión podían ser revisadas por el Secretario de Comunicaciones y Transportes cuando un particular presentaba algún recurso de revisión. Ello implicaba que las resoluciones del pleno de la Cofetel podían incluso ser modificadas o revocadas por ese funcionario.

Con las reformas de 2006 se incorporó nuevo lenguaje en relación con la autonomía al referir que la Cofetel “es el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría, con autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México, y tendrá autonomía plena para dictar sus resoluciones”. Adicionalmente, se estableció que la Cofetel tendría “de manera exclusiva las facultades que en materia de radio y televisión le confieren a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes la Ley Federal de Radio y Televisión, los tratados y acuerdos internacionales, las demás leyes, reglamentos y cualesquiera otras disposiciones administrativas aplicables”.¹⁶³ Tampoco estas reformas de 2006 tuvieron como efecto una autonomía de la Cofetel más allá de lo formal.

Dicha autonomía se logró a partir de las interpretaciones judiciales realizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La primera de ellas versó sobre la competencia exclusiva de la Cofetel en materia de radio y televisión abierta.¹⁶⁴ Posteriormente, en 2012, el pleno de la SCJN, al interpretar el alcance de la autonomía de la Cofetel en cuanto a la facultad del Secretario de Comunicaciones y Transportes de resolver los recursos de revisión en contra de resoluciones del pleno de la Cofetel, determinó que la facultad de emitir resoluciones con autonomía

162 Decreto que modifica, adiciona y deroga la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado en el DOF el 11 de abril de 2006.

163 Artículo 9-A fracción XVI de la LFT.

164 SCJN, resolución de la Controversia Constitucional 7/2009, del 24 de noviembre de 2009, publicada en el DOF el 9 de febrero de 2010.

plena era incompatible con el hecho de que el Secretario de Comunicaciones y Transportes estuviera facultado para resolver dichos recursos. Si ese funcionario podía revocar o modificar lo resuelto por el pleno de la Cofetel, implicaría que se estaba arrogando facultades que habían sido conferidas por el legislador a la Cofetel.

Así, la Corte sostuvo que los órganos reguladores se justifican en tanto que intervienen en áreas en las cuales el Estado es rector o bien debe tener un alto perfil. También enfatizó en que al actuar los órganos reguladores como únicos y especializados, se evita la interferencia política, se fortalece a la institución y se mejoran las condiciones para la regulación del sector.¹⁶⁵

Desde la creación de la Cofetel estuvo previsto un Consejo Consultivo integrado por miembros invitados por el titular de la SCT con opinión del Presidente de la Cofetel. La institucionalización del Consejo Consultivo de Cofetel fue complicada desde sus inicios. En algún momento se formó uno que se reunió tan sólo un par de veces y que durante varios años fue inexistente. En 2006 se creó uno que más bien pareció una comisión intersecretarial. En 2008 se organizó otro más que no produjo recomendaciones prácticas. No fue sino a partir de 2011 cuando comenzó la institucionalización real del Consejo Consultivo.

El Consejo formado en 2011 bajo el liderazgo de Carlos Casasús, a la sazón presidente del organismo, impulsó cambios radicales respecto de la manera en que se habían concebido los anteriores consejos: se privilegiaron la transparencia y la independencia de opiniones; las sesiones, actas y recomendaciones fueron públicas; se realizaron versiones estenográficas de las sesiones, y éstas fueron transmitidas en línea.

Para más información sobre la historia, facultades, resoluciones judiciales y otros aspectos relevantes de la Cofetel consúltese Telecomunicaciones y sociedad.¹⁶⁶

Instituto Federal de Telecomunicaciones. La autonomía máxima otorgada a un ente público por el Estado mexicano se efectúa mediante la figura de órgano constitucional autónomo. Éste no pertenece ni al Poder Ejecutivo, ni al Poder Legislativo, ni al Poder Judicial. La Refor-

165 SCJN, sentencia del 27 de febrero de 2012 del pleno de la SCJN en el amparo en revisión 240/2011. La misma argumentación fue reiterada en las sentencias del 6 de marzo de 2012 del pleno de la SCJN en los amparos en revisión 190/2011 y 644/2011.

166 Álvarez, Clara Luz, "Cofetel: creación, evolución y desafíos judiciales", *Telecomunicaciones y sociedad*, <http://telecomysociedad.blogspot.mx/2013/05/cofetel-creacion-evolucion-y-desafios.html>

CAPÍTULO III

ma Constitucional de 2013 estableció la creación del Instituto Federal de Telecomunicaciones como un organismo de esa naturaleza. Se le dieron facultades como regulador convergente (incluyendo lo relativo a contenidos) e inclusive en competencia económica, con un órgano colegiado como la autoridad máxima de decisión.

Si bien se le otorga la autonomía constitucional al Iftel, algunas decisiones requerirán de la opinión previa tanto de la SCT como de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Dichas opiniones, sin embargo, no serán vinculantes, y si esas dependencias no las emiten en un plazo de 30 días, el Iftel puede continuar sus trámites sin ellas.

Una contradicción evidente es el hecho de que, por una parte, la Reforma Constitucional de 2013 haya establecido al Iftel como órgano constitucional autónomo, y, por otra exija, que se pidan opiniones a dependencias del Ejecutivo federal. Esto genera una burocracia innecesaria, en especial en la SCT, porque se supone que con esa autonomía el Iftel sería el ente experto en telecomunicaciones del Estado mexicano. Así pues, el trámite referido se estipuló sin la expresión de una racionalidad convincente, ni en la exposición de motivos de la reforma de 2013 presentada por el presidente Enrique Peña Nieto, ni en los dictámenes de la Cámara de Diputados y del Senado.¹⁶⁷

El objeto del Iftel es el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones en el país. Para ello, debe regular, promover y supervisar el uso del espectro radioeléctrico, las redes y los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como el acceso a la infraestructura activa y pasiva y a otros insumos esenciales. Asimismo, el Iftel recibió todas las facultades en materia de competencia económica para los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones (p. ej., determinar la dominancia, investigar y combatir prácticas monopólicas, resolver sobre concentraciones).

167 Para más análisis de este aspecto consúltese Álvarez, Clara Luz, "Reflexiones sobre el Dictamen en telecomunicaciones aprobado por la C. de Diputados (2 de abril de 2013)" presentadas ante la fracción parlamentaria del Partido de la Revolución Democrática en el Senado el 2 de abril de 2013, *Telecomunicaciones y Sociedad*, <http://telecomysociedad.blogspot.mx/2013/04/reflexiones-sobre-el-dictamen-en.html>, y "Reflexiones ante el Senado sobre el Dictamen de reforma constitucional en telecomunicaciones y competencia económica aprobado por la Cámara de Diputados [presentadas el 10 de abril de 2013]" presentadas ante las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Estudios Legislativos, de Comunicaciones y Transportes y de Radio, Televisión y Cinematografía del Senado de la República en los Foros Públicos para analizar la Minuta en Telecomunicaciones el 10 de abril de 2013, *Telecomunicaciones y Sociedad*, telecomysociedad.blogspot.mx/2013/05/reflexiones-ante-el-senado-sobre-el.html.

ORGANOS REGULADORES

El Iftel emitirá su propio estatuto orgánico, ejercerá su presupuesto de forma autónoma, presentará anualmente un programa de trabajo y rendirá trimestralmente un informe de actividades al Poder Ejecutivo y al Legislativo. Sus sesiones, acuerdos y resoluciones serán públicos, salvo las excepciones establecidas en ley.

El órgano de gobierno del Iftel estará integrado por siete comisionados. Para ser comisionado se requiere: (1) ser mexicano por nacimiento; (2) ser mayor de 35 años; (3) tener buena reputación; (4) tener un título profesional; (5) haberse desempeñado en forma destacada al menos por tres años en materias afines a la radiodifusión y las telecomunicaciones; (6) pasar un examen de conocimientos; (7) no haber sido durante el año previo al nombramiento secretario de Estado, procurador General de la República, senador, diputado federal o local, o gobernador de alguna entidad federativa, y (8) no haber ocupado en los últimos tres años un cargo o función directiva en empresas concesionarias o de las entidades relacionadas a éstas que se hallen sujetas a regulación del Ifetel.

Un Comité de Evaluación integrado por los titulares del Banco de México, del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y del Instituto Nacional de Estadística y Geografía aplicará el examen de conocimientos a los aspirantes y propondrá al Presidente de la República una lista de candidatos con quienes hayan obtenido las calificaciones aprobatorias. El Presidente tiene la prerrogativa de seleccionar a quien le parezca el mejor candidato y presentarlo para ratificación al Senado, lo que podrá concretarse con por lo menos dos terceras partes de los senadores presentes.

El Iftel tendrá, entre otras facultades, las siguientes:¹⁶⁸

- Expedir disposiciones administrativas de carácter general para regular la radiodifusión y las telecomunicaciones.
- Otorgar y revocar concesiones, así como autorizar cesiones o cambios de control en sociedades relacionadas con concesiones de radiodifusión y telecomunicaciones. En estos supuestos, el Iftel tendrá que solicitar una opinión previa a la SCT, que deberá expedirse en un plazo de 30 días y será no vinculante. Cuando se trate de revocación de concesiones, también debe notificar al

168 Artículos 28 de la Constitución, y Décimo Primero, Décimo Cuarto y Décimo Séptimo transitorio de la Reforma Constitucional de 2013.

CAPÍTULO III

Ejecutivo federal para que ejerza las atribuciones necesarias a fin de garantizar la continuidad de la prestación de servicios.

- Fijar contraprestaciones por el otorgamiento de concesiones y la autorización de servicios concesionados. En estos casos, el If-tel debe solicitar una opinión previa a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que tendrá que expedirse en 30 días y será no vinculante.
- Llevar un Registro Público de Concesiones.
- Resolver los desacuerdos en materia de la tarifa de retransmisión de contenidos, salvo la materia electoral.
- Vigilar el cumplimiento de los tiempos máximos para la transmisión de mensajes comerciales en radio y televisión.
- Realizar las acciones necesarias para contribuir con los objetivos de la política de inclusión digital universal del Ejecutivo federal, el Plan Nacional de Desarrollo y demás instrumentos programáticos de radiodifusión y telecomunicaciones.
- Participar con el Ejecutivo federal en la instalación de una red pública compartida de telecomunicaciones que impulse el acceso efectivo de la población a la comunicación de banda ancha y a los servicios de telecomunicaciones.
- Determinar a agentes económicos con poder dominante en el mercado y establecerles regulación asimétrica.
- Imponer límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, así como al concesionamiento y a la propiedad cruzada de medios de comunicación de radiodifusión y telecomunicaciones.
- Ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones.
- En materia de competencia económica en el sector de radiodifusión y telecomunicaciones, las que estén previstas en las leyes)

ÓRGANOS REGULADORES

(determinar la dominancia de un agente económico, investigar y sancionar prácticas monopólicas absolutas y relativas, resolver sobre la concentración entre agentes económicos). Véase Cap. VII.

En los procedimientos que se sigan en forma de juicio (p. ej., desacuerdos de interconexión), existirá una separación entre los funcionarios públicos involucrados en la etapa de investigación y aquellos que resuelven en definitiva.

En lo que toca a las normas generales, actos y omisiones del Iftel no se podrán interponer recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales; sólo procederá el juicio de amparo indirecto sin derecho a obtener la suspensión del acto reclamado.¹⁶⁹ Se argumentó que esta prohibición lisa y llana obedecía a que en el sector de las telecomunicaciones los gobernados habían abusado del juicio de amparo y de la suspensión para evitar que se hicieran efectivas las decisiones de la autoridad.

Aun cuando lo anterior haya sido cierto, el acceso a la justicia quedó limitado al eliminarse la posibilidad de que los gobernados obtengan la suspensión con el amparo. La Constitución está para garantizar los derechos de los ciudadanos y no para proteger al poder político. Con esta prohibición generalizada para el otorgamiento de la suspensión se presupone que el Iftel jamás será arbitrario, que sus actos u omisiones nunca serán de imposible reparación y que la suspensión en cualquier acto u omisión del Iftel traería un perjuicio al interés público y social. Es probable que la prohibición referida sea contraria al acceso a la justicia protegido por la Constitución y los tratados de derechos humanos de los que México es parte. La prohibición a la suspensión en el amparo pudo haberse limitado a temas de aspecto radioeléctrico, de interconexión y de competencia económica por su vínculo estrecho con el interés público.

Por último hay que decir que el Iftel tendrá un Consejo Consultivo de miembros honorarios que fungirá como órgano asesor.¹⁷⁰ ▀

169 Artículo 28 de la Constitución

170 Artículo Tercero transitorio, fracción IX de la Reforma Constitucional de 2013.