

LA REFORMA DE LAS TELECOMUNICACIONES EN MÉXICO: ¿UNA REFORMA A LA MEXICANA?

Irene Levy

*Presidenta de Observatel (Observatorio de telecomunicaciones de México)
y profesora de la Universidad Iberoamericana*

irenelevy@observatel.org

I. Introducción

¿Qué empresa invertiría en la industria de las telecomunicaciones de un país con la enorme concentración que existe en México? ¿Quién estaría interesado en incursionar en el sector de la radiodifusión, si los títulos habilitantes son otorgados de manera discrecional? ¿Con qué incentivo entrarían las empresas a un sector en el que todo se litiga en tribunales? ¿Para qué esperar uno o dos años a que el Estado mexicano otorgue una concesión para operar una red de telecomunicaciones, cuando en otros países puede obtenerse en semanas?

Así pues, resulta difícil entender la reforma en telecomunicaciones sin conocer su contexto. ¿Cuáles fueron los factores jurídicos, económicos y políticos que propiciaron esta reforma que hoy rige las telecomunicaciones en México? Cómo se llegó a la modificación constitucional del 11 de junio de 2013 (en adelante me referiré indistintamente como Reforma Constitucional) y posteriormente a la creación de su ley secundaria, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada en el DOF el 14 de julio de 2014 (en adelante, LFTR).

II. Para entender la Reforma

a) Contexto jurídico

El marco regulatorio básico que regía al sector estaba integrado por tres leyes, la Ley de Vías Generales de Comunicación, de 1940; la Ley Federal de Radio y Televisión, que había sido publicada en 1960, y la Ley Federal de Telecomunicaciones, de 1995. Las últimas dos leyes, que fueron abrogadas por la LFTR, regulaban la radiodifusión (audio y televisión abiertas) y las telecomunicaciones, respectivamente, su polaridad desconoció la convergencia durante toda su existencia, es decir, la confluencia de ambas materias. La reforma más relevante de ambas fue en abril de 2006¹, pero varias de sus disposiciones modificadas fueron llevadas a juicio por el Senado ante la Suprema Corte de

1. A esta reforma se llamó coloquialmente como «Ley Televisa», por haber sido esta empresa una de las promotoras de su modificación y, desde luego, una de las beneficiadas con ella.

Justicia de la Nación (SCJN) quien terminó por declarar inconstitucionales algunas de ellas².

Por su parte, el marco institucional era complejo. Por orden del legislador³, se creó en agosto de 1996 la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL), un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT). Y aunque esta Comisión contaba con cierta autonomía técnica y de gestión por mandato de ley, la realidad fue distinta y se instauró un diseño institucional ineficiente y tramposo: la llamada *doble ventanilla*, consistente en la desafortunada e innecesaria duplicidad de atribuciones entre la SCT y la COFETEL para ciertos trámites, que llevó el desarrollo administrativo del sector a un terreno fértil para las impugnaciones y para el coqueteo político.

En el ámbito de la competencia económica, también existía una doble ventanilla con la entonces Comisión Federal de Competencia Económica (COFECO), que era la encargada de emitir las declaraciones de dominancia en el mercado relevante de los operadores, pero una vez hecho esto, pasaba la estafeta a la COFETEL, quien tardaba años en expedir la respectiva regulación asimétrica y, una vez que lo hacía, esta ya era obsoleta y resultaba atacada con eficacia en tribunales por la empresa afectada.

En este contexto, la SCJN jugó un papel crucial en la creación del andamiaje jurídico que, por un lado, llevó a la COFETEL a tener un grado de autonomía difícilmente visto en un órgano desconcentrado que incluso, en mi opinión, modificó el concepto mismo que doctrinalmente se ha tenido de este tipo de órganos⁴; y por otro, dio herramientas para defender y mantener algunas decisiones de la COFETEL.

Este entorno adverso al desarrollo y a la construcción y respeto institucional fue quizás uno de los motores que más sirvió de impulso a la Reforma Constitucional que, como veremos, incluyó dos cambios antitéticos al escenario descrito: convirtió al órgano regulador en un organismo constitucional autónomo y eliminó la suspensión de los actos reclamados para todo lo expedido por el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL).

Cabe destacar que diversos principios que sustentan la Reforma, fueron dictados por la SCJN en la ya mencionada sentencia a la acción de inconstitucionalidad 26/2006, mediante las consideraciones que se expusieron en esa importante resolución.

Una característica que marcó el movimiento jurídico del sector, y sin duda un factor detonador de la Reforma, fue el alto nivel de litigiosidad que ha tenido. Casi cualquier decisión que tomaba el regulador, era detenida por la suspensión otorgada dentro de los juicios de amparo que interponía la o las empresas afectadas. Una vez que era otorgada dicha suspensión, la decisión regulatoria o de política pública se paralizaba y con esto se detenía toda la marcha (para bien o para mal) del sector. Cientos de amparos alimentan, todavía, los archivos de los juzgados y tribunales, y consumen recursos humanos y materiales de las autoridades.

2. Acción de Inconstitucionalidad número 26/2006.

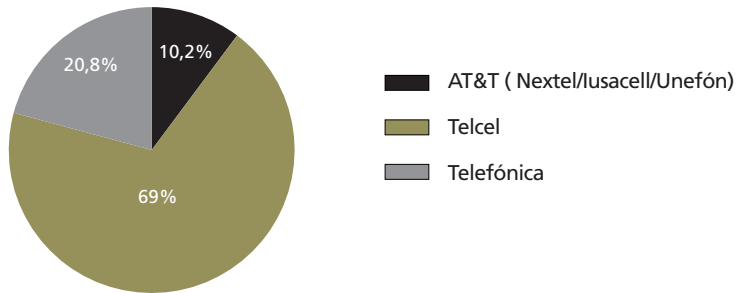
3. Artículo décimo primero transitorio de la LFT.

4. Al respecto, véase: Levy (2012: 233-270).

b) Contexto económico

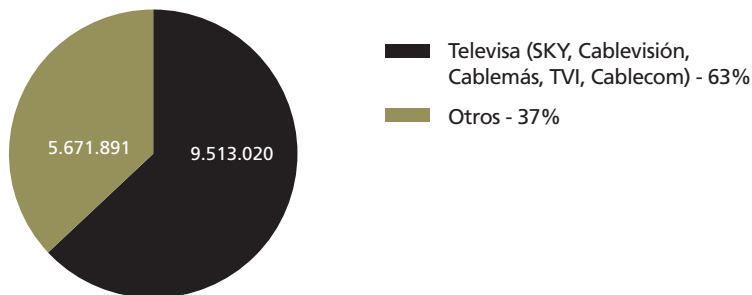
La industria de las telecomunicaciones se ha caracterizado por ser de grandes inversiones; sus costos hundidos son muy altos, por lo que solo pocas empresas pueden participar como operadores que posean infraestructura propia de redes. Sin embargo, México se ha caracterizado por ser uno de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) con mayor concentración en los diversos mercados de telecomunicaciones, hasta la fecha.

Figura 1. Usuarios móviles al tercer trimestre 2014



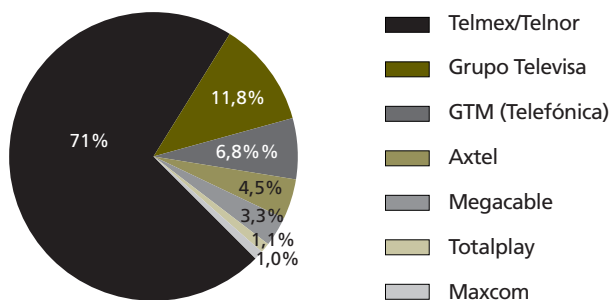
Fuente: IFT.

Figura 2. Concentración de TV de pago en el primer trimestre 2014
Total de suscriptores: 15.184.911



Fuente: MediaTelecom.

Figura 3. Concentración de telefonía fija en el tercer trimestre de 2014
Total de suscriptores: 20.640.000



Fuente: IFT.

En materia de televisión abierta, dos empresas –Televisa y Televisión Azteca– concentran el 94% de las concesiones de televisión abierta comercial del país. En materia de contenidos, entre 2007 y 2009 Televisa produjo un promedio de 70.000 horas de programación por año. Los contenidos de producción propia que Televisa transmite, a través de sus canales de televisión abierta, han representado un promedio de 55% del total de la producción.

Por lo que respecta a los índices de concentración para audiencia y publicidad en televisión abierta, en las mediciones anteriores a la Reforma eran muy altos, el principal operador comercial transmite a través de 224 frecuencias (además de 34 filiales) y el segundo en 179⁵. En un muy lejano tercer lugar encontramos el Canal 11 (26 frecuencias) y la televisión conocida como «independiente» que ostenta únicamente 17 frecuencias, entre locales y repetidoras. La siguiente tabla muestra solo parte de este panorama.

Tabla 1. Comparativo IHH de audiencia y publicidad*		
País	IHH (audiencia)	IHH (publicidad)
México	5.868	5.612
Argentina	2.638	n.d.
Colombia	3.403 ^a	n.d.
Chile	2.212 ^b	3.178 ^c
Brasil	3.788	n.d.
Venezuela	3.568 ^d	3.945 ^e
España	1.690	2.346
Reino Unido	2.624 ^a	3.230
Francia	1.920 ^a	3.689 ^a

*Tabla elaborada con información pública de reguladores y autoridades en materia de telecomunicaciones y radiodifusión en los diferentes países, 2010. Los datos por país se refieren a distintos años, todos entre 2005 y 2009.

Como vemos, los índices de concentración que teníamos antes de la Reforma, y que aún tenemos en México, tanto en el mercado de telecomunicaciones en estricto sentido como en el de radiodifusión, son altísimos. Veremos qué pasará en esta conformación con el nuevo entrante de la nueva cadena nacional de televisión, abierta recientemente, licitada por el IFETEL y que empezará a operar en 2016.

c) Contexto político

Desde la reforma de abril de 2006 que mencioné en párrafos anteriores, ni el Congreso de la Unión ni el Ejecutivo Federal presentaron iniciativas que adecuaran las leyes a lo resuelto por la SCJN. La fuerza de las grandes empresas que conforman el sector fue suficiente para continuar con el *statu quo* que tenían y que, mientras más vacíos legales existieran, más posibilidades había de perpetuar dicho estatus a través de los interminables juicios de amparo que arropaban sus prácticas mediante la suspensión de acto reclamado. A pesar de que la Administración del expresidente de México, Felipe Calderón Hinojosa, anunció en varias ocasiones modificaciones importantes en el sector, estas nunca llegaron.

5. Las cifras no consideran los canales espejo para la Transición a la Televisión Digital Terrestre.

Adicionalmente, el regreso del PRI al Gobierno tuvo como consecuencia que los cambios planeados hayan sido más radicales como consecuencia natural del reacomodo del poder político, con lo que un cambio rotundo en el esquema jurídico institucional de las telecomunicaciones, y otras materias, permitiría también un cambio de funcionarios para colocar a personas cercanas y de confianza de la Administración entrante.

El Pacto por México

El Pacto por México es una alianza política plasmada en un documento que fue firmado por el presidente Enrique Peña Nieto y los líderes de los partidos PRI, PAN y PRD a finales del año 2012. Establece acuerdos básicos para impulsar algunas iniciativas, reformas y proyectos, y surge ante la imposibilidad de que una sola de las fuerzas políticas lleve a cabo las modificaciones necesarias al marco jurídico y administrativo para poder avanzar en la agenda pendiente. En materia de telecomunicaciones incluyó 15 compromisos que describo a continuación, junto con el plazo que se estableció para iniciar su implementación.

1. Repartir computadoras portátiles con conectividad a todos los alumnos de los cursos 5° y 6° de primaria de escuelas públicas, promoviendo la alfabetización digital, adecuando los contenidos educativos al uso de tecnología y capacitando al personal docente. El segundo semestre de 2014 iniciaría la implementación del programa a nivel nacional.
2. Fortalecer a la COFECO dotándola de mayores herramientas legales mediante las reformas necesarias para determinar y sancionar posiciones dominantes de mercado en todos los sectores de la economía, particularmente se le otorgará la facultad para la participación de monopolios. Precisar en la ley los tipos penales violatorios en materia de competencia y se garantizarán los medios para hacerlos efectivos. El segundo semestre de 2013 iniciaría la implementación de la nueva legislación que se presentaría el primer semestre de 2013, de igual manera que los compromisos 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12 y 13 siguientes.
3. Creación de Tribunales especializados en materia de competencia económica y telecomunicaciones.
4. Reformar la Constitución para reconocer el derecho al acceso a la banda ancha.
5. Reformar la Constitución para evitar que las empresas del sector eludan las resoluciones del órgano regulador vía amparos.
6. Reforzar la autonomía y la capacidad decisoria de la Comisión Federal de Telecomunicaciones para que opere bajo reglas de transparencia y de independencia respecto de los intereses que regula.
7. Desarrollar una robusta red troncal de telecomunicaciones, a través del crecimiento de la red de Comisión Federal de Electricidad (CFE), los usos óptimos de las bandas 700MHz y 2,5GHz y el acceso a la banda ancha en sitios públicos bajo el esquema de una red pública del Estado. Iniciaría su implementación el primer semestre de 2013.
8. Crear una instancia responsable de la agenda digital y acceso a banda ancha en edificios públicos, que fomente la inversión pública y privada en aplicaciones de telesalud, telemedicina y

expediente clínico electrónico, y que instrumente la estrategia de gobierno digital, gobierno abierto y datos abiertos. Iniciaría su implementación el primer semestre de 2013.

9. Licitación más cadenas nacionales de televisión abierta, implantando la obligación a los sistemas de cable de incluir de manera gratuita señales radio difundidas (*must carry*), así como la obligación de la televisión abierta de ofrecer de manera no discriminatoria y a precios competitivos sus señales a operadores de televisiones de pago (*must offer*), imponiendo límites a la concentración de mercados y a las concentraciones de varios medios masivos de comunicación que sirvan a un mismo mercado, para asegurar un incremento sustancial de la competencia en los mercados de radio y televisión.
10. Regular a cualquier operador dominante en telefonía y servicios de datos, incluyendo tratamientos asimétricos en el uso de redes y determinación de tarifas, regulación de la oferta conjunta de dos o más servicios y reglas de concentración.
11. Licitación la construcción y operación de una red compartida de servicios de telecomunicaciones al mayoreo con 90MHz en la banda de 700MHz para aprovechar el espectro liberado por la Televisión Digital Terrestre (TDT).
12. Reordenar la legislación del sector telecomunicaciones en una sola ley que contemple, entre otros, los principios antes enunciados.
13. Adoptar medidas de fomento a la competencia en televisión, radio, telefonía y servicios de datos de manera simultánea.
14. Crear una instancia ciudadana y autónoma que supervise que la contratación de publicidad de todos los niveles de gobierno en medios de comunicación se lleve a cabo bajo los principios de utilidad pública, transparencia, respeto a la libertad periodística y fomento del acceso ciudadano a la información. El primer semestre de 2014 iniciaría la implementación de la nueva legislación que se presentaría el segundo semestre de 2013.
15. Elaborar la legislación correspondiente para dar cumplimiento al artículo tercero transitorio de la Reforma Constitucional del 13 de noviembre de 2007, para garantizar el derecho de réplica. No se incluyeron fechas de implementación en este compromiso, sin embargo, a la fecha de elaboración de la presente tesis, la Cámara de Diputados había aprobado ya el Dictamen por el que se expide la ley reglamentaria del artículo 6 constitucional relativa al derecho de réplica, y está pendiente de ser discutido y, en su caso, aprobado por la Cámara de Senadores.

El Pacto por México fue un ejercicio político muy eficaz que logró, al menos en el ámbito de las telecomunicaciones, que muchas de las metas planteadas en dicho acuerdo se convirtieran en reforma constitucional. Este acuerdo pluripartidista llegó a su fin y sus consensos no alcanzaron a arropar la ley secundaria que, paradójicamente, dio marcha atrás en algunos principios que persiguió la Reforma Constitucional.

Revisada la causa eficiente, o bien algunas de las causales ambientales que de por sí constituyeron el caldo de cultivo para la Reforma en Telecomunicaciones; entraré ahora a la exposición de los aspectos relevantes contenidos en dicha reforma.

III. Aspectos relevantes en la Reforma

d) Ordenamientos reformados

El 11 de junio de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la modificación a 8 artículos de la Constitución Política (arts. 6, 7, 27, 28, 73 y 105) y la inclusión de 18 transitorios como parte del paquete de reformas en telecomunicaciones y competencia económica. Los transitorios funcionaron como instructivo, como guión de lo que debían contener las leyes secundarias respectivas, su nivel de detalle tuvo un doble propósito: evitar los litigios que vendrían con seguridad si algunas de las figuras contenidas en la Constitución hubiesen sido establecidas en las leyes secundarias, y comprometer los acuerdos políticos que se habían logrado desde el Pacto por México y que, de no incluirse en ese momento, se corría el riesgo de diluir durante su progresiva agonía. Así, con siete meses de retraso, nacieron la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR), publicada en el DOF el 14 de julio de 2014, que sustituyó a las leyes Federales de Radio y Televisión de 1960, y a la de Telecomunicaciones de 1995, y la nueva Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano.

Figura 4.



e) La LFTR

Como dije, la LFTR debía haberse expedido en diciembre de 2013, sin embargo, no se publicó hasta julio de 2014, incumpliendo los legisladores con el plazo al que obligaba la propia Constitución. Pero el retraso no fue el mayor problema, sino que no es un buen texto. Tiene inconstitucionalidades, errores, contradicciones, ausencias y excesos, mala técnica legislativa e incluso frases sin verbo. Desde luego que también contiene cosas buenas, pero el estándar de calidad ofrecido por el Pacto por México, cuando confeccionaban las reformas, se fue desdibujando con una ley secundaria indigna de ser llamada estructural. Considero que valdría la pena revisar sus más de 300 artículos con ánimo de mejorarla.

f) Contenido de la reforma en telecomunicaciones

La Reforma Constitucional es muy amplia, involucra desde derechos fundamentales, medidas específicas de competencia económica, proyectos específicos de inversión, medios públicos y una modificación profunda al entorno institucional. Para una mejor comprensión de la Reforma, vale la pena dividir su contenido en cuatro grandes ejes:

Figura 5. La reforma en telecomunicaciones



1. Derechos fundamentales

a. Derechos fundamentales en la Reforma Constitucional

La Reforma Constitucional incluyó como derechos fundamentales el de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, los mismos que hoy yacen catalogados como *servicios públicos*, incluido el de banda ancha e Internet. Asimismo, se fortaleció el derecho a la información, a través del establecimiento de obligaciones a cargo del Estado tendientes a garantizar para todo individuo, su plena integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital con metas anuales y sexenales, así como una nueva estructura institucional y sustantiva relacionada con los medios públicos, quienes deberán, según la Reforma, contar con independencia editorial, garantías de participación ciudadana, opciones de financiamiento, entre otras características.

Por primera vez fueron mencionados los derechos de los usuarios y las audiencias a nivel constitucional. De igual manera, lo fueron los medios comunitarios e indígenas, así como los límites a la propiedad cruzada. Se obligó a legislar en materia de derecho de réplica y a establecer los mecanismos que aseguren la promoción de la producción nacional independiente.

Sin embargo, como veremos, la ley secundaria no respetó del todo el espíritu constitucional en esta materia. En el siguiente apartado mencionaré algunos ejemplos.

b. Derechos fundamentales en la ley secundaria

Algunos cambios constitucionales, como la obligación del Estado de garantizar el derecho de acceso a Internet, en mi opinión, son más demagogia que realidad. Ahí tenemos también los mexicanos los derechos a una vivienda digna, a la salud y a la educación, y son igualmente

más buenos deseos que realidades. ¿A quién exigir el derecho al acceso a las tecnologías? La LFTR no establece cómo hacer válida esta prerrogativa. De ahí la demagogia.

Por lo que respecta a los medios públicos, de la Reforma Constitucional nace otra ley llamada Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano, por la que se crea el organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal no sectorizado, denominado Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano, que sustituyó al Organismo Promotor de Medios Audiovisuales creado por el expresidente Felipe Calderón Hinojosa y que también tenía el carácter de órgano descentralizado, solo que sí estaba sectorizado a la Secretaría de Gobernación. La verdad es que la situación no cambió mucho porque, aun cuando el nuevo organismo no está sectorizado a ninguna secretaría o ministerio, lo cierto es que su estructura para la toma de decisiones depende del Gobierno federal⁶, con lo que en realidad la supuesta independencia o autonomía terminó siendo una simulación.

En materia de derechos de los usuarios, ciertamente la LFTR establece un amplio catálogo cuya defensa dependerá ciertamente del Instituto Federal de Telecomunicaciones, pero sobre todo de la Procuraduría Federal del Consumidor, quien aún no crea la subprocuraduría especial de servicios de telecomunicaciones que se ordenó la LFTR.

Por lo que respecta a medios audiovisuales, el catálogo de derechos es mucho más limitado que el de los usuarios de telecomunicaciones. Adicionalmente, el legislador omitió incluir lo relativo a derecho de réplica y en relación a los mecanismos para asegurar la promoción de la producción nacional independiente resultó una burla. Resulta que la supuesta promoción radica en que las concesionarias de televisión comercial, tendrán derecho a incrementar los minutos de publicidad en caso de que transmitan cierto porcentaje de producción nacional independiente cuando, en realidad, el apoyo tendría que haber sido a los productores y no a los concesionarios.

Mención aparte merecen los artículos 189 y 190 de la LFTR, que violentan varias garantías constitucionales con el establecimiento de un «Estado vigilante», al ordenar a los operadores colaborar con las instancias de seguridad en la localización geográfica en tiempo real de los equipos móviles, sin que esté limitado a la comisión de delitos graves, como sí restringía la anterior LFT.

2. Marco institucional

a. El Instituto Federal de Telecomunicaciones

En la Reforma del artículo 28 constitucional, se creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL) como un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en la propia Constitución y en los términos que fijen las leyes. Fue precisamente la naturaleza jurídica de organismo constitucional autónomo, la modificación que mereció una de las críticas

6. Las decisiones son tomadas por mayoría de votos de su junta de gobierno que está compuesta por el presidente del Sistema (que es nombrado por el presidente de la República con aprobación de las dos terceras partes de la Cámara de Senadores), un representante de la Secretaría de Gobernación, de la Secretaría de Educación Pública, de la Secretaría de Salud y tres representantes del Consejo Ciudadano. Así que los 4 votos necesarios están del lado del Gobierno federal, como se observa.

más fuertes de la Reforma, respecto a lo concerniente al marco institucional. Y esto debido a que pareciera que la materia regulatoria de las telecomunicaciones no justifica ser extraída de la esfera del Gobierno para pasar a ser manejada por un órgano de Estado. La razón: no hay, aparentemente, conflicto entre la función esencial del Gobierno, la regulación de las telecomunicaciones y la administración de bienes del dominio público, como lo es el espectro radioeléctrico⁷. Entonces, ¿por qué convertir al órgano desconcentrado –COFETEL– cuyas funciones son medularmente de gobierno, en un organismo constitucional autónomo?

En mi opinión, existen dos razones primordiales a las cuales responde la elección de autonomía constitucional como naturaleza jurídica del IFETEL, una de orden político y otra de carácter jurídico-histórico. La política hace referencia, inevitablemente, al cambio de Gobierno y de partido político en el poder presidencial. Como ya mencioné al inicio de este análisis, el regreso del Partido Revolucionario Institucional (PRI) al poder, después de 12 años, ha estado acompañado de una tendencia reformadora del Estado. No solo la de telecomunicaciones, sino también la educativa, la energética, la política, la electoral, y cabe mencionar, todas a nivel constitucional, lo que ha fungido como icono del regreso del PRI al poder. Una de las razones de esta transformación profunda de nuestra Constitución Política radica, en mi opinión, en la materialización de un mecanismo para retomar el control institucional, de las personas y del poder; es decir, un acto propio del destruir para reconstruir sería quizás la frase corta con la que podría definir el intento reformista. No hay que olvidar que el cambio de y en las instituciones deriva en una transformación de individuos.

La segunda razón se relaciona con el resultado ineficiente del esquema institucional anterior; los órganos desconcentrados, como la COFETEL, parecieron no resultar un «traje a la medida» para la labor que se les encomendó, aunque en este tema, sostengo que hubiese sido más conveniente el diseñar una nueva especie jurídica de órganos reguladores; pues la figura de la desconcentración fue incómoda e insuficiente para la COFETEL, y en general para los órganos reguladores.

El IFETEL se compone de siete comisionados, incluyendo a su presidente, elegidos mediante un proceso complejo que concluye en la formación de listas de las cuales el presidente de la República elige al candidato o los candidatos y el Senado los ratifica por las dos terceras partes. Adicionalmente, cuenta con una contraloría interna cuyo titular es designado por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, así como un Consejo Consultivo, integrado por 15 miembros honorarios y que funge como órgano asesor en la observancia de los principios establecidos en los artículos 6 y 7 constitucionales. El Instituto quedó integrado el 10 de septiembre de 2013, tres meses después de la publicación de la Reforma Constitucional.

Sus facultades son muy amplias, el IFETEL tiene a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radio-difusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en

7. Me refiero a un aparente conflicto de intereses del Gobierno que pudiera influir en las tareas como el caso de la materia electoral o la definición de la política cambiaria y monetaria, ambas en manos de dos órganos constitucionales autónomos, el Instituto Federal Electoral y el Banco de México, respectivamente.

los artículos 6 y 7 de la CPEUM. Se trata de facultades que representan la médula de cualquier órgano regulador. Desde luego, la atribución de expedir disposiciones administrativas generales es muy relevante, pues la rigidez de elaboración legislativa que impone nuestro sistema jurídico, e incluso el reglamentario, haría imposible el regular un sector tan dinámico dentro de los tiempos que exige la modernidad.

De igual manera, fueron asignadas al Instituto las atribuciones para el otorgamiento y la revocación de los títulos habilitantes, así como la autorización de cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones. El Instituto también es el que fija las contraprestaciones (en una licitación de espectro radioeléctrico, por ejemplo), previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se trata de una opinión no vinculante, por lo que el Instituto tendrá la última palabra.

Las facultades en materia de competencia económica en el sector de telecomunicaciones y radiodifusión, que otrora tenía la Comisión Federal de Competencia, fueron dadas al Instituto, con lo que la actual Comisión de Competencia no tiene injerencia en la materia.

Por otro lado, las normas generales, actos u omisiones del IFETEL podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión. En efecto, el abuso que algunas empresas hicieron del juicio de amparo y su suspensión para evitar la actuación de las autoridades, llevó a que el Poder Legislativo cometiera este exceso, y no solo me refiero al relativo a la eliminación de la suspensión en todos los actos del IFETEL, sino también el de suprimir recurso administrativo alguno. Esta situación, además de ser un exceso, en mi opinión crea un régimen inequitativo entre los operadores de telecomunicaciones y las empresas de otros sectores. ¿Por qué una empresa cementera o de alimentos debería tener un régimen judicial distinto al de las empresas de telecomunicaciones? No existe razón alguna de fondo, no hay ningún argumento jurídico que respalde esta decisión.

Eliminar el recurso de reconsideración también fue un error. El recurso administrativo tiene un doble propósito, primero, el de respetar y hacer valer el derecho fundamental de audiencia para los particulares y, segundo, representa una opción de autorrevisión por parte del propio órgano emisor del acto. Paradójicamente el recurso administrativo constituye una vía para evitar litigios judiciales –que es uno de los propósitos de la Reforma– y, como ya he mencionado, adicionalmente abre una puerta para que la autoridad repare errores y respete el derecho de audiencia a los particulares.

De esta forma, la no suspensión generalizada, crea, como ya he dicho, una situación de inequidad entre empresarios de telecomunicaciones y los de otros mercados. En ciertos casos, podría equipararse, incluso, a denegación de justicia.

b. Sistema de Radiodifusión Pública del Estado Mexicano

En el apartado de derechos fundamentales hablé sobre la conformación de este organismo.

c. Tribunales especializados

La Reforma Constitucional ordena la creación de tribunales especializados en materia de telecomunicaciones, radiodifusión y competencia económica dentro de los 60 días naturales posteriores a la entrada en vigor del decreto. Dichos tribunales ya han sido creados y ya se encuentran operando. Son cuatro juzgados y dos tribunales colegiados. Esto es positivo porque se logrará un grado de especialización en este sector que es, *per se*, tan técnico. Con esto, las resoluciones del IFETEL que sean impugnadas serán revisadas por los nuevos tribunales especializados.

3. Competencia

Una de las líneas discursivas principales que acompañó la Reforma, fue la idea de acabar con los monopolios (sic) del sector. Por ello, se incluyeron diversas medidas en la Constitución que pretendían modificar en el muy corto plazo la enorme concentración que existe en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. A continuación analizo las principales figuras que integraron esta especie de sistema procompetencia de la Reforma.

a. Inversión extranjera

La inversión extranjera directa (IED) permitida en el sector de telecomunicaciones antes de la entrada en vigor de la Reforma Constitucional era del 49%, excepto en el caso de telefonía celular, en la que se admitía hasta el 100%. Al respecto, el Decreto de Reformas estableció ya la apertura al 100% en IED, sin restricciones para todo lo relativo a telecomunicaciones, incluyendo servicios satelitales.

En materia de radiodifusión, se ha incluido la posibilidad de contar hasta con el 49%, siempre que exista reciprocidad con el país en el que se encuentre constituido el inversionista o el agente económico que controle en última instancia a este, directa o indirectamente; tomemos en cuenta que con anterioridad a la Reforma, la actividad en cuestión yacía absolutamente cerrada a la participación extranjera.

b. Preponderancia

Aunque ya existían en las normas de competencia económica algunas figuras, como la determinación del poder sustancial en el mercado relevante, tendientes a evitar que las grandes empresas dañen la competencia, lo cierto es que no funcionaron debido, como ya mencioné, a un marco jurídico poco eficaz. De esta forma, la ocurrencia fue crear una nueva institución jurídica de competencia económica cuyos efectos en favor de la competencia pudieran ser inmediatos. Ya dije que la suspensión de los actos reclamados en los juzgados llevó a que la autoridad viera mermada su efectividad regulatoria. Así nació la preponderancia.

A diferencia de la dominancia, la preponderancia no está relacionada con el llamado mercado relevante, es decir, no se examina la conducta de una empresa en un mercado específico –como el de la telefonía fija, o la televisión abierta–. La Reforma establece que un agente económico será preponderante, en razón de su participación nacional en la pres-

tación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, siempre que cuente de manera directa o indirecta con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje, ya sea por el número de usuarios, suscriptores o audiencia, o bien por el tráfico en sus redes o la capacidad utilizada de las mismas, de acuerdo con los datos de que disponga el IFETEL. Cabe destacar que, dentro de las facultades que la propia Reforma otorga al IFETEL, encontramos la de ordenar la desincorporación de activos, acciones o partes sociales a empresas consideradas como preponderantes.

El IFETEL determinó así cuáles eran las empresas preponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones e impuso, en marzo de 2014, ciertas medidas asimétricas a ellos, sin llegar a ordenar la desincorporación de activos o la separación funcional. Sin embargo, esta figura en conjunto con la redacción representa un problema, dado que la Reforma establece que las empresas deben ser medidas por un porcentaje global, entonces debemos distinguir entre aquellas que prestan servicios de telecomunicaciones y las que prestan servicios de radiodifusión (radio y televisión); estos son los únicos mercados a los que se refiere la Constitución. A América Móvil, por ejemplo, le sumaron el porcentaje de suscriptores de telefonía fija (con Telmex), móvil (con Telcel) y datos (con Prodigy) y tuvo más del 50%, con lo que fue declarada preponderante. Por su parte Televisa fue declarada preponderante en televisión abierta, pero en televisión de pago, donde tiene más del 60% de suscriptores a nivel nacional, no lo fue. Esto porque la ley secundaria, que pudo haber aclarado la redacción constitucional en cuanto a si la preponderancia puede ser por sectores, servicios o mercados, no lo hizo, y por tanto la televisión restringida o de pago pertenece al sector de telecomunicaciones en el que Televisa no tiene más del 50% de usuarios de todos los servicios sumados. Así que la efectividad de la medida dejó mucho que desear, al menos respecto de este servicio.

Actualmente el IFETEL se encuentra en el proceso de determinación de dominancia de Televisa en televisión de pago. Pronto sabremos el resultado. La LFTR establece un listado de medidas que pueden ser impuestas a los preponderantes.

Por otro lado, hay un artículo de la LFTR que llama la atención y que tiene que ver con la preponderancia; es el noveno transitorio de este ordenamiento, un verdadero paso atrás en materia de competencia, pues establece que «en tanto exista un agente económico preponderante en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, con el fin de promover la competencia y desarrollar competidores viables en el largo plazo, no requerirán de autorización del Instituto Federal de Telecomunicaciones las concentraciones que se realicen entre agentes económicos titulares de concesiones, ni las cesiones de concesión y los cambios de control que deriven de estas, que reúnan ciertos requisitos».

Con fundamento en este artículo, Televisa ha adquirido más empresas de televisión de pago sin necesidad de solicitar autorización del IFETEL, y con ello, paradójicamente, el nivel de concentración en este servicio ha aumentado a partir de la Reforma. Por eso sostengo que en algunos casos la ley secundaria verdaderamente fue contra la Reforma Constitucional y, sobre todo, contra su espíritu.

c. Must carry y must offer

Must carry es la obligación a cargo de los sistemas de televisión restringida (de pago) de transmitir las señales de televisión abierta por medio de sus redes.

Must offer se refiere a la obligación de las empresas de televisión abierta de permitir que sus señales sean transmitidas a través de los sistemas de televisión restringida, bajo términos y condiciones no discriminatorias.

En México, históricamente se había dejado a la voluntad de los concesionarios de televisión abierta el permitir, o no, a las empresas de televisión de pago la retransmisión de sus contenidos. Esto, aunado a la brutal concentración y el obvio conflicto de interés que representa el que la empresa más grande de televisión abierta sea dueña de empresas de televisión de pago, tuvo como efecto el desplazamiento de la competencia⁸.

Así, uno de los preceptos reformados acabó con esta situación. La Reforma estableció el *must carry* y el *must offer* gratuitos para el caso de la radiodifusión y televisión restringida, con excepción de las empresas consideradas como preponderantes, que deberán cubrir una contraprestación para tal efecto.

No hay que olvidar que la propia Reforma dispone que la radiodifusión es un servicio público de interés general, por lo que el Estado garantizará que sea prestado en condiciones de competencia y calidad, y brindando los beneficios de la cultura a toda la población. Así, el *must carry* y el *must offer* deben ser vistos como lo que son: derechos de las audiencias para recibir los canales de televisión abierta, sin mayores restricciones que los que ha impuesto la propia Constitución, y de manera gratuita; cabe poner de relieve que estos forman parte del derecho a la información.

d. Nuevas cadenas de televisión

La Reforma obligó al IFETEL a publicar las bases y la convocatoria para licitar nuevas concesiones de frecuencias de televisión abierta comercial digital con cobertura nacional. Así lo hizo en marzo de 2014, antes de que tuviéramos ley secundaria. De ese proceso estuvieron excluidas de participar las empresas o grupos que acumulen concesiones para prestar servicios de radiodifusión de 12 MHz (dos canales de televisión) en cualquier zona geográfica, es decir, Televisa y Televisión Azteca. El proceso licitatorio concluyó con pocos participantes. En la última etapa solo quedaron tres, uno de ellos renunció antes de que el sobre de la propuesta económica fuera abierto, de modo que las dos cadenas fueron adjudicadas a los dos únicos participantes: Grupo Imagen, que ofreció y pagó 1.808 millones de pesos, y Grupo Radiocentro, cuya postura fue de 3.058 millones de pesos; sin embargo, esta última decidió no pagar y dicha cadena nacional de televisión quedó desierta.

Recientemente, el IFETEL resolvió que en el Programa Anual de Uso y Aprovechamiento de Bandas de Frecuencias 2016 se incluirán por lo menos los

8. Véase el caso de la empresa Direct TV, que a pesar de haber invertido en México, salió del mercado debido a que Televisa, dueña de SKY TV, su principal competidora, nunca le permitió retransmitir sus canales abiertos.

123 canales que quedaron disponibles en la licitación desierta mencionada. Dichas frecuencias podrán agruparse en un sistema nacional, o varios regionales o locales, debido a que el IFETEL ya no está obligado a licitar necesariamente cadenas nacionales de televisión. Así que el próximo año 2016 habrá nuevamente procesos licitatorios de televisión abierta.

El tema de las nuevas cadenas de televisión, además de ser innegablemente un aspecto en materia de competencia, pues es indispensable diluir la concentración existente en televisión abierta comercial en México, también constituye una manera de incrementar la calidad del derecho a la información de los mexicanos.

e. Arrendamiento del espectro

Una estupenda figura incluida en la LFTR, que no estaba en la LFT, es la posibilidad de que el concesionario del espectro radioeléctrico lo dé en arrendamiento a otro u otros concesionarios. Se trata de una medida para optimizar el uso de este bien escaso que es el insumo más importante de las telecomunicaciones y crear un incentivo para que no esté ocioso o subutilizado. Desde luego que entraña autorización previa del IFETEL, que deberá revisar que no se afecte el servicio ni se generen fenómenos de concentración, pero sin duda es una medida que ayudará a dar movilidad al espectro.

4. Presencia del Estado en los grandes proyectos de la Reforma

a. La red compartida mayorista

Este tema de la red compartida mayorista, bien podría haberse ubicado también en el apartado anterior de competencia, pero vale la pena, por su importancia, separarlo conceptualmente. Bien, el artículo 16 transitorio de la Reforma Constitucional dispone que el Estado, a través del Ejecutivo federal en coordinación con el IFETEL, garantizará la instalación de una red pública compartida de servicios inalámbricos al mayoreo que impulse el acceso efectivo de la población a la comunicación de banda ancha y a los servicios de telecomunicaciones. Según la Constitución, esta red mayorista tendrá las siguientes características:

- Iniciará la instalación antes de que concluya el año 2014, y estará en operación antes de que concluya el año 2018;
- Contemplará el aprovechamiento de 90 MHz la banda 700 MHz, de los recursos de la red troncal de fibra óptica de la CFE y de cualquier otro activo del Estado que pueda utilizarse;
- Podrá contemplar inversión pública o privada;
- Asegurará que ningún prestador de servicios de telecomunicaciones tenga influencia en la operación de la red;
- Operará bajo principios de compartición de toda su infraestructura y prestará exclusivamente servicios a las empresas comercializadoras y operadoras de redes de telecomunicaciones, bajo condiciones de no discriminación y a precios competitivos;
- Promoverá que la política tarifaria de la red compartida fomente la competencia y que asegure la reinversión de utilidades para la actualización, el crecimiento y la cobertura universal.

Con la asignación de todo el bloque de 90 MHz a una sola red, se busca, según la propia Constitución, optimizar el uso del espectro y minimizar el costo de operación; disminuir precios a los usuarios; lograr cobertura en el 98% de la población, incluyendo zonas rurales; hacer disponible su capacidad a todos los operadores, incluyendo los virtuales, con el propósito de multiplicar la competencia en servicios finales. Se ha estimado que se requiere una inversión de 10.000 millones de dólares en 10 años para lograr el objetivo.

México es el único país del mundo, con excepción de Ruanda, que ha optado por este esquema para la banda de 700 MHz, el resto de los países se han ido a la manera tradicional de asignación del espectro: licitarlo a operadores privados. La realidad es que el objetivo del proyecto es adecuado, el problema es la implementación. De hecho, la SCT ya ha incumplido el plazo para iniciar su construcción que estaba fijado en 2014. La realidad es que la mala redacción constitucional no ayuda a la implementación. La nueva red podría operar a través de una Asociación Público Privada (APP). A la sociedad que se constituya, el Estado aportaría el espectro radioeléctrico y otros insumos esenciales para su operación, y los particulares que ganen la licitación respectiva invertirían en la infraestructura que se requiera para la construcción y operación de la red, y prestarían los servicios. Con los datos que tenemos, podemos suponer que ningún concesionario móvil actual podrá participar en la licitación, y que el Estado no operará directamente la red. De cualquier forma, deberá asegurar la neutralidad competitiva, a fin de garantizar que no se cree una estructura de mercado que dañe la competencia, algunas reglas sobre esto están incluidas en la LFTR.

Por su parte, la SCT inició un proceso de manifestación de interés, una especie de consulta pública que establece 5 etapas para la licitación de la red, que se desarrollarán en 30 semanas y que terminarán con la publicación de las bases en noviembre de 2015. Sin embargo, cada vez son más las voces que piden la reforma constitucional para que el espectro sea licitado a los operadores directamente. La realidad es que en México, como en muchos otros países, existe una enorme desconfianza de los proyectos que toma en sus manos el Gobierno, por corrupción y por ineficiencia. El problema, mientras tanto, es el tiempo que se tardará en que esta importante banda del espectro radioeléctrico se utilice.

b. El apagón analógico

La Televisión Digital Terrestre (TDT) tiene tres principales características: i) permite que en el espacio de la señal de un canal analógico quepan varios canales; ii) mejora la calidad de la imagen con una mayor resolución y alta definición, y iii) facilita la interacción de los espectadores; es decir, pueden participar en encuestas, concursos o compras por este medio.

El proceso de digitalización de la televisión permite la optimización del uso del espectro radioeléctrico, que es el espacio por medio del cual se transmiten las señales, ya que en los 6 MHz que originalmente se emplean para transmitir un canal analógico de televisión en México y otras partes del mundo, mediante la digitalización, pueden aprovecharse para prestar hasta seis canales digitales.

Como resultado del proceso de transición a la TDT, es posible liberar frecuencias del espectro radioeléctrico, lo que se conoce como dividiendo digital, espacio que puede ser empleado para prestar el servicio de radiodifusión u otros servicios, dependiendo de las características particulares de las bandas liberadas.

Cabe señalar que, para poder recibir las señales de la TDT, es necesario que los usuarios o televidentes cuenten con receptores digitales adecuados a la nueva tecnología, es decir, televisores que permitan la recepción directa de la señal, o bien, *cajas convertidoras* de la señal, también conocidos como decodificadores.

La conclusión del proceso de transición a la TDT en un país o región tiene lugar con el denominado *apagón analógico*, que se refiere al momento en el que finalizan completamente las transmisiones analógicas, por lo que los usuarios que no cuenten con aparatos receptores adecuados para la recepción de transmisiones de TDT, no podrán recibir la señal abierta de televisión por parte de los operadores de este servicio.

En México, la Reforma dispone que el apagón analógico será el 31 de diciembre de 2015. No obstante este claro mandato constitucional, lo cierto es que existe un retraso en la implementación de la política de transición que podría llevar a posponer la fecha establecida en la Constitución. El Gobierno del actual presidente Enrique Peña Nieto decidió subsidiar el apagón a través de la entrega de televisores que supuestamente serían «inteligentes» con lo que se disminuiría simultáneamente la brecha digital al poder conectarse a Internet con dichos dispositivos. Lo cierto es que el proceso ha tenido muchos tropiezos. Primero, la utilización de la entrega de televisores con fines político electorales; segundo, un retraso en el calendario y, tercero, los televisores adquiridos resultaron no ser aptos para su conexión a Internet pues requieren que se conecte un equipo interfaz para tal efecto. Veremos qué pasará durante lo que resta de 2015 con el apagón analógico, cuyo retraso afectaría, sobre todo, a la nueva cadena nacional digital de televisión que tendrá menos audiencia potencial en la medida en que sea menor la penetración de televisión digital en el país.

IV. Prospectiva regulatoria

Sería falso afirmar que la Reforma de telecomunicaciones se limita a la modificación de la Constitución y la expedición de dos nuevas leyes (la LFTR y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano). Desde su integración, el IFETEL no ha cesado de producir normatividad secundaria y resoluciones que han estado alimentando el proceso reformador. Es importante mantener la atención y el análisis en los ordenamientos secundarios que ya ha expedido y los que faltan.

V. Conclusiones

- La Reforma Constitucional es consecuencia de una serie de factores jurídicos, económicos y políticos. Su texto no es perfecto pero sus objetivos son deseables.

- La Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, ordenamiento derivado de la Reforma Constitucional, no es la herramienta idónea para lograr los objetivos propuestos en la Constitución. En varios de sus artículos, incluso, desnaturaliza los propósitos iniciales de la Reforma.
- La Reforma básicamente se concentró en cuatro ejes: derechos fundamentales, marco institucional, competencia y proyectos con intervención del Estado.
- La preponderancia es una figura creada en México que no tiene otras similares en el mundo. Las medidas asimétricas que se impusieron a los preponderantes (América Móvil en Telecomunicaciones y Televisa en Radiodifusión) no fueron tan enérgicas como se pensaba (desincorporación, separación, etc.). Los efectos de la preponderancia serán medidos en el 2016 por el IFETEL.
- De las dos cadenas nacionales de televisión que se licitaron, solo una fue asignada porque la otra quedó desierta por falta de pago. Durante el 2016 se realizarán nuevas licitaciones en este servicio.
- El Proyecto de la Red Compartida Mayorista es el más ambicioso del sector durante este sexenio. Va retrasado y aún no sabemos cómo se diseñará e implementará. El próximo año deberá ser clave para su desarrollo.
- A fin de vislumbrar verdaderos cambios radicales en el sector, no basta con la Reforma, es necesario esperar su implementación a través de actos concretos del IFETEL y la SCT, pero especial atención merece la revisión de la regulación secundaria que prolíficamente ha estado surgiendo desde el nuevo órgano regulador autónomo.

Referencias bibliográficas

Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Juarie & Cia. Editores, 1929.

Levy Mustri, Irene y Habib Ortiz, Yamil (coords.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. México D. F.: Porrúa, col. Obra Jurídica Enciclopédica, 2012.

Levy Mustri, Irene. «Evolución de la Naturaleza Jurídica de la Comisión Federal de Telecomunicaciones», en: Levy Mustri, Irene y Habib Ortiz, Yamil (coords.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. México D. F.: Porrúa, col. Obra Jurídica Enciclopédica, 2012, p. 233-270.

López-Ayllón, Sergio. «El Derecho a la información como derecho fundamental», en: Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.). *Derecho a la Información y derechos humanos. Estudios en Homenaje al maestro Mario de la Cueva*. México D. F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000 (en línea) <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/7/5.pdf>

Mendel, Toby. «Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente». *Derecho comparado de la información*, n.º 1 (enero-junio de 2003) (en línea) <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInformacion/1/cnt/cnt3.pdf>

OCDE. «Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México». OECD Publishing, 2012 (versión en español).

Textos jurídicos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. D.O.F. México, 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada en el D.O.F. (2 de julio de 2015).

Dictamen por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de telecomunicaciones y competencia económica. (en línea) http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-04-29-1/assets/documentos/DICTAMEN_TELECOMUNICACIONES.pdf

Ley Federal de Radio y Televisión. D.O.F. México 19 de enero de 1960. Última reforma publicada en el D.O.F. (19 de junio de 2009).

Ley Federal de Telecomunicaciones D.O.F. México 7 de junio de 1996. Última reforma publicada en el D.O.F. (16 de enero de 2012).

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 publicada en el D.O.F. (20 de agosto de 2007).

