

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y TELECOMUNICACIONES. INICIA UNA NUEVA ÉPOCA

Miguel FLORES BERNÉS*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Principales cambios en materia de competencia económica aplicables a todos los sectores económicos.* III. *Principales cambios en materia de mayor competencia en telecomunicaciones.* IV. *Conclusión.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Las reformas constitucionales en materia de telecomunicaciones y competencia pueden ser el inicio de una nueva era en la que se den cambios normativos para mejorar los mercados mexicanos con problemas estructurales. Esta reforma es producto del denominado “Pacto por México”, instrumento de negociación política implementado por el Ejecutivo Federal y las dirigencias del Partido Acción Nacional, el Partido Revolucionario Institucional y el Partido de la Revolución Democrática.

La reforma tiene como base modificaciones y adiciones a los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) con relación al reconocimiento del derecho al libre acceso a la información y derecho a la libertad de difusión,¹ así como al derecho de acceso a tecnologías de la información y servicios de radiodifusión y teleco-

* Comisionado en la Comisión Federal de Competencia. Las opiniones son personales.

¹ Así se aprecia en el tercer párrafo, primera página, de la Iniciativa de reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia, del 11 de marzo de 2013: “... dicho acuerdo se coincidió en la necesidad de legislar en las materias de radiodifusión, telecomunicaciones, a fin de garantizar su función social y modernizar al Estado y la sociedad, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, así como para fortalecer las facultades de la autoridad en materia de competencia económica...”, en http://pactopormexico.org/reformatelecomunicaciones/Iniciativa_Reforma_Constitucional_Telecom.pdf

municaciones, incluidos los de banda ancha e internet. Hay temas en este aspecto muy relevantes por su posible impacto en la libertad de expresión; no obstante, en este documento nos referiremos, principalmente, a las reformas que atañen al tema específico de competencia económica, incluyendo los relacionados con la apertura de mercados en las telecomunicaciones y la radiodifusión. Se buscará enfatizar los principales retos que se afrontarán para poder implementar estas reformas que crean a la Comisión Federal de Competencia Económica (CFCE) y al Instituto Federal de Telecomunicaciones (Ifetel).

La Comisión Federal de Competencia (CFC) fue el órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía, encargado de combatir las prácticas monopólicas y concentraciones perniciosas en México, y ya había señalado en diversos estudios que muchos mercados mexicanos cuentan con estructuras oligopólicas o con agentes con poder sustancial de mercado.² La consecuencia de esas estructuras es, por supuesto, que en muchas ocasiones los precios, el abasto y la innovación no están sujetos a una competencia que favorezca la eficiencia, sino más bien quedan al arbitrio de un solo jugador en el mercado o a la interrelación entre muy pocos jugadores. Algunos ejemplos de estos mercados son: gas L.P., bebidas carbonatadas, harina de maíz, leche, fórmulas lácteas infantiles, gases medicinales, materiales de construcción, transporte aéreo, industria panificadora, industria avícola, cerveza, entre otros muy relevantes.

Si bien el problema de concentración es común a muchos mercados, es claro que los redactores de la reforma tenían en mente principalmente la apertura y regulación de los sectores de las telecomunicaciones y la radiodifusión (televisión y radio), donde la CFC declaró en diversas resoluciones que existen agentes económicos con poder sustancial de mercado; en telecomunicaciones es clara la dominancia de Telcel y Telmex,³ y en televisión

² Se entiende por poder sustancial de mercado la capacidad de un agente económico para determinar el precio y abasto en un mercado relevante sin que sus competidores (o los consumidores) puedan contrarrestar dicho poder.

³ Por ejemplo, en la declaratoria tramitada bajo el número de expediente DC-003-2007, en el mercado de terminación de llamadas en redes de telefonía fija. Para mayor referencia consultar la resolución en su versión pública, disponible en: <http://www.cfc.gob.mx/cfcreoluciones/DOCS/Procesos%20de%20Privatizacion%20y%20Licitaciones/V115/230/1229213.pdf>, así como en la declaratoria tramitada bajo el número de expediente DC-004-2007, sobre mercados mayoristas de servicios de originación de tráfico público conmutado de voz, mediante redes públicas de telecomunicación que prestan el servicio local fijo. Se recomienda consultar la versión pública, disponible en <http://www.cfc.gob.mx/cfcreoluciones/DOCS/Procesos%20de%20Privatizacion%20y%20Licitaciones/V116/230/1229425.pdf>.

abierto Grupo Televisa⁴ y Televisión Azteca resultan los únicos participantes relevantes a nivel nacional.⁵ También es claro que estas empresas en los últimos años han buscado entrar a mercados en los que no han tenido participación, lo que ha causado conflictos entre las mismas.

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) de 1992 fue un instrumento importante derivado de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, para impulsar los cambios en los diversos mercados. La LFCE ha sido reformada en varias ocasiones, teniendo dos reformas importantes en 2006 y 2011, con objeto de fortalecer la competencia en México. Los frutos de estas reformas apenas se empezaban a notar en 2013, pero los problemas entre las empresas de telecomunicaciones y radiodifusión —sectores que afectan a todos los consumidores y que son sensibles para la población— impulsaron estos cambios necesarios para acelerar el paso al máximo. Es posible afirmar que si bien las reformas tienen un mensaje de cambio en todos los sectores económicos, el que se haya centrado en dos mercados (telecomunicaciones y radiodifusión) implicó la incorporación de medidas que bien pudieran haber sido contempladas en leyes secundarias.

II. PRINCIPALES CAMBIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA APLICABLES A TODOS LOS SECTORES ECONÓMICOS

1. *Interpretación constitucional del objetivo del derecho de la competencia*

El primer cambio es la modificación del cuarto párrafo del artículo 28 de la CPEUM para aclarar que se debe sancionar severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de

⁴ Expediente DE-022-2007, que resolvió la denuncia sobre la negativa a Tele Cable Centro Occidente, S. A. de C. V. (TCCO) para el uso, distribución y difusión de dieciséis señales de televisión privada y abierta, véase la resolución en versión pública en <http://www.cfc.gob.mx/cfresoluciones/Docs/Asuntos%20Juridicos/V22/47/1208635.pdf>.

⁵ Véase la resolución a la CNT-031-2011 por la cual se negó la autorización de la operación notificada, disponible en <http://www.cfc.gob.mx/cfresoluciones/DOCS/Concentraciones/V393/33/1515505.pdf>. Así mismo, ver resolución al RA-043-2012, mediante la cual se condicionó la autorización de la concentración, disponible en <http://www.cfc.gob.mx/cfresoluciones/DOCS/Asuntos%20Juridicos/V51/16/1649226.pdf>.

cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre *sí o para* obligar a los consumidores a pagar precios exagerados.

La novedad estriba en que antes se podía interpretar (y así lo han manifestado algunos promoventes ante la CFC en varios casos) que sólo se deben sancionar las prácticas monopólicas y concentraciones cuando redundan en precios exagerados, pero no necesariamente cuando afectan el proceso de libre competencia. La adición ayuda a aclarar la interpretación, aunque no parece un cambio relevante.

2. *Cambios orgánicos, “autonomía” del Poder Ejecutivo*

El segundo cambio es la transformación de la CFC, de órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía del Ejecutivo Federal en un organismo autónomo constitucional. La justificación es darle “autonomía” en el ejercicio de sus funciones, en razón de la especialización que requieren para resolver los asuntos.

La autonomía se daría frente a los demás poderes primarios, aunque es claro que más bien se trata de darle mayor autonomía frente al Poder Ejecutivo, pues las resoluciones seguirán estando sujetas a revisión del Poder Judicial y se dan al Poder Legislativo nuevas facultades de revisión y control del nuevo organismo. En mi opinión, para el caso de la aún CFC, dicha autonomía ya estaba garantizada con los nombramientos escalonados y por diez años de los comisionados.

La nueva CFCE se integrará por siete comisionados (dos más que la actual), designados a través de un procedimiento novedoso y complicado, que incluye examinar a los aspirantes que cumplan determinados requisitos. Los que aprueben el examen podrán ser propuestos por el Ejecutivo Federal para ratificación en el Senado de la República.⁶ En congruencia con ese

⁶ Se establece un sistema de nombramientos novedoso en nuestro orden jurídico para este tipo de órganos, en el que no sólo intervienen los poderes Ejecutivo y Legislativo, sino que se propone la intervención de los titulares del Banco de México, del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, creado recientemente mediante la reforma constitucional en materia educativa, y del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, quienes integrarán un comité de evaluación, al que corresponderá emitir una convocatoria pública para cubrir la vacante respectiva y realizar un examen de conocimientos en la materia, para cuya formulación deberá considerar la opinión de cuando menos dos instituciones de educación superior. El comité de evaluación, por cada vacante, enviará al Ejecutivo Federal una lista con un mínimo de tres y un máximo de cinco aspirantes que hubieran obtenido las calificaciones aprobatorias más altas, y el Ejecutivo seleccionará de entre esos aspirantes al candidato que propondrá para su ratificación al Senado, que deberá resolver por el voto de las dos terceras partes, dentro del plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de

mecanismo de designación, se reformaría el artículo 78 de la CPEUM para suprimir la facultad de la Comisión Permanente de ratificar los nombramientos de los integrantes del órgano regulador de competencia económica.

Respecto a la existencia de siete comisionados, es de señalarse que no necesariamente es la mejor práctica internacional.⁷ No existe ninguna explicación para aumentar el número de comisionados, siendo que entre más sean los integrantes del pleno, más difícil será alcanzar consensos y se complicará la redacción de resoluciones (que deben incorporar los puntos de vista de todos los comisionados), además que se incrementan los costos operativos de la institución.

El que sólo se exija como requisito un año de separación de puestos políticos para ser comisionado también preocupa, pues estos órganos deben estar integrados por técnicos altamente especializados en la materia y no por personas que representen grupos de interés político.

La reforma prevé que el nuevo titular de la CFCE presente anualmente a los poderes Ejecutivo y Legislativo, un informe de actividades; al efecto, comparecerá ante las cámaras del Congreso en los términos que dispongan las leyes. En este aspecto se pierde de vista que el Pleno se integra de siete comisionados, y que el presidente es un *primus inter pares*, pero no representará a los otros comisionados. Asimismo, es criticable que el nombramiento del presidente sea del Senado y que esté sujeto a un periodo de cuatro años, renovable —con aprobación del propio Senado— por otros cuatro años más. Esta disposición genera incentivos para que el titular del órgano evite tomar decisiones que puedan ser contrarias a intereses políticos que impidan su reelección. La sociedad mexicana en general y las organizaciones no gubernamentales deberán estar muy atentas para evitar estas situaciones. Lo mejor sería que cualquiera que sea titular renuncie a su reelección desde el principio para demostrar que no tendrá influencia política en sus decisiones.

la presentación de la propuesta. En caso de que la Cámara de Senadores rechace al candidato propuesto por el Ejecutivo, éste someterá una nueva propuesta. Este procedimiento se repetirá las veces que sea necesario si se producen nuevos rechazos hasta que sólo quede un aspirante aprobado por el comité de evaluación, quien será designado comisionado directamente por el Ejecutivo. A efecto de garantizar la conformación escalonada de los plenos de ambos órganos, en el régimen transitorio se prevé que los nombramientos de los primeros comisionados concluirán su encargo el último día de febrero de los años 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021. Los comisionados presidentes concluirán su encargo el último día de febrero de 2022. Los comisionados podrán ser removidos por falta grave y por el voto de dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República.

⁷ Es muy variable este tema por país. Las autoridades de Estados Unidos de América (*Federal Trade Commission*), la de Japón, (*Japan Fair Trade Commission*) y la de Italia (*Autorità Garante de la Concorrenza*) tienen cinco comisionados, la autoridad irlandesa sólo cuatro, la autoridad alemana es unipersonal.

En general, se aprecia una mayor autonomía del órgano respecto del Poder Ejecutivo, pero ahora una mayor dependencia del Poder Legislativo, en particular del Senado de la República, quien recibirá informes periódicos, podrá remover a los comisionados y nombrar y reelegir al titular del órgano autónomo.

En materia de transparencia, se indica que las sesiones y acuerdos del Pleno serán públicos, con las excepciones determinadas en la ley. Será difícil tener deliberaciones totalmente públicas, pues en materia de competencia las decisiones se basan en información sensible de las empresas, tales como planes de negocio, participaciones de mercado, sus clientes, entre otros aspectos de carácter confidencial, e incluso estratégico.

Asimismo, se prevé que la ley regule las modalidades conforme a las cuales los comisionados podrán establecer contacto para tratar asuntos de su competencia con representantes de los agentes económicos regulados. Este puede ser un avance positivo, pues se indica que la ley regulará las reuniones *ex parte*, como sucede en los procedimientos judiciales anglosajones y en materia de arbitraje. Este aspecto será algo novedoso en el foro mexicano, donde el Poder Judicial permite a cualquier abogado reunirse con jueces a discutir un asunto, sin la presencia de la contraparte y sin formalidades.

El texto constitucional aclara que deberá existir una separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación (Secretaría Ejecutiva) y la que resuelve (el Pleno) en los procedimientos. Este aspecto ha sido objeto de discusión, e inclusive algunas iniciativas de reforma de ley preveían que los comisionados conocieran de un asunto tanto en la fase de investigación como en el procedimiento seguido en forma de juicio, así como proponer un proyecto de resolución al Pleno y votar el mismo. Es mejor mantener una separación entre la fase de investigación y resolución, pues esto provee de un sistema de balances y equilibrios internos que permiten una mejor defensa de los agentes acusados, quienes podrán presentar pruebas a un Pleno que no esté influenciado por haber participado en la investigación de un asunto. La ley secundaria deberá regular los procedimientos, permitiendo que los comisionados estén enterados de lo que sucede en la fase de investigación, pero que no intervengan en ella, reflejando con claridad esta división interna en todos los procedimientos, tales como sanción de prácticas monopólicas y concentraciones prohibidas, análisis de concentraciones, declaraciones de dominancia (e inexistencia de competencia efectiva en un mercado), así como en opiniones en materia de participación en licitaciones y otorgamiento de concesiones.

La reforma señala que la CFCE ejercerá su presupuesto de forma autónoma y emitirá su propio estatuto orgánico. Estos cambios pueden ser

positivos; pero lo que realmente hará la diferencia es que se otorgue al órgano un presupuesto adecuado para cumplir con su alta responsabilidad. La actual CFC en términos relativos con otras instituciones nacionales y de otros países es pequeña.⁸ Según un estudio aparecido en la *Global Competition Review*, que analiza el personal de las autoridades de competencia con relación al número de habitantes por país, Nueva Zelanda cuenta con un funcionario por cada 53,000 personas; Rusia, uno por cada 54,000 personas, México tiene un funcionario por cada 618,000 personas, por lo que es posible afirmar que la CFC tiene muy poco personal si tomamos en cuenta esta medida.

La nueva institución deberá crecer para cumplir con las expectativas que se tienen de ella. Será muy importante que se aproveche al personal con el que cuenta la CFC (que está capacitado) y que se incremente el número de investigadores y profesionistas que realizan análisis de mercados.

Con las reformas, la CFCE podrá emitir regulación de carácter general. La naturaleza jurídica de esta regulación es interesante, pues se tratará de ordenamientos legales materialmente legislativos (emisión de normas de carácter general y abstracta), siendo que serán emitidas por un órgano constitucional autónomo y, por lo tanto, no ligado a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Estas normas tampoco estarán sujetas al proceso de revisión de análisis costo-beneficio previsto por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. De existir contradicción de estas reglas de carácter general con, por ejemplo, un reglamento de la LFCE que fuera emitido por el Ejecutivo, se tendría que someter la discrepancia a la SCJN.

En relación con esa nueva facultad regulatoria, la CFCE ahora contará adicionalmente con legitimación pasiva y activa respecto a la iniciación de controversias constitucionales en torno a la constitucionalidad de los actos o disposiciones generales del Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión (artículo 105, fracción I, de la Constitución). Lo anterior, en teoría, evitará que se emita regulación incongruente. Recordemos que la controversia busca preservar esencialmente la distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno con estricto apego a la Constitución. Más adelante veremos que a estos nuevos órganos autónomos se les da también la facultad de ordenar medidas para eliminar barreras de entrada a los mercados, y entonces surge la pregunta ¿cómo y a quién se le ordenará la eliminación de barreras? Una vía podría ser el uso de las controversias constitucionales, aunque es de señalarse que se su uso se acotó sólo en contra de

⁸ *Rating Enforcement: Analysis Part 1, Global Competition Review*, mayo 2012, <http://www.globalcompetitionreview.com/surveys/article/31834/analysis-part-1/>

actos del Poder Ejecutivo de la Unión y del Congreso de la Unión, por lo que no podrían contender medidas estatales o municipales.

En general, los cambios orgánicos parecen ir más allá de lo necesario, otorgar autonomía constitucional a la CFCE y al Ifetel no está debidamente motivado ni tiene precedentes en el ámbito internacional. La especialización por materia no podría ser la razón, pues si así fuera entonces habría que hacer autónomas también a otras comisiones, como la Comisión Regulatoria de Energía, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Ahorro del Sistema de Ahorro para el Retiro, o a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, entre otros muchos reguladores sectoriales. Esto nos conduciría probablemente a la “feudalización” del gobierno buscando una equivocada solución a la incapacidad de ejecutar la regulación. Sería un reto para cualquier gobierno operar sin poder coordinar la política pública en tantas materias. De hecho, me parece que será un reto futuro para cualquier gobierno coordinar las políticas públicas sin poder incluir temas de competencia y telecomunicaciones.

El camino de la autonomía constitucional de los reguladores no es el correcto. La reforma que comentamos siguió ese camino, pero hasta ahí se debe llegar. Continuar por esa vía hará muy difícil mantener la gobernabilidad en el país. ¿Qué hacer, entonces? Me parece que lo procedente sería realizar un análisis profundo sobre los reguladores y probablemente crear, en la propia Constitución, la figura del regulador autónomo desde el punto de vista técnico, pero dependiente del Poder Ejecutivo.⁹

3. *Nuevas herramientas, las desincorporaciones*

La nueva CFCE podría estar obteniendo poderosas herramientas para modificar estructuras de mercado oligopólicas o en las que existen operadores dominantes, al tener facultades para ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia, regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

Conforme a la ley vigente, la CFC sólo puede ordenar una desconcentración en esos términos en el caso de concentraciones, según prevé el ar-

⁹ Es la propuesta de Alejandro Faya Rodríguez, *Fortalecer a los reguladores cambiando las reglas del juego en México*, México, Terraza Termita, 2010.

título 19, fracción II, de la LFCE,¹⁰ o cuando ha existido una reincidencia reiterada en la comisión de prácticas monopólicas. Lo anterior, de acuerdo con el artículo 37, también de la LFCE.¹¹

Internacionalmente, el poder de ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos ha sido usado en el Reino Unido para desincorporar el sistema de aeropuertos. Después de un estudio elaborado por la Office of Fair Trade y la Comisión de Competencia del Reino Unido y con el acuerdo de las otras autoridades de competencia que regulan la materia, se ordenó, por ejemplo, la aplicación de remedios estructurales, tales como la venta de los aeropuertos de Gatwick y de Stanssted, así como de un aeropuerto de Escocia a terceros no vinculados con BA, empresa que controlaba siete aeropuertos en el Reino Unido.¹²

El nuevo texto constitucional se presta a interpretaciones. Una podría indicar que sólo se confirman las actuales facultades de la CFC. No obstante, resultaba innecesario modificar el artículo 28 constitucional, para confirmar algo ya existente y que se ha aplicado en el pasado. Pareciera que se trata entonces de una nueva facultad, adicional a las ya existentes. Si es así, la nueva CFCE obtendrá una poderosa herramienta para modificar estructuras de mercado oligopólicas o en las que existen operadores dominantes, sin que medie una violación a la ley o una concentración. La CFCE requerirá criterios claros en la legislación secundaria para implementar esta herramienta. Será importante que la legislación secundaria establezca que antes de aplicarse dichas medidas:

¹⁰ ARTÍCULO 19. Si de la investigación y desahogo del procedimiento establecido por esta ley resultara que la concentración configura un acto de los previstos por este capítulo, la Comisión, además de aplicar las medidas de apremio o sanciones que correspondan podrá:

I. Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que fije la Comisión; o

II. Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda.

¹¹ ARTÍCULO 37. Cuando la infracción sea cometida por quien haya sido sancionado dos veces o más en términos del artículo 35 de esta Ley, la Comisión considerará los elementos a que hace referencia el artículo 36 de esta Ley y en lugar de la sanción que corresponda, podrá resolver la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones, por la parte que sea necesaria para que el agente económico no tenga poder sustancial en el mercado relevante

¹² BAA airports market investigation, A report on the supply of airport services by BAA in the UK, 19 March 2009, Competition Commission 2009, http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=baaa%20divesture%20report%20oft&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CDMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.monckton.com%2Fdocs%2Fgeneral%2FBAAACCReport.pdf&ei=QI1DUZTFHYid2QWu0oGICA&usq=AFQjCNGLMksFGRiQ44bKII2c_rARH4MNHq&bvm=bv.43828540,d.b2U.

- i) se deberá contar con estudios para identificar el problema estructural de competencia existente (oligopolio, dominancia, incentivos para la existencia de carteles, etcétera);
- ii) se establecerá un sistema de “pesos y contrapesos”, para asegurar que el estudio realizado incluya las diferentes visiones y efectos en los mercados que podría tener una medida de este tipo, y
- iii) se hará público un estudio —claro y transparente— que garantice que la intervención gubernamental generará más beneficios que costos para la sociedad.

4. *Tribunales especializados, amparo indirecto y suspensión*

El Poder Judicial, en años recientes, ha sido muy relevante en el desarrollo del derecho de la competencia en México, generando precedentes valiosos. En 2007 emitió criterios en temas procesales para aclarar las etapas de investigación y resolución de prácticas monopólicas, la procedencia de la suspensión contra actos de la CFC, y el tema de interés jurídico en los procedimientos. En 2008, la SCJN resolvió una contradicción de tesis para aclarar que contra el recurso de reconsideración sólo procede el amparo indirecto, y se generaron diversos precedentes en torno a la definición de agente económico. Ese mismo año los tribunales colegiados también generaron precedentes relevantes en materia de “levantamiento del velo corporativo”, “grupo de interés económico”, “pruebas indirectas” y hasta sobre el concepto de “mercado relevante”. En 2009, la SCJN aclaró la validez del Reglamento de la LFCE en materia de establecimiento de condiciones a concentraciones sujetas a notificación.¹³ En 2013, el Poder Judicial ha regresado con más actividad, generando precedentes en materia de sanciones a personas físicas (que actúan en representación de una empresa), formalidades en los requerimientos de información y respecto a la procedencia del amparo indirecto contra ciertos actos durante la investigación.

No obstante que a través del juicio de amparo se lograba una correcta evolución, en la reformas a las LFCE de 2011 se pretendió crear un nuevo y peligroso procedimiento en contra de las resoluciones de la CFC, denominado juicio ordinario administrativo. Afortunadamente, la entrada en vigor de ese procedimiento se sujetó a la condición de que se crearan reglas pro-

¹³ Aunque en 2010 un tribunal colegiado emitió algunas tesis desafortunadas al señalar que sólo se puede condicionar una concentración en el contexto de una investigación de concentración prohibida y no en el procedimiento de notificación.

cesales para su aplicación y precisamente a la creación de tribunales especializados, situación que nunca se actualizó.

En temas procedimentales, la reforma constitucional de 2013 contiene un gran acierto, que consiste en confirmar los criterios de la SCJN y dejar claro, de una vez por todas, que en contra de las resoluciones finales de la CFCE y del IFETEL procederá sólo el amparo indirecto, sin suspensión posible (salvo en el caso de multas y órdenes de desincorporación en materia de competencia económica) y ante tribunales judiciales especializados en la materia.

Dos cosas son muy relevantes: la primera es la creación de tribunales especializados, por lo que se modifica el artículo 94 de la Constitución, para señalar que el Consejo de la Judicatura determinará el número, división en circuitos, competencia territorial y especialización por materias, “entre las que se incluirá la de radiodifusión, telecomunicaciones y competencia económica, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito”. La especialización podrá generar mayor rapidez en los procesos. No obstante, no es claro que la existencia de dicha especialización redundará en mejores sentencias. Para empezar, se debe decir que a la fecha no hay evidencia alguna para señalar que el Poder Judicial (y sus jueces especializados sólo en derecho administrativo, cuando menos en el primer circuito) han tomado decisiones equivocadas, y que estas decisiones se han tomado por falta de conocimiento especializado en la materia. Me parece que los señores jueces y magistrados han resuelto en casi todos los casos adecuadamente, otorgando el amparo cuando correspondía y negándolo cuando no había violación de los derechos fundamentales de los quejosos. Habrá algunas excepciones muy aisladas, pero eso es normal: los jueces y magistrados no son infalibles, y tampoco lo serán los jueces y magistrados especializados.

Ahora bien, parece que el Consejo de la Judicatura tendrá el reto de determinar quiénes serán esos tribunales y juzgados especializados. Me parece que hubiera sido más práctico especializar a los jueces en materia de derecho económico¹⁴ y no sólo en radiodifusión, competencia económica y telecomunicaciones, pues estimo que no serán más de 600 amparos (150 en materia de competencia económica) al año de los cuales podrán conocer dichos jueces y magistrados.

El segundo aspecto muy relevante y sin duda el mayor acierto es que, como se ha señalado antes, contra las resoluciones finales de la CFCE o de la IFETEL sólo procede el amparo indirecto. Algunos abogados han se-

¹⁴ Incluyendo materias como comercio exterior, propiedad intelectual, y otro tipo de regulación, como aquella relacionada con energía.

ñalado que lo procedente debería ser el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, pero siendo que se ha otorgado autonomía constitucional a los nuevos órganos de competencia económica y de telecomunicaciones, dicha vía no parecería la adecuada, por ser sólo adecuada para revisar los actos administrativos del Poder Ejecutivo, y estos nuevos órganos no pertenecerán a dicho poder.

Por otro lado, durante las discusiones en el Congreso de la Unión se debatió el tema de la no procedencia de la suspensión de forma generalizada. Es claro que el debate y la propuesta de la no procedencia de la suspensión se dio debido al abuso de la figura de suspensión por parte de los agentes económicos, que llegó a afectar la eficacia de las resoluciones tanto de la CFC como de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel). Sin embargo, me parece que el Poder Judicial ya había dado muestras de haber identificado dicho abuso y puesto remedio. Recordemos que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó que no procede la suspensión de los efectos de las resoluciones que fijan aspectos no acordados por las partes sobre las condiciones de interconexión, obligación de interconectar y fijación de tarifas. Lo anterior fue considerado así dado que en estos casos el otorgamiento de la medida cautelar suspensiva, tanto en el juicio de amparo como en los procedimientos administrativos, es contrario al interés público, de conformidad con lo establecido en el artículo 124 de la Ley de Amparo.¹⁵

Los legisladores debatieron el asunto y llegaron a una solución curiosa. El texto señala que

Las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirectos y no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, estas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva...

En materia de telecomunicaciones, el péndulo se resolvió en contra de la suspensión, y en materia de competencia económica el péndulo se fue al extremo de impedir la aplicación de multas y órdenes de desincorporación

¹⁵ P./J. 10/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXXIV, julio de 2011, p. 5, IUS 161445. Para mayor referencia se recomienda consultar el documento íntegro, disponible en <http://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr-030511-LMAM-interconexion.pdf>.

hasta que se resuelva el amparo. Estimo que lo propio era dejar este asunto a la Ley de Amparo y confiar más en los jueces especializados que conocerán de los asuntos de competencia y telecomunicaciones. La suspensión es una medida cautelar, que se debe imponer dependiendo de las circunstancias especiales de cada caso. Legislar (en la propia Constitución) al respecto no parece la mejor opción. No obstante, como ya lo he mencionado, la sensibilidad en los temas de radiodifusión y telecomunicaciones, nuevamente influyó en el resultado final.

5. *Temas penales*

En cuanto a los temas de carácter penal, el artículo tercero transitorio, fracción I, señala que se deberán legislar nuevos tipos penales que pudieran incluir, además de las prácticas monopólicas absolutas, a otras conductas violatorias en materia de competencia, tales como las prácticas monopólicas relativas (abusos de dominancia).

Considero que no se debe abusar en los tipos penales para castigar monopolios. La reforma de 2011, que incluyó al artículo 254 bis en el Código Penal Federal, es perfectible,¹⁶ pero estimo que sólo los cárteles deben sancionarse penalmente; esa es la práctica internacional, dado que no toda

¹⁶ Artículo 254 bis. Se sancionará con prisión de tres a diez años y con mil a tres mil días de multa, a quien celebre, ordene o ejecute contratos, convenios o arreglos entre agentes económicos competidores, *cuyo objeto sea cualquiera de los siguientes*:

I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;

II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables, o

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

El delito previsto en este artículo se perseguirá por querrela de la Comisión Federal de Competencia, la cual sólo podrá formularse cuando la autoridad competente haya determinado mediante resolución que haya causado estado, que un agente económico resultó responsable de haber cometido alguna práctica monopólica absoluta, en los términos de lo dispuesto en la Ley Federal de Competencia Económica.

No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 33 bis 3 de la Ley Federal de Competencia Económica, previa resolución de la Comisión que determine que cumple con los términos establecidos en dicha disposición y las demás aplicables.

actividad comercial tiene como finalidad violar las disposiciones en materia de competencia económica.¹⁷

III. PRINCIPALES CAMBIOS EN MATERIA DE MAYOR COMPETENCIA EN TELECOMUNICACIONES

1. *Radiodifusión y telecomunicaciones como servicios públicos de interés general*

El primer cambio se realiza en el artículo 6o., B, fracciones II y III, de la Constitución, para señalar que tanto la radiodifusión (televisión y radio) como las telecomunicaciones son servicios públicos de interés general. Cuando una actividad se cataloga como servicio público, debe entenderse que el Estado la sujetará a un régimen jurídico especial para satisfacer de forma regular y continua necesidades de interés general. La actividad caracterizada como servicio público es una actividad que puede ser asumida por la administración pública o ser sometida a autorización previa del Estado.

Los servicios de radio y televisión ya se consideran una actividad de interés público por tener

la función social de contribuir a la consolidación de la integración nacional y el mejoramiento de las formas de convivencia humana, mediante el fortalecimiento de las convicciones democráticas, la unidad nacional, la amistad y cooperación internacional, la consolidación de los principios de la moral social, la dignidad humana y los vínculos familiares.¹⁸

Así que no hay mucha novedad con esta incorporación constitucional. Por el lado de las telecomunicaciones es entendible que los servicios sean

Los procesos seguidos por este delito se podrán sobreseer a petición del Pleno de la Comisión, cuando los procesados cumplan las sanciones administrativas impuestas y, además se cumplan los requisitos previstos en los criterios técnicos emitidos por la Comisión.

La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad a que se refiere el primer párrafo de este artículo.

¹⁷ Flores Bernés, Miguel y Cruz Torrero, Luis Carlos, “Derecho penal y competencia económica”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Inacipe, núm. 14, tercera época, noviembre-diciembre 2007, pp. 133-148.

¹⁸ TAJ; 9a. Época; T.C.C.; *S.J.F. y su Gaceta*; tomo XXIX, abril de 2009; pág. 1971. TELECOMUNICACIONES. ES IMPROCEDENTE CONCEDER LA SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO RESPECTO DE LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS REQUISITOS RELATIVOS PARA LLEVAR A CABO EL CAMBIO DE FRECUENCIAS QUE OPERAN EN LA BANDA DE AMPLITUD MODULADA.

considerados públicos cuando se trata del uso de bienes del dominio de la Federación, como el espectro radioeléctrico.

2. Aspectos orgánicos

Con las reformas se crea el Ifetel, en sustitución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel), órgano que también gozará de autonomía constitucional y con amplias facultades.

Destaca la reforma propuesta a los artículos 27 y 28 de la CPEUM, a efecto de conferir al Instituto la facultad de otorgar y revocar concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones, quien notificará al secretario del ramo previo a su determinación, quien a su vez podrá emitir una opinión técnica no vinculante en un plazo no mayor a treinta días naturales. Se ha criticado esta disposición, al señalar que si se trata de un organismo autónomo constitucional, el Poder Ejecutivo no debería interferir con una opinión. Si bien no es lo óptimo, se ha señalado que el Poder Ejecutivo pudiera tener alguna razón, como por ejemplo un tema de seguridad nacional, para opinar técnicamente al respecto.

El Instituto tendrá una formación casi idéntica a la de la nueva CFCE, por lo que los comentarios arriba reflejados, sobre los aspectos orgánicos, son aplicables, *mutatis mutandis*. Aunque debe decirse que la autonomía de la actual Cofetel era menor que la de la CFC, dado que algunas de sus resoluciones eran recurribles ante la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT).

Asimismo, es claro que el Ifetel sí será un órgano regulador que debe emitir reglas específicas en el sector, por lo que sus facultades al respecto son entendibles. En el caso de la CFCE, este órgano no es estrictamente regulador, no regula mercados, sino que sanciona violaciones a la ley, por lo que su facultad de emitir regulación es menos clara.¹⁹

Asimismo, la iniciativa propone que el Instituto ejerza las facultades de perseguir las prácticas monopólicas y la autorización de concentraciones en estos sectores. Este último aspecto me parece pernicioso, y estimo que la nueva CFCE debió conservar esas facultades en razón de que el Ifetel va a regular prácticamente a tres grandes empresas por un largo tiempo (Telmex, América Móvil y Televisa/TV Azteca) (intereses muy ligados por el negocio en común que tienen en Iusacell y al ser los principales jugadores

¹⁹ Formalmente se trata de una facultad reglamentaria por delegación del Congreso de la Unión, sobre la que se rinde cuentas al mismo a través de los informes anuales. Véase Pedroza de la Llave, Susana Thalía, *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, 2002, p. 189.

en TV abierta). La teoría de la captura del regulador²⁰ indica que tener a los mismos “clientes” implica con el tiempo cierto acercamiento, no ilegal, sino natural, que hace que el regulador (Ifetel) termine ocupado por acomodar los intereses de los regulados, más que por tomar la decisión técnica más adecuada para los consumidores finales. Eso se habría evitado si la CFCE se encargara de la investigación y sanción de prácticas monopólicas y analizara concentraciones; siendo el Ifetel el encargado de declarar la dominancia en los mercados y emitir toda la regulación en estos sectores.

Para la investigación de prácticas monopólicas absolutas se requiere un equipo altamente especializado que domine instrumentos de investigación tales como el “programa de inmunidad”, que permite a las empresas que forman parte de un acuerdo entre competidores para fijar precios, restringir el abasto o que sean parte de un cartel, acudir con la CFC y entregar la información necesaria para castigar ese “cartel”. El beneficio de esa cooperación es *inmunidad en la esfera administrativa*, y a partir de la reforma de mayo de 2011 también *inmunidad penal*, ante la tipificación como delitos de las prácticas monopólicas absolutas; para que el Ifetel pueda operar ese programa se requerirán de varios años para adquirir la experiencia necesaria (que no es fácil de implementar), y tendrá que darse a la tarea de generar confianza en los agentes económicos y abogados e instalar métodos para guardar confidencialidad respecto de los promoventes. Esto tardaría mucho y pondrá en riesgo un programa que ha sido exitosamente implementado por la actual CFC (a la fecha más de 39 casos en varios sectores). Además, no parece justificado el engrosamiento de una plantilla altamente especializada para manejar los pocos casos que se dan en el sector regulado por el Ifetel (cerca de cuatro casos de prácticas monopólicas absolutas en veinte años).

Por otro lado, la persecución de prácticas monopólicas relativas requiere acreditar la existencia de un agente dominante, definir un mercado relevante y demostrar que se incurre en algunas de las conductas establecidas en la Ley Federal de Competencia Económica, que en principio son prácticas comerciales “normales” (exclusividades, ventas atadas, depredación de precios, discriminación de precios, subsidios cruzados, negativa de trato, boicot, elevación de costo a rivales, fijación de precio de reventa, etcétera), pero que si las lleva a cabo un agente dominante con la intención de desplazar o evitar la entrada de nuevos competidores, deben ser sancionadas si

²⁰ El tema es ampliamente explicado por Stigler, George J., “The Theory of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics*, vol. 2. núm. 1. Spring 1971, pp. 3-21, en el que señala que el regulador puede responder a intereses particulares, y que la posibilidad de captura crea incentivos para que las empresas (a través de *lobbies*) usen sus recursos para influir el regulador.

no existen ganancias en eficiencia suficientes que justifiquen la conducta de la empresa.

El análisis es muy complejo y sofisticado, y exige al Ifetel contar con un *staff* especializado (la actual CFC cuenta con alrededor de quince personas en la Dirección General de Prácticas Monopólicas Relativas para la investigación de conductas en todos los sectores de la economía) también en estas prácticas, que además deberán contar con mucha experiencia. Se corre el riesgo de cometer errores y prohibir conductas que generen eficiencias aunque sean cometidas por un agente dominante. También se corre el riesgo de permitir conductas pensando que generan eficiencias, cuando en realidad son muy dañinas. Una opción para la investigación y sanción de estas conductas era que el Ifetel definiera los mercados y la existencia de un agente con poder sustancial, y que fuera la CFCE quien acreditara la conducta y analizara si se debía sancionar ante la existencia o ausencia de ganancias en eficiencia (*rule of reason*).

Respecto al análisis de concentraciones, se sigue un procedimiento similar al de las prácticas monopólicas relativas, se define un mercado relevante, se determina si está muy concentrado o no y luego se compara con el mercado antes y después de la concentración. Se debe prohibir o sujetar a condiciones una concentración que puede generar o fortalecer la creación de un agente con poder sustancial de mercado, o también si la operación generaría incentivos para que exista colusión en el mercado (prácticas monopólicas absolutas).

También, al igual que en las prácticas monopólicas relativas, se debe sujetar el análisis a la regla de la razón; es decir, si hay ganancias en eficiencia que redunden en reducción de precios y aumentos de oferta e innovación suficientes que justifiquen aprobar una operación que genera riesgos. Estas operaciones en el sector son muy complicadas. Un ejemplo es el caso de Iusacell, y es previsible que existirán más consolidaciones en el mercado; por ejemplo, si Televisa decide adquirir más cableras o si deciden concentrarse con empresas de telefonía móvil que pasan momentos críticos. En estos casos puede existir la tentación del regulador sectorial de aprobar uniones dañinas para, supuestamente, generar competencia en un mercado en detrimento de otro, o de prohibir una concentración adecuada, con un afán de mantener una apariencia de competencia que no sea eficiente en un mercado. Si la CFCE fuera la encargada de analizar estas operaciones, con el apoyo del Ifetel en la definición de mercados y existencia de dominancia, se hubiera dividido el riesgo de captura del regulador considerablemente.

Por último, me parece que es indispensable evitar que se generen criterios distintos, o que sean incompatibles, para la definición de mercados y la determinación de poder sustancial, si bien el sector es especial, sólo se

deben hacer distinciones en la metodología con base en esa especialización y no en otros criterios. Si no se cuida eso, existirán criterios diferentes y probablemente contradictorios que pueden afectar el trabajo de la CFCE en otros sectores (energía, transporte, manufacturas, *retail*, etcétera), con el tiempo se podría llegar al absurdo de requerir para cada sector un criterio especial, generando lagunas al sistema de competencia económica (pasa en Estados Unidos de América con transporte aéreo, por ejemplo). Estas diferencias de criterios pueden generar rivalidades entre las instituciones y confusión entre los agentes económicos, y en consecuencia de la actividad empresarial del país.²¹

3. *Poderes regulatorios*

En cuanto al aspecto regulatorio, la iniciativa propone facultar, a nivel constitucional, al Instituto, para:

- a) Regular de forma asimétrica a los participantes en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones, con objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y a la libre concurrencia;
- b) Imponer límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada, que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones de varios medios de comunicación que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica;
- c) Ordenar la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites, y
- d) Fijar el monto de las contraprestaciones por el otorgamiento de las concesiones, así como por la autorización de servicios vinculados a éstas, previa opinión de la autoridad hacendaria.

Respecto a las concesiones, éstas podrán ser para uso comercial, público, social y privado, y se sujetarán, de acuerdo con sus fines, a los principios establecidos en los artículos 2o., 3o., 6o. y 7o. de la Constitución. Serán otorgadas mediante licitación pública, a fin de asegurar la máxima concurrencia, previniendo fenómenos de concentración que contraríen el interés público y asegurando el menor precio de los servicios al usuario final (*ex ante*). Las concesiones para uso público y social se otorgarán bajo el mecanismo de asignación directa. La reforma señala que en ningún caso el

²¹ En todos los casos considero que no se justifica la contratación de al menos tres equipos de investigadores y sus respectivas áreas jurídicas altamente especializadas para la atención del reducido número de casos que se dan en estos sectores.

factor determinante para definir al ganador de la licitación será meramente económico, y mandata que la ley deberá establecer un esquema efectivo de sanciones que señale como causal de revocación del título de concesión, entre otras, el incumplimiento de las resoluciones que hayan quedado firmes en casos de conductas vinculadas con prácticas monopólicas.

Asimismo, la legislación secundaria deberá establecer los mecanismos para homologar el régimen de permisos y concesiones de radiodifusión, a efecto de que únicamente existan concesiones, asegurando una diversidad de medios que permita distinguir las concesiones de uso comercial, público, social y privado.

Por último, también la legislación secundaria establecerá que las concesiones serán únicas, de forma que los concesionarios puedan prestar todo tipo de servicios a través de sus redes, siempre que cumplan con las obligaciones y en su caso las contraprestaciones que les imponga el propio Instituto.

4. Retiro de barreras de entrada al sector de telecomunicaciones

La reforma señala que el Congreso de la Unión deberá emitir un solo ordenamiento que regule de manera convergente el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de radiodifusión y telecomunicaciones.

Se faculta al Instituto a autorizar a los actuales concesionarios a prestar servicios adicionales, aun sin cambio en la legislación, cuando verifique que cumplan con todos los requisitos previstos en el decreto. Respecto de los concesionarios que hayan sido determinados por el Instituto como agentes económicos preponderantes, sólo podrán obtener las autorizaciones respectivas si cumplen con las medidas que en atención a ello se les hayan impuesto.

El Congreso establecerá mecanismos que aseguren la promoción de la producción nacional independiente. Al respecto, habrá que legislar respecto a qué se entenderá por productores nacionales independientes, si lo serán respecto de los titulares de las concesiones existentes o de cualquier concesionario. También habrá que hacer compatible esta disposición con los compromisos de México en tratados de libre comercio, donde nuestro país ha adquirido obligaciones internacionales para no imponer condiciones tales como “requisitos de desempeño” a las inversiones, siendo uno de estos requisitos de desempeño la obligación de dar usar servicios producidos en México.²²

²² Artículo 1108 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

También se deberán establecer prohibiciones específicas en materia de subsidios cruzados entre empresas pertenecientes a un mismo grupo económico. Si bien los subsidios cruzados pueden ser negativos en algunas ocasiones para la competencia, no siempre lo son. En materia de competencia económica sólo son sancionables cuando los lleva a cabo un agente económico con poder sustancial de mercado, con el propósito de desplazar a la competencia y siempre que las ganancias en eficiencia que se generen sean menores que los daños que pudieran causar al proceso de competencia y libre concurrencia.

Un tema relevante de apertura sectorial se da en materia de inversión extranjera. Desde la entrada en vigor de la reforma se permitirá la inversión extranjera directa hasta el 100 por ciento en telecomunicaciones y comunicación vía satélite, y hasta el 49 por ciento en radiodifusión, pero sujeto al principio de reciprocidad con el país de origen de la inversión, lo que me parece restrictivo a la competencia, al no ser una real apertura.

Muy importante para el avance en materia de radiodifusión y liberación del espectro radioeléctrico para fines más eficientes, es que se prevé que la transición digital terrestre deberá culminar el 31 de diciembre de 2015, y los poderes de la Unión están obligados a promover la implementación de equipos receptores y decodificadores, así como los recursos presupuestarios necesarios para estos efectos.

Un tema relacionado directamente con la importante participación de las empresas televisoras en los mercados de televisión abierta y restringida son las figuras de *must carry*²³ y *must offer*²⁴ de las señales radiodifundidas, de manera gratuita, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones. No obstante, la iniciativa señala que tratándose de concesionarios declarados con poder sustancial en cualquiera de los mercados de telecomunicaciones o radiodifusión o como agentes económicos preponderantes, éstos no se beneficiarán de la regla de gratuidad de los contenidos de radiodifusión o de la retransmisión gratuita, por lo que deberán acordar las condiciones y precios de los contenidos radiodifundidos o de la retransmisión y, en caso de diferendo, el Instituto determinará la tarifa.

Igualmente, los concesionarios de televisión restringida vía satélite sólo deberán retransmitir obligatoriamente las señales radiodifundidas de cobertura del cincuenta por ciento o más del territorio nacional. Se adicionó que todos los concesionarios de televisión restringida deberán retransmitir

²³ Deber de transmitir las señales de televisión abierta a cargo de operadores de TV restringida.

²⁴ Deber de ofrecer las señales de TV abierta a operadores de TV restringida.

las señales radiodifundidas por instituciones públicas federales. Asimismo, cuando el Instituto declare que existen condiciones de competencia en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones, no aplicará la regla de gratuidad, y los concesionarios estarán en libertad de acordar los precios y condiciones de la retransmisión de contenidos radiodifundidos. Además, el Instituto sancionará con la revocación de la concesión a los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial que se beneficien directa o indirectamente de la regla de gratuidad, a través de otros concesionarios, sin perjuicio del pago de las contraprestaciones que correspondan. También se revocará la concesión a estos últimos.

Otro cambio muy relevante es que una vez constituido el Instituto, éste deberá publicar en un plazo no mayor a 180 días naturales las bases y convocatorias para licitar nuevas concesiones de frecuencias de televisión radiodifundida que deberán ser agrupadas a efecto de formar por lo menos dos nuevas cadenas de televisión con cobertura nacional, no podrán participar aquellos agentes económicos que tengan más de 12Mhz en concesión en la región de que se trate; es decir, prácticamente quedan fuera las empresas que cuentan con redes nacionales en esta licitación, aunque también algunas empresas regionales independientes.

El Instituto, en un plazo no mayor de 180 días naturales a partir de su integración, determinará la existencia de agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, e impondrá las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia. Para ello, se prevé un criterio objetivo en razón de la participación nacional en la prestación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, por lo que se considerará como agente económico preponderante a cualquiera que cuente, directa o indirectamente, con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje ya sea por el número de usuarios, suscriptores, audiencia por el tráfico en sus redes o por la capacidad utilizada de las mismas, de acuerdo con los datos con que disponga el Instituto.

El término “agente preponderante” es ajeno al derecho de la competencia, donde se usa el concepto de “agente con poder sustancial de mercado o dominante”. Los economistas definen “poder de mercado” como la habilidad de una empresa o grupo de empresas que, en un mercado relevante, pueden cobrar precios por arriba del nivel de precios en competencia, por un periodo sostenible de tiempo y obteniendo ganancias. Si bien cualquier empresa puede subir sus precios, no todas obtienen ganancias si lo hacen, pues podrían perder clientes ante otras empresas que producen servicios

idénticos o sustitutos. El tema es analizar si una empresa, o grupo de empresas, tiene el control sobre el precio y abasto en un mercado relevante.²⁵

Es claro que el porcentaje de participación de mercado puede sugerir la existencia de poder sustancial de mercado, pero no es el único criterio. En los Estados Unidos de América, si bien no hay un criterio establecido, se ha señalado por la práctica de tribunales que la existencia de un 75% de participación en el mercado puede generar convicción respecto a que una empresa tiene poder para controlar los precios. Asimismo, cuando una empresa tiene una participación menor a 30%, los tribunales llegan a concluir que dicha empresa carece de poder de mercado para monopolizar. Cuando la participación va de 40% a 70%, los tribunales están menos dispuestos a inferir poder sustancial de mercado en la ausencia de otras pruebas de dicho poder.²⁶ En México, para determinar la existencia de poder sustancial se deben seguir los lineamientos establecidos en el artículo 13 de la LFCE (y 13 bis para el caso de poder sustancial conjunto). Dichos lineamientos buscan identificar si un agente económico puede definir el precio y el abasto sin que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder tomando en cuenta varios elementos, como participaciones de mercado, existencia de barreras de entrada, la existencia y poder de sus competidores y la posibilidad de acceso a insumos.

De esta manera, es claro que establecer un umbral de 50% del mercado nacional resulta un criterio incompatible con la práctica en materia de competencia económica, pues pueden existir agentes con dominancia con una participación menor o sin dominancia con una participación mayor.

Otro problema que surge es determinar a qué mercado aplica el umbral, pues no todos los mercados de telecomunicaciones son nacionales, ni tampoco los de radiodifusión. Una televisora abierta o restringida puede competir a nivel local; lo mismo, un operador de redes públicas de telecomunicaciones puede tener una participación menor a 50% en una localidad y mayor en otra.

La CFC ha declarado a Telmex y a Telcel como agentes con poder sustancial de mercado en diversos mercados.²⁷ La pregunta es si tales decla-

²⁵ *ABA SECTION OF ANTI-TRUST LAW, Market Power Handbook*, United States of America, 2005, pp. 2-5.

²⁶ *Ibidem*, pp. 19-21.

²⁷ Consultar resoluciones en versiones públicas de los expedientes: DC-002-2007, Telmex-Telnor, mercado de servicios de arrendamiento de líneas o circuitos de transmisión dedicados de larga distancia y locales, disponible en <http://www.cfc.gob.mx/cfcre-soluciones/DOCS/Procesos%20de%20Privatizacion%20y%20Licitaciones/V107/205/1082897.pdf>; DC-003-2007, *supra* 4; DC-004-2007, *supra* 4; DC-005-2007, Telmex-Telnor, mer-

ratorias subsisten o son sustituidas por la declaración de agentes preponderantes. En mi opinión, dichas determinaciones subsisten, pues inclusive en el texto de la reforma se les refiere cuando se indica que los concesionarios de telecomunicaciones o de televisión radiodifundida que hayan sido “declarados con poder sustancial en cualquiera de los mercados de telecomunicaciones o radiodifusión o como agentes preponderantes en los términos de este decreto” no tendrán derecho a la regla de gratuidad de los contenidos de radiodifusión o de la retransmisión gratuita, en relación con las disciplinas de *must carry* y *must offer* arriba señaladas. Así, ambas declaratorias (la de poder sustancial y la de agente preponderante) pueden coexistir. El reto será distinguirlas en la normatividad y para efectos de la emisión de regulación que corresponda.

En el mismo plazo de 180 días el Instituto establecerá las medidas que permitan la desagregación efectiva en telecomunicaciones, de manera que los concesionarios de telecomunicaciones puedan acceder, entre otros, a los medios de conexión entre cualquier punto terminal de la red pública de telecomunicaciones y el punto de acceso a la red local pertenecientes a dicho agente. Esta medida será aplicable también a los concesionarios con poder sustancial en el mercado relevante de servicios al usuario final. La desagregación comenzará cuando uno o más servicios (voz o datos) sean prestados por un operador distinto al agente preponderante. Si se realiza una conexión directa, el competidor solicitará autorización para instalarse en la central de Telmex, y éste lo tendría que autorizar mediante un acuerdo de precios que sería regulado por el Ifotel.

Asimismo, se prevé que la Comisión Federal de Electricidad ceda a Telecomunicaciones de México su concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones y le transfiera todos los recursos y equipos necesarios para la operación y explotación de dicha red, así como el aprovechamiento de al menos 90 MHz del espectro liberado por la transición a la televisión digital terrestre en la banda de 700 MHz, que por sus

cados de servicios de tránsito local de tráfico conmutado de voz, mediante redes públicas de telecomunicaciones que prestan el servicio local fijo, mercados de Servicios a concesionarios de RPT, consistentes en la terminación de tráfico público conmutado en las redes públicas de telecomunicaciones de concesionarios del servicio local móvil, previstos para efectos de la modalidad el que llama paga y el que llama paga nacional, en <http://www.cfc.gob.mx/cfresoluciones/DOCS/Procesos%20de%20Privatizacion%20y%20Licitaciones/V115/230/1229217.pdf>; DC-007-2007, Radiomovil Dipsa, en <http://www.cfc.gob.mx/cfresoluciones/DOCS/Procesos%20de%20Privatizacion%20y%20Licitaciones/V136/2/1548475.pdf>; y DC-008-2007, Radiomovil Dipsa, en <http://www.cfc.gob.mx/cfresoluciones/DOCS/Procesos%20de%20Privatizacion%20y%20Licitaciones/V123/10/1371532.pdf>.

características de propagación la hacen adecuada para dar cobertura en el medio semiurbano.

El Poder Ejecutivo garantizará la instalación de una red pública compartida de telecomunicaciones de servicios inalámbricos al mayoreo, que estará en operación antes de 2018, usará los activos del Estado (90MHz espectro y la fibra óptica de CFE) podrá tener inversión privada y prestará sus servicios de forma desagregada a comercializadoras y operadoras de redes públicas de telecomunicaciones sin discriminación y a precios competitivos. Promoverá una política tarifaria que fomente la competencia. Este nuevo operador, además de que tiene como objeto fomentar más competencia, deberá estar sujeto sin duda a la Ley de Competencia.

IV. CONCLUSIÓN

La reforma que comentamos es muy importante como mensaje político. Un grupo de políticos no puede emitir un mensaje más enérgico que reformar la Constitución Política.

Por otro lado, es claro que los cambios están fuertemente influenciados por el conflicto existente entre empresas de telecomunicaciones y empresas de radiodifusión; es decir, los cambios se dan por esa causa y buscan soluciones a ese problema coyuntural. El exceso de uso de artículos transitorios con plazos poco flexibles revela una búsqueda de solución a temas inmediatos y no con una visión estrictamente de largo plazo.

Los cambios son una buena señal de intención de mejorar el marco jurídico en materia de competencia; pero los cambios verdaderos se darán en la legislación secundaria y en la normatividad que emitan el Ifetel y las decisiones que tome la CFCE.

Por otro lado, el nombramiento de los integrantes de esas instituciones es muy importante; pero si se politizan dichos órganos el posible avance se convertirá en un peligroso retroceso.

Las nuevas facultades de ambas instituciones y los cortos plazos que tendrán para cumplir con algunas actividades señaladas en los artículos transitorios serán un reto mayor; es muy importante que cuenten con un presupuesto suficiente para afrontar dichos retos y que puedan tener recursos humanos suficientes para cumplirlos.

No estoy seguro de que fuera necesario cambiar la Constitución para lograr los aciertos que contiene la reforma, pero reconozco que bien implementados en la legislación secundaria podrían generar mayor bienestar en los consumidores mexicanos.