

TELECOMUNICACIONES Y DERECHO ECONÓMICO

Clara Luz ÁLVAREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Espectro radioeléctrico*. III. *Televisión abierta: concentración y digitalización*. IV. *Competencia económica*. V. *¿Regreso del Estado empresario?* VI. *Inversión extranjera*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

“...las telecomunicaciones son identificadas como el sistema nervioso de una nación desde el punto de vista económico, político y social”.¹ Las telecomunicaciones están inexpugnablemente ligadas con el derecho económico, línea de investigación abordada por el doctor Jorge A. Witker desde hace muchas décadas. En homenaje al doctor Jorge A. Witker, colega y amigo, este artículo presenta ciertos aspectos de las telecomunicaciones, con una fuerte presencia de derecho económico.

El espectro radioeléctrico, recurso natural escaso, se presenta como un ejemplo de la rectoría del Estado. Asimismo, las decisiones que sobre el espectro radioeléctrico hace la autoridad inciden fuertemente en la composición del mercado de las telecomunicaciones y en el aprovechamiento o no de dicho bien de dominio de la nación en beneficio de la sociedad.

La televisión abierta es el siguiente tema, en atención a que ha sido un caso claro de concentración en perjuicio de la pluralidad y la democracia, sin que el gobierno haya generado las condiciones para transformar la concentración en diversidad con la entrada de más oferentes de servicios de televisión abierta, incluyendo medios públicos. A propósito de la televisión

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. claraluzalvarez@gmail.com, @claraluzalvarez.

¹ Witker, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 9a. ed., México, Editorial Hess, 2012, p. 153.

abierta, la transición a la televisión digital merece mención, puesto que una política de fomento ha entrado sólo bajo la forma del subsidio, y es importante replantearse si ello es lo adecuado dadas las circunstancias y necesidades de México.

La competencia económica en las telecomunicaciones es pilar fundamental para la existencia de un mercado en sana competencia. Por tanto, en este trabajo se dedica un apartado a presentar los ejes sobre los cuales trabaja la competencia económica en telecomunicaciones, a saber: la determinación de un agente económico dominante y la imposición de condiciones asimétricas para evitar que abuse de su poder de mercado, la investigación y combate a prácticas monopólicas, la revisión, aprobación, condicionamiento o rechazo de concentraciones, así como los límites a la acumulación de espectro radioeléctrico impuesto en procesos de licitación de este bien de dominio público.

En otro apartado se presentan reflexiones sobre si estaremos en el sector de las telecomunicaciones ante los albores de un regreso del Estado empresario. Enseguida se expone lo relativo a la inversión extranjera en las telecomunicaciones, para lo cual se presenta un breve recuento de la historia en el tema para enfocarse en una crítica respecto a los resultados de los cambios en inversión extranjera en radiodifusión a partir de la reforma constitucional de telecomunicaciones de 2013, por haberla condicionado al principio de reciprocidad, que es aplicable al comercio de servicios, pero no al de inversión extranjera.

II. ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

El espectro radioeléctrico es un recurso de la naturaleza con el carácter de renovable, como lo señala el doctor Jorge A. Witker, quien agrega que “debe estar al servicio de la sociedad y del interés público”.² El espectro radioeléctrico se divide en bandas de frecuencias, y éstas en frecuencias. Las frecuencias del espectro radioeléctrico son medios de transmisión de muchos servicios de telecomunicaciones.

Las frecuencias del espectro radioeléctrico se dice que son escasas porque (1) cada banda de frecuencias tiene distinto tipo de características, que son impuestas por las leyes de la física (por ejemplo, algunas bandas de frecuencias tienen ciertas características, que permiten que las ondas atraviesen paredes; otras pueden viajar largas distancias, siempre que tengan línea de

² *Ibidem*, pp. 151 y 164.

vista entre la antena transmisora y la receptora), (2) puede ser que aún no se desarrolle tecnología para hacer posible el aprovechamiento de la banda de frecuencia de que se trate, y (3) porque en ciertas ciudades o zonas de una región o país es posible que una banda de frecuencias tenga una ocupación tan elevada que esté saturada e impida que existan otros proveedores de servicios.³

Aunque el espectro radioeléctrico es un recurso renovable, lo cierto es que la no utilización de manera oportuna de dicho bien de dominio público de la nación implica una pérdida de bienestar de la sociedad. Por ello la importancia de que el Estado ejerza su rectoría en cuanto al espectro radioeléctrico. La rectoría estatal — señala el doctor Jorge A. Witker— “implica que el Estado tiene a su cargo la dirección y orientación del desarrollo económico y social del país”.⁴ La rectoría del Estado, traducida a las telecomunicaciones, y en especial al espectro radioeléctrico, obliga al Estado a:

- Definir el(los) servicio(s) que puede(n) prestarse en una banda de frecuencia.
- Determinar si esa banda de frecuencias será de uso libre (por ejemplo, como un parque público), si se destinará a otros usos (por ejemplo, uso comercial, uso oficial, uso social, uso privado) o si se mantendrá como espectro reservado para su posterior utilización.⁵
- En qué momento otorgará el derecho de uso de la banda de frecuencia de que se trate (por ejemplo, si hay tecnología para explotar la frecuencia o si se decide esperar a que exista más tecnología para la explotación de la banda o que la tecnología sea más robusta).
- Cuál será el procedimiento a través del cual definirá quién(es) tendrá(n) el derecho de usar la banda de frecuencias y el criterio para definir al ganador, en su caso (por ejemplo, licitación pública a través de subasta, sobre cerrado o lotería).
- Decidir sobre la manera de fraccionar una banda tanto por servicio (por ejemplo, una misma banda puede prestar dos servicios de telecomunicaciones distintos) como por cobertura geográfica (por ejemplo, cobertura nacional, por regiones, por áreas básicas de servicio).
- Definir cuántos bloques habrá en cada banda y de qué tamaño será cada uno (por ejemplo, en las licitaciones 20 y 21 en México ambas

³ Para más información, véase Álvarez, Clara Luz, *Derecho de las telecomunicaciones*, 2a. ed., México, Fundalex-UNAM, 2013, pp. 29-33.

⁴ Witker, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 80.

⁵ Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, nota 3, pp. 42-48.

respecto a la banda de 2.1 GHz, la cobertura de la 20 fue regional y con bloques de 10 MHz, en tanto que la cobertura de la 21 fue nacional y de 30 MHz, cada bloque).

- Cuál es el plazo por el que se otorgará el derecho de uso a través de la concesión respectiva.
- Decretar el cambio de frecuencias (por ejemplo, para resolver interferencias o por cambio tecnológico).
- Rescatar una frecuencia, lo cual implica que el Estado retoma el derecho de uso, aprovechamiento y explotación de la frecuencia que hubiera sido asignada a un particular o ente público (por ejemplo, por no usar eficientemente las frecuencias concesionadas).
- Establecer en su caso obligaciones de servicio universal para llevar servicios de telecomunicaciones a toda la República mexicana.
- Exigir a aquellos con derecho a usar las frecuencias del espectro radioeléctrico el respeto a la pluralidad y diversidad, a los derechos de los usuarios y a los derechos de las audiencias.

El espectro radioeléctrico y las determinaciones en torno a éste realizadas a nivel internacional y nacional tienen un efecto directo en el sector de las telecomunicaciones, en la población y en el mercado cuando se tiene un régimen en competencia en el país de que se trate.

III. TELEVISIÓN ABIERTA: CONCENTRACIÓN Y DIGITALIZACIÓN

La rectoría del Estado se ejerce a través de una administración eficiente del espectro radioeléctrico, que debe traducirse en una mayor equidad y en un goce más efectivo y pleno de los derechos humanos. La radio y la televisión abierta se identifican por su estrecha relación con la libertad de expresión y con el derecho a la información. Por tanto, la rectoría del Estado en radiodifusión está en íntima relación con la vida democrática y con su calidad.

La televisión abierta ha estado dominada en la República mexicana por dos grupos corporativos, que tienen el 95% de las concesiones de carácter comercial de televisión abierta (2013), a saber: Televisa y TV Azteca.⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Ejecutivo Federal, a través de la antigua Comisión Federal de Competencia (antigua Cofeco) y el Congreso de la Unión en sus dictámenes de la reforma constitucional de telecomuni-

⁶ Cofeco, *Resolución de 24 de enero de 2012 en el expediente CNT-031-2011*, resuelto con el voto de la mayoría (3-2), p. 99.

caciones de 2013, han externado preocupación, debido a la alta concentración mencionada.

Ley Televisa. Hasta antes de la reforma a las leyes federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión de 2006, mejor conocida como *Ley Televisa*, el otorgamiento de concesiones de radio y televisión abierta había sido bajo un procedimiento totalmente discrecional. En 2004, los concesionarios de televisión abierta acordaron con la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, refrendar sus títulos de concesión hasta 2021, y recibir un canal digital (*canal espejo*) para que durante la transición a la televisión digital se difundiera la misma programación que en el canal analógico.⁷

Una vez que el Grupo Televisa y el Grupo TV Azteca hubieron refrendado sus títulos y recibido el canal digital, se presentó la iniciativa de la llamada Ley Televisa, dentro de la cual se previó por vez primera que para el otorgamiento de concesiones para radio y televisión abierta con fines comerciales se seguiría un procedimiento de licitación pública. El procedimiento de licitación pública es sin duda mejor que la discrecionalidad y arbitrariedad con la que se habían otorgado concesiones previamente; sin embargo, no puede pasarse por alto que la figura de licitación es una barrera a la entrada de tipo normativo.

La licitación es una barrera legítima a la entrada en ciertos sectores; sólo que hay que destacar que los promotores de la *Ley Televisa* la impusieron justo después de que ellos mismos habían asegurado para sí sus concesiones y habían recibido el canal espejo hasta 2021. El resultado es que para 2013 aún no ha habido licitación alguna para otorgar el derecho de uso de frecuencias para televisión abierta comercial. Detrás de las virtudes y la racionalidad de la figura de licitación, se demostró también que ha sido una barrera de entrada eficaz para los competidores potenciales de Televisa y TV Azteca.

Televisión digital y su transición. México está en pleno proceso de transición a la televisión digital terrestre, y ello lleva a abordar otro aspecto destacado por la obra del doctor Jorge A. Witker, y que es el del subsidio como política pública de fomento. La transición a la televisión digital terrestre en México se fijó para culminar con el apagón analógico aproximadamente en 2021, conforme a la primera política para la transición a la televisión digital terrestre (2004). En esta política no se fijó una fecha definitiva para

⁷ Secretaría de Comunicaciones y Transportes, Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* del 2 de julio de 2004.

el apagón analógico: “Para llevar a cabo el proceso de transición a la TDT [televisión digital terrestre] se establece el Calendario para la instalación y operación de los equipos de los canales digitales, el cual proyecta metas mínimas para cada uno de los Periodos, *sin establecer una fecha para la conclusión de las transmisiones analógicas*” [énfasis añadido].⁸

En 2010, el presidente Felipe Calderón expidió un decreto con las acciones que debieran implementar distintas dependencias de la administración pública federal.⁹ En este decreto se fijó como fecha del apagón analógico el 31 de diciembre de 2015. La propia reforma constitucional de telecomunicaciones de 2013 fijó que el apagón analógico debe concluirse a más tardar el 31 de diciembre de 2015, y que todos los poderes de la Unión deben promover la implementación de la política para la transición a la televisión digital terrestre.¹⁰

Para que pueda concluirse la transición a la televisión digital y darse el apagón analógico, la mayoría de la población de un país debe contar con un televisor digital o bien con un convertidor y una antena para continuar utilizando un televisor analógico. En la República mexicana la mayoría todavía tiene televisores analógicos, por lo cual se precisa de una política pública para promover la adquisición de televisores digitales o de convertidores y antenas para que las televisiones analógicas capten las señales digitales.

La transición a la televisión digital en Estados Unidos incluyó el otorgamiento de cupones para que los hogares pudieran tener al menos un convertidor y una antena que les permitiera seguir ocupando los televisores analógicos una vez realizado el apagón analógico. Este programa de cupones, en realidad fue un subsidio a los hogares. A pesar de que la fecha del apagón analógico fue fijada para febrero de 2009, se tuvo que postergar, porque aún existían hogares en Estados Unidos sin televisores digitales y sin convertidores y antenas.

En México se ha optado no sólo por subsidiar la adquisición de convertidores/antenas, como el caso de Estados Unidos, sino que también en 2013 la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) decidió financiar la instalación de dichos equipos. La Cofetel señaló que solamente se destinó el

⁸ *Idem.*

⁹ Decreto por el que se establecen las acciones que deberán llevarse a cabo por la Administración Pública Federal para concretar la transición a la Televisión Digital Terrestre, publicado en el *DOF* el 2 de septiembre de 2010.

¹⁰ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, publicado en el *DOF* el 11 de junio de 2013.

subsidio a los hogares de menores ingresos, que para un caso como México representa entre el 50-60% de la población.¹¹

Debe destacarse que después de los países económicamente más sólidos y con una mejor distribución de la riqueza, México es el primer país en desarrollo que inicia la transición a la televisión digital. En ese sentido, no hay experiencia comparada que pueda aplicarse directamente. Empero, tal como lo refiere el doctor Jorge A. Witker en cuanto al principio de escasez,¹² México debe decidir como política pública a dónde destina sus recursos.

La Cofetel estimó que para completar la transición digital con el apagón analógico se requiere de al menos 13,188 millones de pesos.¹³ Por otra parte, la propia Cofetel señaló que para que en México se cuente con la infraestructura básica de una red troncal de fibra óptica a partir de la cual se pueda tender la última milla que dé acceso al 98% de la población se requieren de 9.375 millones de pesos.¹⁴ ¿A dónde destinar los recursos? ¿El subsidio de convertidores/antenas es el único camino? ¿Vale la pena seguir invirtiendo en televisión o debiera invertirse en acceso a internet? México debiera apostar al futuro, al acceso generalizado al internet y la banda ancha, al tiempo que alfabetiza digitalmente a su población. Si es mucho menos costoso y genera más bienestar a la población el acceso a internet y banda ancha, ¿por qué invertir en la transición a la televisión digital?

¹¹ Tijuana fue la primera ciudad en realizar el apagón analógico. Se invirtieron 240 millones de pesos para proveer de 192,060 instalaciones de convertidores y antenas a hogares. El apagón analógico había sido fijado para el 12 de marzo de 2013, pero se pospuso para el 28 de mayo de 2013. En esta fecha se llevó a cabo el apagón analógico; sin embargo, se desató una serie de escándalos, porque Tijuana se encontraba en pleno proceso electoral. La Cofetel decidió dar marcha atrás en el apagón analógico, y solicitó a las estaciones de televisión, seguir transmitiendo señales analógicas hasta pasado el proceso electoral. El apagón se realizó el 18 de julio de 2013.

¹² “El sistema económico es el conjunto de estructuras, relaciones e instituciones complejas que resuelven la contradicción presente en las sociedades humanas ante las ilimitadas necesidades individuales y colectivas, y los limitados recursos materiales disponibles para satisfacerlas. Esto es el conocido *principio de escasez*”, Witker, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 59.

¹³ “Apagón analógico costará más de 13 mil mdp: Cofetel”, *El Universal*, 9 de enero de 2013, <http://www.eluniversal.com.mx/notas/894721.html>

¹⁴ “...una inversión cercana a 750 millones de dólares permitirá contar con la infraestructura básica de red troncal de fibra óptica, generando las condiciones mínimas necesarias para que puedan ser tendidas redes de última milla que permitan a cerca del 98% de la población mexicana contar con servicios de banda ancha”, Cofetel, *Red Nacional de Transporte*, mayo de 2013, p. 67. Los 9.375 millones de pesos son a partir de tomar un tipo de cambio de 12.5 pesos por dólar.

IV. COMPETENCIA ECONÓMICA

Las telecomunicaciones en el mundo se desarrollaron en gran parte del siglo XX bajo la creencia generalizada de que el monopolio natural; es decir, el que una sola empresa prestara los servicios, era el mejor modelo para asegurar la provisión del servicio y la viabilidad financiera del monopolio de telefonía. Con la apertura a la competencia de las telecomunicaciones, las políticas públicas, instrumentos y acciones de competencia económica, son y serán indispensables.

En un mercado de redes, en el que los nuevos entrantes requieren para su vida misma de la interconexión de sus redes con las del operador histórico y que éste carece de incentivos para hacerla, la intervención oportuna de la autoridad es crucial para evitar el abuso de mercado del dominante, para identificar y sancionar prácticas monopólicas, así como para prevenir concentraciones de agentes económicos nocivas para el mercado.

Todas las facetas de la competencia económica (salvo barreras al comercio interestatal) podrían estudiarse con casos del sector de las telecomunicaciones, como se muestra a continuación:

- **Dominancia.** En el mundo —en especial en telefonía— se crearon monopolios públicos o privados. Éstos se convirtieron en los operadores históricos con un poder de mercado de tal magnitud que al abrir a la competencia, muchas acciones del operador histórico no pueden contrarrestarse ni por sus competidores ni por los consumidores, por lo cual es menester que la autoridad pueda establecer las medidas para evitar que el operador histórico abuse de su poder de mercado.

La evolución tecnológica y otros factores también hacen que aparezcan nuevos dominantes, que, sin haber sido operadores históricos, adquieren fuerza y poder suficiente para anular la posibilidad de una competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones.

En México, hasta antes de la creación en 2013 del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), la dominancia había sido una carrera de relevos en la cual participaban la antigua Cofeco para determinar al agente económico con poder sustancial en el mercado relevante y después de ello era la Cofetel la que establecía las medidas u obligaciones específicas para que el dominante no abusara de su poder en perjuicio de la competencia y el bienestar del consumidor. El primer proceso de dominancia iniciado por la anti-

gua Cofeco en 1997 fue contra Telmex, y culminó en 2007, sin éxito alguno, y sólo con una pérdida de tiempo y de recursos. En 2002 la Cofetel estableció obligaciones específicas, que se quedaron sin materia cuando Telmex recibió uno de los varios amparos en contra de la resolución de la antigua Cofeco en el mismo año. La antigua Cofeco siguió insistiendo en mantener su declaratoria de dominancia a pesar de los reveses que sufrió en tribunales, hasta que afortunadamente después de casi diez años dejó de perder tiempo y comenzó nuevos procesos de dominancia.¹⁵ Posteriormente, en 2009 y 2010 la antigua Cofeco declaró dominantes a Telmex y Telcel en diferentes mercados y procedimientos. Contra ello, la Cofetel jamás impuso obligaciones específicas a Telmex o a Telcel. La Cofetel expidió un acuerdo mediante el cual se pretendió imponer obligaciones específicas bajo una aparente norma de carácter general.¹⁶ Este acuerdo a la fecha de publicación de esta obra sigue en litigio.

La reforma constitucional de telecomunicaciones de 2013 confirió al IFT las facultades en materia de competencia económica dentro del ámbito de las telecomunicaciones y de radiodifusión. Asimismo, dicha reforma ordenó al IFT (1) determinar la existencia de agentes económicos preponderantes en las telecomunicaciones y la radiodifusión, y (2) establecer las medidas para evitar afectaciones a la competencia y a la libre concurrencia.¹⁷

- Prácticas monopólicas. Éstas pueden ser absolutas o relativas. Las prácticas monopólicas absolutas se dan entre competidores, por lo cual son las más nocivas para la sociedad y para la competencia. En México, la antigua Cofeco determinó que diversos accionistas de concesionarios de televisión por cable habían cometido prácticas monopólicas absolutas a través de la Productora y Comercializadora

¹⁵ Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, nota 3, pp. 236 y 237, y para más información de este proceso de 1997-2007, véase Álvarez, Clara Luz, *Derecho de las telecomunicaciones*, México, Miguel Ángel Porrúa y Cámara de Diputados, 2008, http://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/virtual_conocerlx.htm.

¹⁶ Cofetel, Acuerdo mediante el cual el Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones establece obligaciones específicas relacionadas con tarifas, calidad de servicio e información a concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que tengan poder sustancial de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica, en los mercados mayoristas de servicio de arrendamiento de enlaces dedicados locales, servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia nacional, servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de larga distancia internacional y servicio de arrendamiento de enlaces dedicados de interconexión, publicado en el *DOF* de 23 de abril de 2012.

¹⁷ Artículo octavo, fracción III transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, publicado en el *DOF* el 11 de junio de 2013.

de Televisión, S. A. de C. V. (PCTV). PCTV en esa época era una empresa encargada de la contratación de contenidos en exclusiva para sus accionistas que a su vez eran accionistas de concesionarios de televisión por cable.¹⁸

Las prácticas monopólicas relativas son las realizadas por un dominante con objeto o efecto de desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mismo mercado, impedirles su acceso o mediante el establecimiento de ventajas exclusivas. Ejemplos de prácticas monopólicas relativas son la segmentación de mercado, la imposición de precios o condiciones para la comercialización de bienes o servicios, las ventas atadas, la compra-venta sujeta a condición de no adquirir, comercializar o proporcionar bienes o servicios a o de un tercero, la negativa de comercializar o proporcionar bienes o servicios a personas determinadas, ventas por debajo de costos, los subsidios cruzados.

La antigua Cofeco determinó la existencia de prácticas monopólicas relativas en varios mercados. Por ejemplo, a Telcel se le obligó a no incluir en sus contratos con proveedores de contenidos móviles la exclusividad de sólo venderle a Telcel. A Televisa también se le imputó la comisión de prácticas monopólicas relativas por negarse injustificadamente a vender sus contenidos programáticos de televisión abierta a cierto concesionario de televisión restringida.¹⁹

Concentraciones. Con la finalidad de que una concentración no ponga en riesgo la competencia y la libre concurrencia, el regulador debe autorizar, negar o condicionar una fusión, adquisición de control o cualquier otro acto por virtud del cual se pretendan concentrar agentes económicos. No toda concentración precisa del análisis, y, en su caso, aprobación del regulador, sino sólo aquellas que excedan de ciertos montos.

La antigua Cofeco resolvió autorizar con condiciones diversas concentraciones del Grupo Televisa. La más polémica fue la que permitió que el Grupo Televisa adquiriera el 50% de la empresa controladora de Iusacell, propiedad del Grupo TV Azteca, que es competidor directo del Grupo Televisa en el mercado de televisión abierta.²⁰

- Límites a la acumulación de espectro. El regulador de telecomuni-

¹⁸ Flores Bernés, Miguel, “Telecomunicaciones y competencia económica, revisión de casos recientes”, en Álvarez, Clara Luz (coord.), *Telecomunicaciones y tecnologías de la información*, México, Novum, 2012, pp. 107 y 108.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 111 y 112.

²⁰ Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, nota 3, pp. 222-225.

caciones cuando convoca a la participación en una licitación pública para el otorgamiento de concesiones para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico puede establecer en las bases de licitación una restricción a la acumulación de espectro conocida como *spectrum cap*. En adición al *spectrum cap* también se debe hacer un análisis sobre la acumulación de espectro que cada participante en la licitación tiene y a cuánto puede aspirar en la licitación de que se trate. De esta manera, tanto el *spectrum cap* como el límite individual para la acumulación de espectro son herramientas de competencia económica para evitar distorsiones o riesgos a una competencia efectiva y a la libre concurrencia.

V. ¿REGRESO DEL ESTADO EMPRESARIO?

La década de los noventa planteó cambios significativos en la relación economía-derecho. El estado del bienestar y la economía mixta son sometidos a una crítica estructural... Los procesos objetivos de globalización económica... son presentados ahora como paradigmas arrolladores indiscutibles, a los cuales los países en desarrollo deben insertarse fatalmente a la manera “neoliberal”; es decir, con apertura comercial, liberalización de la inversión extranjera y retiro del Estado de sus funciones económicas...²¹

En ese sentido, el sector de las telecomunicaciones no fue una excepción de lo descrito por el doctor Jorge A. Witker. La década de 1990 fue (1) de privatización de Telmex (1990) y de Satélites Mexicanos (Satmex, 1997); (2) de suscripción de tratados, asumiendo diversos compromisos internacionales con repercusiones directas en las telecomunicaciones (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Acuerdo General del Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio, Lista de Compromisos Específicos y su Documento de Referencia),²² y (3) de apertura a la competencia, al dejar atrás como principio rector el del monopolio natural con la entrada en vigor de la Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT, 1995).²³ De esta manera, el Estado quedó como el responsable de fomentar una sana competencia para que ésta fuera el vehículo para que los habitantes de la República

²¹ Witker, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 61.

²² Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, nota 3, pp. 411-413.

²³ *Ibidem*, pp. 413 y 414.

mexicana pudieran gozar de más y mejores servicios de telecomunicaciones a mejores precios.

La privatización de Telmex fue el primer mensaje del cambio. La LFT dejó atrás el principio subyacente en la Ley de Vías Generales de Comunicación (1940), de que el Estado era el responsable de la prestación de los servicios, y que sólo cuando no pudiera proveerlos directamente, entonces serían los particulares quienes recibirían una concesión que los autorizara a proporcionar servicios de telecomunicaciones. A partir de la LFT, el gobierno se convirtió en el árbitro o regulador. El gobierno mexicano sólo conservó una participación accionaria minoritaria en Satmex después de su privatización.

Cuando el gobierno es el árbitro o regulador del mercado de las telecomunicaciones, el rol del Estado como agente económico competidor del sector privado es en el mejor de los casos indeseable. En el siglo XXI se ha percibido el regreso del Estado empresario con diversos entes públicos, como se señala a continuación.

La Comisión Federal de Electricidad (CFE) recibió en 2006 una concesión de red pública de telecomunicaciones a través de la cual se le autorizó la provisión y arrendamiento de la capacidad de su red de telecomunicaciones.²⁴ La CFE ofrece sus servicios como si fuera un competidor más del sector de telecomunicaciones. Con la reforma constitucional de telecomunicaciones de 2013 se transferirá la concesión de la CFE a Telecomunicaciones de México aun cuando la CFE retendrá prácticamente todo lo relevante (fibra óptica, derechos de vía, postería, edificios e instalaciones).²⁵

El gobierno mexicano está en proceso de integrar el sistema satelital mexicano, cuya finalidad principal es prestar servicios de seguridad nacional y de cobertura social. El Sistema Satelital Mexicano estará formado por tres satélites (“Bicentenario”, en órbita desde 2012, “Centenario”, programado para 2014, y “Morelos 3”, para 2015). Algunos funcionarios del gobierno federal mexicano han anunciado que la capacidad satelital que tuviera en exceso del sistema satelital mexicano sería puesta a disposición del mercado. Si esto llega a ser cierto, entonces el Estado estaría

²⁴ Gallegos, Teresa y González, Milton, “Aspectos relevantes de títulos de concesión de operadores de redes públicas de telecomunicaciones en el mercado de provisión y arrendamiento de capacidad (estudio comparativo)”, en Álvarez, Clara Luz (coord.), *Telecomunicaciones y tecnologías de la información*, México, Novum, 2012.

²⁵ Artículo décimo quinto del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, publicado en el *DOF* el 11 de junio de 2013.

convirtiéndose también en un competidor más de los operadores de comunicación vía satélite.

Telecomunicaciones de México, organismo descentralizado encargado de la prestación del servicio telegráfico, en 2013 recibió una opinión favorable de la Cofetel para que se le otorgue una concesión de red pública de telecomunicaciones para prestar servicios de voz y datos.

De lo anterior se percibe que es muy probable que el Estado mexicano pretenda convertirse en un agente económico más y competidor de los concesionarios del sector privado para determinados servicios. De ser así, es fundamental que se establezcan criterios claros y sólidos para que no se otorguen privilegios a las empresas públicas; de lo contrario, restará certidumbre al inversionista privado, y el gobierno regresará a ser jugador, árbitro y quien establece las reglas del juego, con todos los efectos perniciosos que eso acarrearía.

VI. INVERSIÓN EXTRANJERA

Las telecomunicaciones en México gozaron de total inversión extranjera en sus orígenes. Las dos empresas que desplegaron redes de telefonía y proporcionaron servicio telefónico a gran escala en la República mexicana fueron empresas extranjeras: La Mexicana y Mexeric. La Mexicana fue una subsidiaria del grupo corporativo estadounidense Bell; Mexeric lo fue del grupo sueco Ericsson.²⁶

Posteriormente, los servicios de telefonía y de televisión por cable estuvieron sujetos a un límite del 49% a la inversión extranjera. Por su parte, la radio y la televisión abierta, al expedirse la Ley Federal de Radio y Televisión (1960) tuvieron una prohibición general a la inversión extranjera.

En la década de 1990, con la privatización de Telmex y la suscripción de diversos tratados internacionales que ordenaban la liberalización de los sectores de la economía, incluyendo a las telecomunicaciones, se expidió la LFT (1995). En ella se trasladó la restricción a la inversión extranjera del 49%; sin embargo, se fijó una excepción a dicho límite para el caso de tecnología celular. No existe argumentación en la exposición de motivos de la LFT del porqué el límite fue 49%, y no otro más alto o bajo, ni de la excepción para servicios con tecnología celular. Lo cierto es que el despliegue de redes para el servicio de telefonía móvil era escaso, al igual que la prestación de ese servicio. Por tanto, permitir el 100% de inversión extranjera hacía

²⁶ Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, nota 3, pp. 382 y 383.

posible la disponibilidad de mayor capital para invertir en infraestructura de redes, y de esa manera poder hacer accesible el servicio móvil al ciudadano común. ¿Habría sido determinante la inversión extranjera para lograr una elevada penetración de servicios móviles en la República mexicana en tan poco tiempo?

Durante la primera década del siglo XXI existieron diversas iniciativas para aumentar la inversión extranjera en telecomunicaciones, sin que prosperaran. La reforma constitucional de telecomunicaciones de 2013 eliminó el límite a la inversión extranjera en telecomunicaciones y la permitió en radio y televisión abierta hasta el 49% siempre y cuando exista reciprocidad en el país de origen del capital extranjero.²⁷

¿Por qué al abrir la radio y la televisión abierta a la inversión extranjera se le condicionó a la existencia de reciprocidad? La iniciativa de reforma constitucional de telecomunicaciones de 2013 del presidente Enrique Peña Nieto abría la inversión extranjera de radio y televisión abierta al 49% sin establecer condición alguna. Fruto de las discusiones a puerta cerrada de los negociadores en la Cámara de Diputados, en el último momento se incluyó en el dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales el condicionamiento. El argumento vertido fue

... que dicha inversión sólo se permita tomando como base las reglas y principios internacionales que rigen para la celebración de acuerdos comerciales... [para permitir] que México se encuentre en una misma ventaja comercial competitiva y da la posibilidad de que agentes económicos mexicanos puedan realizar inversiones y adquirir conocimientos técnicos en materia de radiodifusión que beneficien a nuestro país.²⁸

Si bien es cierto que la radio y la televisión abierta tienen una incidencia masiva en la formación de opinión pública que no la tienen el resto de las telecomunicaciones (salvo el internet), el condicionamiento es injustificado. Si la preocupación era que el inversionista extranjero pudiera utilizar a la radio y la televisión como un medio para influir en los valores de la sociedad mexicana, así como para contribuir a la extranjerización y pérdida de la identidad nacional, lo relevante no era la inversión extranjera, sino el esta-

²⁷ Artículo quinto transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, publicado en el *DOF* el 11 de junio de 2013.

²⁸ Cámara de Diputados, “Propuestas de modificaciones de la Junta Directiva de la Comisión De Puntos Constitucionales”, *Gaceta Parlamentaria*, 21 de marzo de 2013, año XVI.

blecer requisitos a la difusión de contenidos (por ejemplo, cierto porcentaje de contenido nacional, respeto y promoción a la cultura mexicana).

Por virtud de la reforma constitucional de telecomunicaciones de 2013, el único sector de la economía sujeto a una restricción de inversión extranjera que tiene esta exigencia de reciprocidad es la radio y la televisión abierta, ningún otro la tiene. Las sinrazones de la reciprocidad para permitir la inversión extranjera en radio y televisión abierta incluyen las anteriores y las siguientes:

¿Por qué aplicar un principio de reciprocidad aplicable al comercio de servicios a uno de inversión extranjera? En el comercio de servicios se utiliza tanto el principio de reciprocidad como el de trato de nación más favorecida, siendo éste el más relevante en la actualidad. Sin embargo, la racionalidad para la inversión extranjera es diferente que para el comercio de servicios. Con la inversión extranjera se pretende que exista una fuente adicional de capital a invertir distinta de la fuente nacional, en tanto que en el comercio de servicios se busca que los productos o servicios de México puedan competir en otro país en las mismas condiciones que las demás personas de ese otro país.

¿Por qué generar este régimen de excepción sin una justificación de interés general? Como se mencionó, en México la única actividad que exige la reciprocidad en el país de origen del capital para un tema de límite a la inversión extranjera es ahora la radio y la televisión abierta. Además de lo injustificado que esto resulta por los argumentos expuestos, el Constituyente Permanente debió considerar que el interés general debe prevalecer sobre el interés particular. En este sentido, el interés particular de los radiodifusores prevaleció aun cuando es un sector —en especial el de la televisión abierta— altamente concentrado. ¿Cuántas empresas mexicanas tenían la intención de invertir en otros países como para exigir la reciprocidad? Sin que públicamente se haya sabido que hubiera la intención de algún radiodifusor mexicano de invertir en otros países, imaginemos que si hubiera existido dicha intención aunque fuera la más lejana y remota posibilidad, ¿cuál era la importancia de pedir que dieran reciprocidad a los corporativos mexicanos que pretendieran incursionar en otros países para radiodifusión? Ninguna. Además, en un país con una elevada concentración en televisión abierta como México, debió privilegiarse el interés general permitiendo también a inversionistas extranjeros participar sin condicionamientos, lo cual habría podido ayudar probablemente a reducir la concentración.

Es incluso posible que pudiera darse una violación a tratados internacionales, por imponer la reciprocidad a la inversión extranjera a la radiodifusión, como en el siguiente caso. México ha suscrito muchos tratados en los

cuales se ha comprometido al principio de trato de nación más favorecida. Conforme a éste, cualquier socio comercial de México puede pedir que se den las mejores condiciones que ya se dan a otros países. Imaginemos que el país ABC es socio comercial de México, y en el tratado se establece el principio de trato de nación más favorecida. Por otra parte, en el país ABC existe un límite a la inversión extranjera en radiodifusión del 10%. Está también el país MNO, que no tiene suscrito acuerdo comercial alguno con México, pero sí permite la inversión extranjera en radiodifusión al 100%. México estaría obligado a permitir a inversionistas del país MNO, invertir hasta el 49% en radiodifusión, mientras que a una empresa del país ABC, que es su socio comercial, sólo le dejaría invertir al 10%. Por tanto, el país ABC podría invocar una violación a tratados internacionales del principio de trato de nación más favorecida, toda vez que México le estaría permitiendo a otro país invertir hasta el 49% sin hacerle extensivo ese trato a ABC por virtud del condicionamiento de la reciprocidad a la inversión extranjera en radiodifusión. Es decir, por cumplir con dicho condicionamiento, México estaría violentando tratados internacionales de comercio exterior, y esto parece que ni siquiera fue analizado por la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados.

Finalmente, la reforma constitucional de telecomunicaciones de 2013 también ordenó la realización de la licitación de dos cadenas de televisión abierta. Ello ameritaba que la inversión extranjera hubiera sido sin condicionamiento alguno para permitir más concurrencia en la licitación y, eventualmente, quizá más diversidad y calidad programática.

VII. CONCLUSIONES

Las telecomunicaciones están entrelazadas con el derecho económico. Las decisiones de la manera y el tiempo de utilizar el espectro radioeléctrico no son sólo una manifestación de cómo un Estado ejerce su rectoría sobre ese bien de dominio público, sino que inciden en la manera en que se compone (o descompone) un mercado, en los beneficios a la sociedad o en la pérdida de bienestar de ésta, así como en el disfrute efectivo y pleno de derechos humanos.

La televisión abierta en México es un ejemplo de las implicaciones de las decisiones de política pública que trascienden a la esfera de lo económico para incidir incluso en la calidad de la democracia. La televisión abierta en México ha sido caracterizada en su aspecto comercial por su alta concentración en dos grupos corporativos. No obstante ello, las decisiones de

política pública y los instrumentos de derecho económico utilizados hasta la fecha no han sido dirigidos a reducir dicha concentración.

Las visiones de Estado y las políticas públicas chocan y se contraponen entre sí dependiendo del momento histórico que se analice. Las redes de telecomunicaciones fueron construidas bajo el concepto del monopolio natural. Ello cambió radicalmente en la década de 1990, cuando a nivel mundial vino la tendencia a la apertura a la competencia y la privatización de empresas públicas. Fue entonces cuando la competencia económica se convirtió en una disciplina indispensable para fomentar la competencia y libre concurrencia, combatir las prácticas monopólicas y buscar nivelar el terreno de juego al imponer condiciones asimétricas a los operadores históricos y a los dominantes. Ahora se vislumbra un todavía tímido regreso del Estado en su carácter de empresario de las telecomunicaciones, que precisa de la imposición de reglas claras para dar certidumbre a todos los agentes económicos del sector.

Finalmente, la inversión extranjera, como catalizador potencial de inversiones y fuentes de financiamiento adicionales a las nacionales, ha estado marcada por la ausencia de una argumentación de por qué se impone o no un límite a la inversión extranjera, y hasta dónde debe ser ese límite y por qué. El último caso es el de la reforma constitucional de telecomunicaciones de 2013, que por un lado abrió al 100% la inversión extranjera en telecomunicaciones y al 49% en radiodifusión, pero sujetó en este último caso a la existencia de reciprocidad. Esta particularidad de exigir la reciprocidad fue injustificado, e impuso un régimen de excepción a la radio y la televisión abierta, por lo que ahora es el único sector de la economía en México en el cual se permite la inversión extranjera sujeta al principio de reciprocidad con el país de origen del capital, olvidando que dicho principio es aplicable al comercio internacional y no a la inversión extranjera.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Clara Luz, *Derecho de las telecomunicaciones*, 2a. ed., México, Fundalex y UNAM, 2013.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, “Propuestas de modificaciones de la Junta Directiva de la Comisión de Puntos Constitucionales”, *Gaceta Parlamentaria*, 21 de marzo de 2013, año XVI.
- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Resolución del 24 de enero de 2012 en el expediente CNT-031-2011*, resuelto con el voto de la mayoría (3-2).

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

———, *Red Nacional de Transporte*, mayo de 2013.

Decreto por el que se establecen las acciones que deberán llevarse a cabo por la Administración Pública Federal para concretar la transición a la Televisión Digital Terrestre, publicado en el *DOF* el 2 de septiembre de 2010.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, publicado en el *DOF* el 11 de junio de 2013.

——— “Apagón analógico costará más de 13 mil mdp: Cofetel”, *El Universal*, 9 de enero de 2013, <http://www.eluniversal.com.mx/notas/894721.html> (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2013).

FLORES BERNÉS, Miguel, “Telecomunicaciones y competencia económica, revisión de casos recientes”, en ÁLVAREZ, Clara Luz (coord.), *Telecomunicaciones y tecnologías de la información*, México, Novum, 2012.

GALLEGOS, Teresa y GONZÁLEZ, Milton, “Aspectos relevantes de títulos de concesión de operadores de redes públicas de telecomunicaciones en el mercado de provisión y arrendamiento de capacidad (estudio comparativo)”, en ÁLVAREZ, Clara Luz (coord.), *Telecomunicaciones y tecnologías de la información*, México, Novum, 2012.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, *Lista de compromisos específicos, Suplemento 2*, GATS/SC/56/Suppl.2, 11 de abril de 1997.

SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES, *Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, del 2 de julio de 2004.

WITKER, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 9a. ed., México, Editorial Hess, 2012.