

Iniciativa de reforma constitucional en materia de competencia económica y telecomunicaciones

Una reforma histórica Miguel Flores Bernes¹

La iniciativa de reformas constitucionales en materia de telecomunicaciones y competencia es una oportunidad histórica para mejorar mercados con problemas estructurales. Es el producto del denominado “Pacto Por México”, instrumento de negociación política implementado por el Ejecutivo Federal y las dirigencias del Partido Acción Nacional, el Partido Revolucionario Institucional y el Partido de la Revolución Democrática. La iniciativa tiene como base² reformas y adiciones a los artículos 6º y 7º de la Constitución en relación al reconocimiento del derecho al libre acceso a la información y derecho a la libertad de difusión; así como al derecho de acceso a tecnologías de la información y servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha. Hay temas en este aspecto muy relevantes por su posible impacto en la libertad de expresión, por ejemplo no es claro cómo se interpretará el “libre acceso a la información veraz, plural y oportuna”. No obstante, en este documento referiremos, principalmente, a las reformas que atañen al tema de competencia económica incluyendo los relacionados a la apertura de mercados en las telecomunicaciones y la radiodifusión.

Es claro que los redactores de esta iniciativa tenían en mente principalmente la apertura y regulación de los sectores de las telecomunicaciones y la radiodifusión, sectores donde la actual Comisión Federal de Competencia (CFC) ha declarado en diversas resoluciones que existen agentes económicos con poder sustancial de mercado. No obstante, la CFC en diversos estudios ha señalado que México es un país con muchos otros mercados con estructuras de mercado oligopólicas o en las que existen agentes con poder sustancial de mercado. La consecuencia de esas estructuras, es por supuesto, que los precios, el abasto y la innovación no están sujetas a una competencia que favorezca la eficiencia, sino más bien quedan al arbitrio de un solo jugador en el mercado o a la interrelación entre muy pocos jugadores.

La Ley Federal de Competencia Económica de 1992, ha sido reformada en varias ocasiones, teniendo dos reformas importantes en 2006 y 2011. Los frutos de estas reformas apenas se empezaban a notar, pero los problemas en sectores sensibles para la población, como lo son el de telecomunicaciones y radiodifusión, impulsaron estos cambios necesarios para acelerar el paso al máximo.

Principales cambios en materia de competencia económica aplicables a todos los sectores económicos.

Interpretación constitucional del objetivo del Derecho de la Competencia.

El primer cambio es la modificación del cuarto párrafo del artículo 28 constitucional para aclarar que se debe sancionar severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre **sí o para** obligar a los consumidores a pagar precios exagerados. La novedad estriba en que antes se podría interpretar (y así lo han manifestado algunos

¹ Comisionado en la Comisión Federal de Competencia. Las opiniones son personales twitter: @mfbernes

² Así se aprecia en el tercer párrafo de la exposición de motivos de la iniciativa: “... dicho acuerdo se coincidió en la necesidad de legislar en las materias de radiodifusión, telecomunicaciones, a fin de garantizar su función social y modernizar al Estado y la sociedad, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, así como para fortalecer las facultades de la autoridad en materia de competencia económica...”

promoventes ante la CFC en varios casos), que sólo se deben sancionar las prácticas monopólicas y concentraciones, cuando redundan en precios exagerados, pero no necesariamente cuando afectan el proceso de libre competencia, la adición ayuda a aclarar la interpretación litigiosa.

Cambios orgánicos, “autonomía.”

El segundo cambio es la transformación de la Comisión Federal de Competencia (CFC), actualmente un órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía –Ejecutivo Federal-, en un organismo autónomo constitucional. La justificación es darle “autonomía” en el ejercicio de sus funciones, en razón de la especialización que requieren. La autonomía se daría frente a los demás poderes primarios, aunque es claro que más bien se trata de darle mayor autonomía frente al Poder Ejecutivo, pues las resoluciones seguirán estando sujetas a revisión del Poder Judicial. En mi opinión, para el caso de la aún CFC, dicha autonomía ya estaba garantizada con los nombramientos escalonados y por diez años de los comisionados. En mi experiencia dicha autonomía nunca fue vulnerada, pues a pesar de que sí se recibían llamados de altos funcionarios del gobierno sugiriendo determinadas actuaciones, estos no tuvieron efecto alguno en las decisiones, pues dado el diseño aún vigente no había forma de presionar de otra manera. Tampoco existe ninguna evidencia o estudio que pudiera poner en duda la autonomía de la CFC en la toma de sus decisiones técnicas, así que este cambio me parece poco justificado.

La nueva Comisión Federal de Competencia Económica (CFCE), estará integrada por siete comisionados (dos más que la actual), designados a través de un procedimiento novedoso pero complicado que incluye examinar a los aspirantes y a propuesta del Ejecutivo Federal pero con la ratificación del Senado de la República.³ En congruencia con ese mecanismo de designación, se reformaría el artículo 78 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para suprimir la facultad de la Comisión Permanente de ratificar los nombramientos de los integrantes del órgano regulador de competencia económica. La reforma prevé que el nuevo titular presente anualmente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, un informe de actividades; al efecto, comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que dispongan las leyes.

Una novedad procesal que se incluye en el texto constitucional señala que para garantizar la imparcialidad en el desempeño de sus funciones, se prevé que la ley sancionará los casos en que los comisionados establezcan contacto para tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los agentes económicos regulados, salvo en audiencia pública, con la presencia de otros comisionados y como parte de los procedimientos respectivos. Es decir se impedirán las reuniones *ex parte* como sucede en procedimientos judiciales anglosajones.

La CFCE ejercerá su presupuesto de forma autónoma, emitirá su propio estatuto orgánico y podrá emitir regulación de carácter general. El texto constitucional aclararía que deberá existir una separación entre la autoridad que conoce de la etapa de investigación (Secretaría Ejecutiva) y la que

³ Se establece un sistema de nombramientos novedoso en nuestro orden jurídico para este tipo de órganos, en el que no sólo intervienen los poderes Ejecutivo y Legislativo sino que se propone la intervención de los titulares del Banco de México, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, creado recientemente mediante la reforma constitucional en materia educativa, y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, quienes integrarán un Comité de Evaluación, al que corresponderá emitir una convocatoria pública para cubrir la vacante respectiva y realizar un examen de conocimientos en la materia, para cuya formulación deberá considerar la opinión de cuando menos dos instituciones de educación superior. El Comité de Evaluación, por cada vacante, enviará al Ejecutivo Federal una lista con un mínimo de tres y un máximo de cinco aspirantes que hubieran obtenido las calificaciones aprobatorias más altas, y el Ejecutivo seleccionará de entre esos aspirantes al candidato que propondrá para su ratificación al Senado, mismo que deberá resolver por el voto de las dos terceras partes, dentro del plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la presentación de la propuesta. En caso de que la Cámara de Senadores rechace al candidato propuesto por el Ejecutivo, éste someterá una nueva propuesta. Este procedimiento se repetirá las veces que sea necesario si se producen nuevos rechazos hasta que sólo quede un aspirante aprobado por el Comité de Evaluación, quien será designado comisionado directamente por el Ejecutivo. A efecto de garantizar la conformación escalonada de los plenos de ambos órganos, en el régimen transitorio se prevé que los nombramientos de los primeros comisionados concluirán su encargo el último día de febrero de los años 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021. Los comisionados presidentes concluirán su encargo el último día de febrero del 2022.

resuelve (el Pleno) en los procedimientos.⁴ Las reuniones del Pleno y los votos de los comisionados serán públicos. Todas estas novedades jurídicas, salvo la autonomía, podían haberse logrado mediante una reforma a la ley secundaria.

Nuevas herramientas, las desincorporaciones.

Más importante aún, es que la nueva CFCE obtendrá poderosas herramientas para modificar estructuras de mercado oligopólicas o en las que existen operadores dominantes, pues podrá ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia, regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos. Conforme a la ley vigente la CFC sólo puede ordenar una desconcentración en esos términos en el caso de concentraciones según prevé el artículo 19 fracción II de la LFCE o cuando ha existido una reincidencia reiterada en la comisión de prácticas monopólicas, lo anterior de acuerdo con el artículo 37 también de la LFCE.

Internacionalmente, el poder de ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, ha sido usado en Reino Unido para desincorporar el sistema de aeropuertos. Después de un estudio elaborado por la *Office of Fair Trade* y la Comisión de Competencia del Reino Unido y con el acuerdo de las otras autoridades de competencia que regulan la materia, se ordenó por ejemplo la aplicación de remedios estructurales tales como la venta de los aeropuertos de Gatwick y de Stansted, así como de un aeropuerto de Escocia a terceros no vinculados con BA empresa que controlaba siete aeropuertos en el Reino Unido.⁵

Un gran avance en procedimientos, dudas en temas penales.

En temas procedimentales, un gran acierto es que se deja claro que en contra de las resoluciones de la CFCE, procedería sólo el amparo indirecto, sin suspensión posible y ante tribunales judiciales especializados en la materia; así queda superado el peligroso juicio ordinario administrativo que amenazaba paralizar el actuar de la actual CFC. Por otro lado, es debatible el tema de la no procedencia de la suspensión de forma generalizada, pues podrían existir casos en los que esté justificada dicha medida precautoria. Es claro que se busca evitar que el abuso de la figura de suspensión afecte la eficacia de las resoluciones;⁶ sin embargo, me parece que el Poder Judicial ya había dado muestras de haber identificado dicho abuso y puesto remedio, recordemos que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que no procede la suspensión de los efectos de las resoluciones que fijan aspectos no acordados por las partes sobre las condiciones de interconexión, obligación de interconectar y fijación de tarifas. Lo anterior fue considerado así dado que en estos casos, el otorgamiento de la medida cautelar suspensiva, tanto en el juicio de amparo como en los procedimientos administrativos, es contrario al interés público, de conformidad con lo establecido en el artículo 124 de la Ley de Amparo (en la versión pendiente de ser aprobada en la Cámara de Senadores el artículo correlativo es el artículo 129 que ha sido fuertemente criticado).⁷

⁴ Afortunadamente, también quedo superada la figura de comisionado ponente propuesta en el proyecto de Dictamen que reformaría la Ley Federal de Competencia Económica contenida en la minuta del Senado de la República del 25 de abril de 2012. De conformidad con la iniciativa, el artículo 33 en su fracción VI preveía que el comisionado ponente debería conocer de un asunto tanto en la fase de investigación como en el procedimiento seguido en forma de juicio, proponer un proyecto de resolución al Pleno y votar el mismo.

⁵ http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=baaa%20divestiture%20report%20oft&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CDMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.monckton.com%2Fdocs%2Fgeneral%2FBAACCRreport.pdf&ei=QII DUZTFHYid2QWu0oGICA&usg=AFQjCNGLmksFGRiQ44bKII2c_rARH4MNhQ&bvm=bv.43828540.d.b2U

⁶ Podría explorarse la posibilidad de adicionar a la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo un inciso "i)" en el que se establezca que se sigue perjuicio al interés social respecto de las impugnaciones a las resoluciones que emita la nueva CFCE y el IFETEL. Así, con tal alternativa no se pondría en riesgo el equilibrio constitucional que tutela el Juicio de Amparo.

⁷ Tal determinación se contiene en la jurisprudencia: TELECOMUNICACIONES. ES IMPROCEDENTE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES QUE FIJAN ASPECTOS NO ACORDADOS POR LAS PARTES SOBRE LAS CONDICIONES DE

En cuanto a los temas de carácter penal, la reforma al artículo 28 Constitucional señala que la CFCE, una vez integrada la investigación, hará del conocimiento del Ministerio Público los hechos cuando advierta la probable existencia de un delito, sin perjuicio de substanciar el procedimiento administrativo correspondiente. En mayo de 2011 se creó el artículo 254 bis del Código Penal que criminaliza los acuerdos entre competidores para elevar precios, dividir mercados, restringir el abasto o acordar posturas en licitaciones. El delito se persigue por querrela de la CFC, con este cambio parecería que el Ministerio Público actuará de oficio a partir del aviso que la CFCE hiciera. Adicionalmente, se señala que se deberán legislar nuevos tipos penales que pudiera incluir, además de las prácticas monopólicas absolutas, a otras conductas violatorias en materia de competencia. Sin embargo, considero que no se debe abusar en los tipos penales para castigar monopolios, la reforma de 2011 es perfectible, pero estimo que sólo los cárteles deben sancionarse penalmente; esa es la práctica internacional dado que no toda actividad comercial tiene como finalidad violar las disposiciones en materia de competencia económica.

Principales cambios en materia de mayor competencia en telecomunicaciones.

Aspectos orgánicos.

Con dicha iniciativa se crea el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL o el Instituto), en sustitución de la COFETEL, órgano también con autonomía constitucional con amplias facultades. Destaca la reforma propuesta a los artículos 27 y 28 de la Constitución a efecto de conferir al Instituto la facultad de otorgar y revocar concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones. El Instituto tendrá una formación casi idéntica a la de la nueva CFCE, por lo que los comentarios arriba reflejados son aplicables *mutatis mutandis*. Aunque debe decirse que la autonomía de la actual COFETEL era menor que la de la CFC, dado que algunas de sus resoluciones eran recurribles ante la SCT.

Asimismo, la iniciativa propone que el Instituto ejerza las facultades de perseguir las prácticas monopólicas y la autorización de concentraciones en estos sectores. Este último aspecto me parece pernicioso y estimo que la nueva CFCE debería conservar esas facultades debido a que el IFETEL va a regular prácticamente a tres grandes empresas por un largo tiempo Telmex, América Móvil y Televisa/TV Azteca (intereses muy ligados por Iusacell y principales jugadores en TV abierta). La teoría de la captura del regulador⁸ indica que tener a los mismos "clientes", implica con el tiempo cierto acercamiento, no ilegal, sino natural, que hace que el regulador (IFETEL) termine ocupado por acomodar los intereses de los regulados, más que por tomar la decisión técnica más adecuada para los consumidores finales. Eso se evitaría si es la CFCE la que investiga y sanciona prácticas monopólicas y analiza concentraciones, siendo el IFETEL el encargado de declarar la dominancia en los mercados y emitir toda la regulación en estos sectores.

Para la investigación de prácticas monopólicas absolutas se requiere un equipo altamente especializado que maneje instrumentos de investigación tales como el "programa de inmunidad" que permite a las empresas que forman parte de un acuerdo entre competidores para fijar precios, restringir el abasto o que sean parte de un cartel, acudir con la CFC y entregar la información necesaria para castigar ese "cartel". El beneficio de esa cooperación es **inmunidad en la esfera administrativa**, y a partir de la reforma de mayo de 2011 también **inmunidad penal**, ante la tipificación como delitos de las prácticas monopólicas absolutas; para que el IFETEL pueda operar

INTERCONEXIÓN, OBLIGACIÓN DE INTERCONECTAR Y FIJACIÓN DE TARIFAS. Véase jurisprudencia P./J. 10/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXXIV, julio de 2011, p. 5, IUS 161445. Se recomienda abundar en el tema siguiendo la siguiente liga: <http://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr-030511-LMAM-interconexion.pdf>

⁸ El tema es ampliamente tratado por STIGLER, GEORGE J., en: "The Theory of Economic Regulation," Bell Journal of Economics, 1971, 2(1), pgs. 3-21. Stigler (1971), señalando que el regulador puede responder a intereses particulares, y que la posibilidad de captura crea incentivos para que las empresas (a través de lobbies) usen sus recursos para influir el regulador.

ese programa se requerirán de varios años para adquirir la experiencia necesaria (que no es fácil de implementar) y tendrá que darse a la tarea de generar confianza en los agentes económicos y abogados e instalar métodos para guardar confidencialidad respecto de los promoventes. Esto tardaría mucho y pondrá en riesgo un programa que ha sido exitosamente implementado por la actual CFC (a la fecha más de 39 casos en varios sectores). Además, no parece justificado el engrosamiento de una plantilla altamente especializada para manejar los pocos casos que se dan en el sector regulado por el IFETEL (cerca de 4 casos de prácticas monopólicas absolutas en 20 años).

Por otro lado, la persecución de prácticas monopólicas relativas requiere acreditar la existencia de un agente dominante, definir un mercado relevante, y demostrar que se incurre en algunas de las conductas establecidas en la Ley Federal de Competencia Económica, que en principio son prácticas comerciales “normales” (exclusividades, ventas atadas, depredación de precios, discriminación de precios, subsidios cruzados, negativa de trato, boicot, elevación de costo a rivales, fijación de precio de reventa, etc.), pero que si las lleva a cabo un agente dominante con la intención de desplazar o evitar la entrada de nuevos competidores, deben ser sancionadas si no existen ganancias en eficiencia suficientes que justifiquen la conducta de la empresa. El análisis es muy complejo y sofisticado, exige al IFETEL contar con un *staff* especializado (la actual CFC cuenta con alrededor de 15 personas en la Dirección General de Prácticas Monopólicas Relativas para la investigación de conductas en todos los sectores de la economía) también en estas prácticas, que además deberán contar con mucha experiencia. Se corre el riesgo de cometer errores y prohibir conductas que generen eficiencias aunque sean cometidas por un agente dominante. También se corre el riesgo de permitir conductas pensando que generan eficiencias, cuando en realidad son muy dañinas. Una opción para la investigación y sanción de estas conductas es que el IFETEL defina los mercados y la existencia de un agente con poder sustancial y que sea CCFCE quien acredite la conducta y analice si se debe sancionar ante la existencia o ausencia de ganancias en eficiencia (*rule of reason*).

Respecto al análisis de concentraciones, se sigue un procedimiento similar al de las prácticas monopólicas relativas, se define un mercado relevante, se determina si está muy concentrado o no y luego se compara con el mercado antes y después de la concentración. Se debe prohibir o sujetar a condiciones una concentración que puede generar o fortalecer la creación de un agente con poder sustancial de mercado o también si la operación generaría incentivos para que exista colusión en el mercado (prácticas monopólicas absolutas). También, al igual que en las prácticas monopólicas relativas, se debe sujetar el análisis a la regla de la razón, es decir si hay ganancias en eficiencia que redunden en reducción de precios y aumentos de oferta e innovación suficientes que justifiquen aprobar una operación que genera riesgos. Estas operaciones en el sector son muy complicadas, un ejemplo es el caso de Iusacell, y es previsible que existirán más consolidaciones en el mercado, por ejemplo si Televisa decide adquirir más cableras o si deciden concentrarse empresas de telefonía móvil que pasan por momentos críticos. En estos casos puede existir la tentación del regulador sectorial de aprobar uniones dañinas para, supuestamente, generar competencia en un mercado en detrimento de otro, o de prohibir una concentración adecuada, con un afán de mantener una apariencia de competencia que no sea eficiente en un mercado. Si la CFCE analiza estas operaciones, con el apoyo de IFETEL en la definición de mercados y existencia de dominancia, se divide el riesgo de captura del regulador considerablemente, conviene mantener tan dividida la decisión como sea posible.

Por último, me parece que es indispensable evitar que se generen criterios distintos, o que sean incompatibles, para la definición de mercados y determinación de poder sustancial, si bien el sector es especial, sólo se deben hacer distinciones en la metodología en base a esa especialización y no en otros criterios. Si no se cuida eso, existirán criterios diferentes y probablemente contradictorios que pueden afectar el trabajo de la CFCE en otros sectores (energía, transporte, manufacturas, *retail*, etc.), con el tiempo se podría llegar al absurdo de requerir para cada sector un criterio especial

generando lagunas al sistema de competencia económica (pasa en EUA con transporte aéreo por ejemplo). Estas diferencias de criterios pueden generar rivalidades entre las instituciones y confusión entre los agentes económicos; y en consecuencia de la actividad empresarial del país.⁹

Poderes regulatorios.

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

- a) regular de forma asimétrica a los participantes en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones, con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia;
- b) imponer límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada de varios medios de comunicación que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y
- c) ordenar la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites

Respecto a las concesiones éstas podrán ser para uso comercial, público, social y privado y se sujetarán, de acuerdo con sus fines, a los principios establecidos en los artículos 2o., 3o., 6o. y 7o. de la Constitución. Serán otorgadas mediante licitación pública, a fin de asegurar la máxima concurrencia, previniendo fenómenos de concentración que contraríen el interés público y asegurando el menor precio de los servicios al usuario final (*ex ante*). Las concesiones para uso público y social se otorgarán bajo el mecanismo de asignación directa. La reforma señala que en ningún caso el factor determinante para definir al ganador de la licitación será meramente económico y mandata que la ley deberá establecer un esquema efectivo de sanciones que señale como causal de revocación del título de concesión, entre otras, el incumplimiento de las resoluciones que hayan quedado firmes en casos de conductas vinculadas con prácticas monopólicas. Es criticable que concesiones que ahora no se otorgan vía licitación, como aquellas que no involucran el uso de espectro radioeléctrico, ahora aparentemente estarían condicionadas a una licitación, por ejemplo una empresa cablera que invertirá sus recursos en fibra óptica, no debería estar sujeta a concesión alguna. El análisis de este asunto puede ser adoptado desde una visión más amplia, es decir, ¿no hubiera sido más conveniente transitar a un sistema de permisos y no a concesiones? El sistema de concesiones genera por su naturaleza una restricción a la entrada de más participantes a los mercados, lo cual podría estar justificado en caso de “monopolios naturales”, pero ese no es el caso en materia de telecomunicaciones y radiodifusión.¹⁰ Asimismo, la legislación secundaria deberá establecer los mecanismos para homologar el régimen de permisos y concesiones de radiodifusión, a efecto de que únicamente existan concesiones, asegurando una diversidad de medios que permita distinguir las concesiones de uso comercial, público, social y privado. Por último, también la legislación secundaria establecerá que las concesiones serán únicas, de forma que los concesionarios puedan prestar todo tipo de servicios a través de sus redes, siempre que cumplan con las obligaciones y contraprestaciones que les imponga el propio Instituto.

Retiro de barreras de entrada al sector de telecomunicaciones.

La iniciativa señala que el Congreso de la Unión deberá emitir un solo ordenamiento que regule de manera convergente el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes de

⁹ En todos los casos considero que no se justifica la contratación de al menos 3 equipos de investigadores y sus respectivas áreas jurídicas altamente especializadas para la atención del reducido número de casos que se dan en estos sectores.

¹⁰ El Dr. Luis de la Calle Pardo, reconocido economista, alguna vez me manifestó esta idea y concuerdo totalmente con ella.

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

Un tema relevante de apertura sectorial se da en materia de inversión extranjera, desde la entrada en vigor de la reforma, se permitirá la inversión extranjera directa hasta el 100 por ciento en telecomunicaciones y comunicación vía satélite, y hasta el 49 por ciento en radiodifusión.

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

Un tema relacionado directamente con la importante participación de las empresas televisoras en los mercados de televisión abierta y restringida son las figuras de *must carry*¹¹ y *must offer*¹² de las señales radiodifundidas, de manera gratuita, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones. No obstante, la iniciativa señala que tratándose de concesionarios declarados con poder sustancial en cualquiera de los mercados de telecomunicaciones o radiodifusión o como agentes económicos preponderantes, éstos no se beneficiarán de la regla de gratuidad de los contenidos de radiodifusión o de la retransmisión gratuita, por lo que deberán acordar las condiciones y precios de los contenidos radiodifundidos o de la retransmisión y, en caso de diferendo, el Instituto determinará la tarifa. Asimismo, cuando el Instituto declare que existen condiciones de competencia en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones, no aplicará la regla de gratuidad y los concesionarios estarán en libertad de acordar los precios y condiciones de la retransmisión de contenidos radiodifundidos.

Otro cambio muy relevante es que una vez constituido el Instituto, este deberá publicar en un plazo no mayor a 120 días naturales, las bases y convocatorias para licitar nuevas concesiones de frecuencias de televisión radiodifundida que deberán ser agrupadas a efecto de formar por lo menos dos nuevas cadenas de televisión con cobertura nacional, no podrán participar aquellos agentes económicos que tengan más de 12Mhz en concesión en la región de que se trate, es decir prácticamente quedan fuera las empresas incumbentes en esta licitación, aunque también algunas empresas regionales independientes.

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

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

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

Con el mismo fin, se prevé que el Instituto establezca las medidas que permitan la desagregación efectiva de la red local del agente preponderante en telefonía, televisión restringida e internet fijos, de manera que los concesionarios de telecomunicaciones puedan acceder, entre otros, a los medios de conexión entre cualquier punto terminal de la red pública de telecomunicaciones y el punto de acceso a la red local pertenecientes a dicho agente. Esta medida será aplicable también a los concesionarios con poder sustancial en el mercado relevante de servicios al usuario final.

Asimismo, se prevé que la Comisión Federal de Electricidad ceda a Telecomunicaciones de México su concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones y le transfiera todos los recursos y equipos necesarios para la operación y explotación de dicha red, así como el aprovechamiento de al menos 90 MHz del espectro liberado por la transición a la Televisión Digital Terrestre en la banda de 700 MHz, que por sus características de propagación la hacen adecuada para dar cobertura en el medio semi-urbano

Conclusión.

La reforma es definitivamente histórica, pues plasmaría la mayoría de los cambios legales necesarios para mejorar la competencia en radiodifusión y telecomunicaciones, que sin duda son importantes, pero no son los únicos sectores relevantes para el país. Los cambios orgánicos parecen ir más allá de lo necesario, otorgar autonomía constitucional a la CFCE y a la IFETEL no está debidamente motivado, ¿por qué no dar autonomía ahora también a la Comisión Regulatoria de Energía, a la CONSAR, a la CNBV? ¿Es la “feudalización” del gobierno la solución a la incapacidad de ejecutar la regulación? Será a un reto para cualquier gobierno operar sin poder coordinar la política pública en materia de competencia y telecomunicaciones.

Preocupa que el IFETEL asuma todas las facultades de competencia económica en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, ahí me parece que existe un error de diseño que se pagará a la larga. Por otro lado, son grandes aciertos que sólo proceda el amparo indirecto contra las resoluciones de estos órganos ante jueces especializados y todas las medidas para retirar barreras de entrada al sector de telecomunicaciones.

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