

# La Reforma en Telecomunicaciones y Radiodifusión: un enfoque crítico

Ramiro Tovar Landa\*

Jano fue una de las más antiguas deidades romanas. Representado con dos rostros dirigidos a lados opuestos, se consideraba la personificación del pasado y del futuro, del principio y del fin, de la entrada y de la salida, de lo que abre y de lo que cierra. Su representación dual y con direcciones opuestas es una metáfora idónea de lo que fue la Reforma en Telecomunicaciones y Radiodifusión.

La Reforma en Telecomunicaciones ve a futuro al eliminar las restricciones a la inversión extranjera directa en todo el sector, anteriormente sólo abierto a las telecomunicaciones móviles. Tiene altos objetivos al establecer la transición a la televisión digital terrestre, en consistencia con la revolución global de la banda ancha móvil y la necesidad de su ubicuidad, de manera que se liberen frecuencias del espectro y se haga un uso más eficiente del mismo. De igual forma, aceleró la eventual desaparición de la larga distancia nacional; dicho servicio tenía cada vez una participación menor en el gasto de los hogares, puesto que la competencia entre concesionarios —desde antes de la reforma— se daba

mediante paquetes de servicios que incluían dichas llamadas medidas en minutos o en número de llamadas, cada vez en mayor cantidad o incluso en forma ilimitada. Asimismo, la reforma incentivó el desempeño objetivo del regulador sectorial por medio de un contrapeso a su autonomía constitucional al establecer tribunales especializados en competencia, telecomunicaciones y radiodifusión. De esta manera, enfatiza que la autonomía constitucional no significa ausencia de contrapesos o ausencia del debido escrutinio sobre sus decisiones en ejercicio de sus facultades exclusivas.

La reforma adoptó un modelo de regulador sectorial autónomo que cumpliera con su mandato constitucional en forma objetiva y técnica. Al menos ese era el propósito del legislador a nivel constitucional en un principio, antes de expedirse la legislación secundaria. La autonomía del regulador sectorial —en este caso de

los mercados en telecomunicaciones y radiodifusión— es considerada la modalidad institucional para salvaguardar la independencia de criterio y la consistencia de los criterios regulatorios en el transcurso del tiempo, entre ellos la definición y claridad de los mecanismos de la regulación.

La independencia de las autoridades reguladoras se fundamenta en que los vaivenes de los ciclos políticos no garantizan un entorno de certidumbre en el ámbito regulatorio en sectores donde las inversiones son sustanciales y de prolongado tiempo de amortización para que deriven en un rendimiento positivo. Sujetar el diseño tarifario, así como el otorgamiento y refrendo de concesiones a los criterios de funcionarios sujetos a un mandato político-electoral, no garantiza certidumbre a los agentes económicos. La incertidumbre del proceso regulatorio, al no aislar al regulador del ciclo político, tiende a

\* Profesor numerario y asesor de la Oficina de Rectoría del Instituto Tecnológico Autónomo de México. La opinión del autor no refleja necesariamente la opinión del Instituto al que se encuentra afiliado.

reducir el valor de las inversiones, y por lo tanto inhibe o retrasa su realización.

El objetivo del regulador debería ser promover la competencia entre redes con diferentes plataformas tecnológicas —aprovechando la convergencia plena de servicios en todas ellas—, elevar los incentivos a la inversión orientada al cambio tecnológico, y por tanto hacer cada vez menos necesaria la intervención regulatoria. Sin embargo, en la legislación secundaria —es decir, en la nueva Ley de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR)— se sustituyeron sus resoluciones, incluso las ya emitidas, con el contenido de artículos específicos de la LFTR para que el IFT las aplicara sin que su sentido haya sido producto del ejercicio de sus facultades. Así se limitó —o incluso se cancelaba— la facultad de establecer las medidas regulatorias específicas a ser aplicadas a los agentes económicos. Caso específico de esto fueron las tarifas de interconexión o terminación entre redes de telecomunicaciones.

El IFT resolvió cuáles serían las tarifas aplicables por el *preponderante* respecto del tráfico que provenga de redes competidoras, siendo éstas diferentes a cero y basadas en un modelo de costos determinado por el propio IFT en uso de sus facultades regulatorias exclusivas y como organismo autónomo. Pero el Artículo 131 de la LFTR establece que “Los agentes a los que se refiere el párrafo anterior no cobrarán a los demás concesionarios por el tráfico que termine en su red”. Incluso el Artículo 20 transitorio dice:

El Instituto Federal de Telecomunicaciones aplicará el Artículo 131 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y demás que resulten aplicables en materia de interconexión en términos de la misma, y garantizará el debido cumplimiento de las obligaciones establecidas en dichos preceptos, mismos que serán exigibles sin perjuicio e independientemente de que a la entrada en vigor de la Ley ya hubiera determinado la existencia de un agente económico preponderante e impuesto medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia de acuerdo con la Fracción II del Artículo Octavo transitorio del Decreto.

De esta manera, la reforma representa una mezcla idiosincrática de modernidad regulatoria y de espacios para una mayor competencia mientras adopta —desde el texto de la reforma a nivel constitucional y en su legislación secundaria— elementos de mecanismos regulatorios que se han mostrado como fallidos en otras experiencias internacionales, así como tratamientos de excepción y criterios no soportados

tanto por la moderna economía de la regulación como por la evolución de las mejores prácticas en las experiencias en el orbe. Casos puntuales de esto son la adopción de tratamientos regulatorios asimétricos, desechados por la Unión Europea por su ineffectividad y por ser incubadora de prebendas regulatorias que se transformaban en un lastre a la necesidad de inversión, así como la desagregación y compartición obligatoria de infraestructura, desechada en Estados Unidos por crear incentivos contrarios a la inversión en redes tanto de operadores establecidos como por nuevos competidores.

A nivel de conceptos, el tratamiento de lo que se denomina *Insumo esencial* merece una mención especial. Por virtud de la Reforma en Telecomunicaciones, México es el único país que eleva este concepto a un rango de ley, un concepto que ninguna otra experiencia legal internacional ha considerado como exacto o inequívoco, y mucho menos lo suficientemente aceptable y exacto. La Reforma Constitucional en materia de Competencia Económica y Telecomunicaciones definió activos y servicios de telecomunicaciones como insumos esenciales, cuando ni los más destacados economistas en materia de regulación se han atrevido a definirlo así, y que la experiencia en los tribunales de diversos países ha tratado de delimitar en forma casuística, y hasta ahora permanece con características difusas. Por esto es necesario sujetarlo a una amplia demostración para considerar, en un caso específico, su existencia, pero que a la fecha permanece como un concepto elusivo, que evoluciona. Incluso algunos autores afirman que es un epíteto, más que un concepto económico y técnico definible.

Es así que, por virtud del decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones del Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de telecomunicaciones, se incluyó el concepto de *Insumo esencial* en el texto constitucional. Las implicaciones de haber incluido tal concepto económico son sustantivas, dado que no existe un consenso académico y jurídico sobre los alcances de su aplicación en política regulatoria. En el Artículo 28 se establece que

La Comisión [Federal de Competencia Económica] contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de 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.

En el mismo Artículo 28 se establece posteriormente que el Instituto Federal de Telecomunicaciones "...tendrá 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 radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución". De igual forma, en el Artículo 8 transitorio, Fracción IV, se detalla el tratamiento regulatorio que aplicará el Instituto, "deb[iendo] considerar como insumo esencial todos los elementos necesarios para la desagregación efectiva de la red local".

El origen del concepto o doctrina del recurso esencial proviene del caso *United States versus Terminal Railroad Association of St. Louis* en 1912, caso relacionado con el uso del puente terminal del ferrocarril. Desde entonces, el concepto ha sido aplicado a recursos de infraestructura en puertos, túneles, redes de transmisión y distribución de electricidad, de agua potable, de gas natural, redes de ferrocarriles, telecomunicaciones, estaciones terminales del ferrocarril, incluso aeropuertos, sistemas de informática y propiedad intelectual (*United States: S/A*). La historia de la aplicación de tal concepto ha demostrado el uso y el abuso de su aplicación en diferentes bienes o servicios, considerados insumos esenciales, tanto en la experiencia norteamericana como en la europea. Lo que ha sido evidente es que no existen insumos esenciales que permanezcan en el tiempo, y que el análisis para determinar su existencia ha evolucionado. De esta forma, es un concepto lejos de ser absoluto y permanente en el tiempo.

Si bien la intención del legislador fue evitar la aplicación del recurso o insumo esencial para el desplazamiento de competidores y evitar el ejercicio del poder de mercado en los ámbitos verticalmente relacionados con este insumo, para que exista tal recurso o insumo esencial es necesario, primero, determinar que el costo de oportunidad de negar, degradar, obstaculizar o sabotear —entre otras conductas— el precio fijado con el objetivo de desplazar del mercado a sus competidores, sea menor que el beneficio de desplazarlos, toda vez que el uso de este recurso o insumo esencial forma parte de sus ingresos. Por esto, el control de tal recurso, de existir, no necesariamente significa que la única alternativa sea ejercer una conducta de desplazamiento de sus rivales en mercados verticalmente relacionados.

Sin embargo, tal regulación sólo debe aplicarse al haberse acreditado la existencia de poder sustancial, dado que todo insumo considerado esencial necesariamente conlleva poder sustancial en su oferta. Es necesario enfa-

tizar los criterios para identificar cuándo se justifica una regulación: i) elevadas y no transitorias barreras a la entrada; ii) ausencia de una dinámica hacia una competencia efectiva —es decir, considerar la dinámica de largo plazo de manera que se evite imponer una regulación que disuada o desincentive la inversión procompetitiva del agente regulado, y en consecuencia disminuya el esfuerzo de los nuevos competidores a invertir y obtener eficiencias para superar el desempeño del incumbente—; y, iii) insuficiencia de la legislación y autoridad de competencia para prevenir y sancionar los eventos de ejercicio de poder de mercado sin que se requiera que los agentes económicos sean sujetos a una regulación específica en forma permanente, de ser insuficientes las capacidades de investigación y sanción de la autoridad en materia de competencia.

La aplicación de la doctrina del *insumo esencial* se debe circunscribir al acceso de tal forma que las inversiones que elevan la eficiencia y el bienestar —y eventualmente eliminen las características de monopolio de tal insumo esencial— no se vean desincentivadas, mientras no se obstaculiza la competencia en los mercados verticalmente asociados a tal insumo. La duplicación de la infraestructura debería ser estimulada en tanto eleve el bienestar en el tiempo. Una vez que el competidor puede duplicar el acceso al insumo o autoabastecerse del mismo, la obligación de acceso debe eliminarse.

La obligación de compartir la infraestructura con el rival puede implicar que la inversión en dicha facilidad sea no redituable, y por tanto no se invierta en ella en primera instancia; el efecto disuasivo de compartir con los rivales la infraestructura reduce el bienestar incluso respecto de un mercado con poder sustancial. En consecuencia, la doctrina del insumo esencial debería ser aplicada conforme a un conjunto de criterios tales que: i) cuando el acceso es obligatorio, el bienestar sea mayor bajo acceso que bajo la duplicación del insumo, a menos que: ii) un agente racional, tomando en consideración los términos y condiciones del acceso, pudiera ser disuadido de realizar las inversiones requeridas para la existencia de tal "insumo", y por supuesto el rival exigirá acceso cuando esta sea la alternativa que le proporcione una mayor utilidad esperada; es decir, un ahorro en costos por evitar invertir en autoabastecerse de tal insumo.

La LFTR no define el concepto, por lo que existirá la ambigüedad en su aplicación y por tanto inseguridad jurídica respecto a cuándo se aplicará tal concepto a las inversiones tangibles o no tangibles de un agente económico determinado. En el Artículo 28 Constitucional y en el Artículo 8 transitorio, Fracción IV, se comete el error de prejuzgar que

toda la infraestructura activa y pasiva de una red determinada—en conjunto, todos los elementos de una red local— son insumos esenciales, cuando evidentemente no lo son. Existe un error en virtud de que el acceso a la premisa del usuario por parte de una red, el bucle o circuito local, puede ser duplicado por redes con plataformas alternativas.

Evidentemente, todos los elementos de una red local no satisfacen, con la actual tecnología, los criterios que anteriormente se han señalado, por lo que la desagregación y compartición obligatoria de los elementos de una red local no obedecen estrictamente a ser insumos esenciales. El Artículo 8 transitorio justifica la desagregación y acceso obligatorio de los elementos de la red local por determinarlos *ex ante* como insumos esenciales y no por virtud de un análisis técnico económico de cada uno de ellos.

Al prejuzgar que todos los elementos de una red local son insumos esenciales, de inmediato se excluye la posibilidad de que se aplique un análisis, y el efecto oportunista de otras redes domina con el objetivo de explotar una red local preexistente. Esto tiene como consecuencia, por tanto, que se desincentiven las inversiones por parte de quien exige el acceso y por parte del concesionario que es obligado a dar dicho acceso a tales elementos de red.

Si bien el concepto de *insumo esencial* existe en la experiencia regulatoria y se reconoce al menos teóricamente, el legislador también introdujo otro concepto *ad hoc* que no aparece ni se reconoce en la literatura económica ni en la legal reconocida internacionalmente, sea en el ámbito académico o en la práctica legal de las entidades reguladoras alrededor del mundo, para determinar cuándo un agente económico debe ser regulado. Al introducir el concepto *preponderancia*, único en la práctica regulatoria internacional, se niega todo el cúmulo analítico que se encuentra detrás de los términos *poder sustancial* o *dominancia*, y del concepto *mercado relevante*, emanados de la práctica de competencia y regulatoria desarrolladas por décadas a través de procesos teóricos y jurisprudencias legales.

Al ignorar los conceptos ortodoxos de la regulación y de la política de competencia, se permitió la discrecionalidad necesaria para penalizar a las empresas por tamaño y no por conducta en la industria de las telecomunicaciones, condenando a unos y privilegiando a otros. Debe ser motivo trágico para los economistas que son leales a la ortodoxia de los principios de mercado leer en la Fracción tercera del Artículo octavo transitorio de la reforma en comento, lo siguiente:

III. El Instituto Federal de Telecomunicaciones deberá determinar la existencia de agentes económicos pre-

ponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones, e impondrá las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales [...] Para efectos de lo dispuesto en este decreto, se considerará como agente económico preponderante, en razón de su participación nacional en la prestación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, a cualquiera que cuente, directa o indirectamente, con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje ya sea por el número de usuarios, suscriptores, audiencia, por el tráfico en sus redes o por la capacidad utilizada de las mismas, de acuerdo con los datos con que disponga el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Fue así como se desechó de la práctica de la autoridad el riguroso análisis que exige la aplicación de los conceptos *poder sustancial* y *mercado relevante*, para ser sustituidas con una regla de “mayor del 50%, contabilizándolo con los que se tenga a la mano”, y desechando el ejercicio analítico de tener que definir el mercado relevante. No pudo ser más simple y a la vez más errada tal disposición en la reforma. Se desplazó la integridad del análisis riguroso de los conceptos económicos elaborados desde la teoría hasta su aplicación, siguiendo el rigor del método científico.

La discusión de aplicar la *preponderancia* a un sector o a todos los servicios que cumplan con su *métrica* es la consecuencia inevitable de haber renunciado a la aplicación del concepto de *mercado relevante*, y ser éste el que determine el ámbito de la eventual existencia o ausencia de poder sustancial o dominancia, o en sustitución de éstos, aplicar el simplismo del concepto *preponderancia*.

Así, el IFT tiene dos estándares disponibles para identificar agentes económicos a ser regulados: i) el de preponderancia, de acuerdo con lo que establece la Fracción III del Artículo octavo transitorio; y, ii) los criterios de mercado relevante y de poder sustancial, dado que el IFT, al ser autoridad en materia de competencia económica, se debe referir al contenido de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) conforme a la reforma del Artículo 28.

En la Reforma Constitucional, en materia de Telecomunicaciones, se establece en la Fracción III del Artículo 8 transitorio, lo siguiente: “III. El Instituto Federal de Telecomunicaciones deberá determinar la existencia de agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones e impondrá las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales”. Lo anterior

significa que la regulación que emita el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) deberá tener como objetivo último el beneficio al usuario, evitando toda conducta que afecte la competencia y la libre entrada de nuevos operadores al mercado de telecomunicaciones.

Las medidas impuestas al denominado agente económico *preponderante* en el sector de referencia incluyen, entre otros elementos, el facilitar la entrada de nuevos competidores abatiendo sus requerimientos de inversión en redes propias y abatir los costos de los existentes facilitándoles su permanencia y rentabilidad por medio de la socialización de la infraestructura del *preponderante*, haciendo de su red un recurso de acceso abierto, de libre demanda con la exigibilidad inmediata de capacidad, ubicación y precio, de manera que sea rentable su uso, en forma permanente o transitoria, por parte de toda red pública *no preponderante* que lo requiera. De esto se trata la desagregación y compartición del acceso o circuito local, así como de la denominada *infraestructura pasiva*.

Existen dos paradigmas sobre cómo debe ser la regulación ante la supuesta existencia de poder sustancial —su imperfecto derivado idiosincrático de México que se denomina *preponderancia*—. Un enfoque persiste en considerar que se debe regular a las redes locales establecidas exigiendo que compartan su infraestructura con todos los oferentes de servicios de telecomunicaciones que lo soliciten, de tal forma que se facilite la entrada de un mayor número de competidores, confiando en que, entre mayor sea su participación de mercado, eventualmente invertirán en sus propias redes. A esta alternativa se le denomina *desagregación de las redes* o del acceso local, toda vez que obliga al operador de la red existente a ceder el uso de todos los componentes o elementos de su red a sus competidores, teniendo como contraprestación una tarifa determinada por el regulador.

El paradigma alternativo considera que el cambio tecnológico ha permitido que la red existente no siga siendo considerada un “cuello de botella” o insumo esencial, toda vez que existen redes basadas en tecnologías alternativas que, dado el actual tamaño del mercado, pueden competir en el acceso local con la red preexistente en una estructura de mercado con múltiples plataformas tecnológicas —es decir, redes basadas en cable coaxial, fibra óptica y aquellas inalámbricas— compitiendo entre sí. Este último paradigma se limita a que se garantice la interconexión entre las diversas redes para la terminación del tráfico transitorio entre redes; tal enfoque es de una menor intervención en las decisiones de inversión y no limita

la desagregación de las redes, toda vez que la oferta de accesos a los elementos de la red existente se puede dar de manera voluntaria.

La legislación en telecomunicaciones en Estados Unidos adoptó en 1996 el primer paradigma regulatorio basado en la desagregación de redes locales obligatoria en términos establecidos por el regulador. Es un modelo de competencia donde todo oferente usaría una misma red. La Unión Europea adoptó tal política regulatoria desde finales de los años noventa. Sin embargo, la evidencia empírica ha identificado plenamente los efectos adversos sobre la inversión en nuevas redes. La tan esperada migración de competidores a otras redes por medio de una inversión creciente —conforme obtienen suscriptores— se ha dado sólo con excepciones regulatorias o participación por parte de los gobiernos en la inversión de nuevas redes.

La Unión Europea, ante su rezago en nuevas redes, trata de revertirlo por medio de elevar el precio por el acceso a la red incumbente para desincentivar su uso, o por medio de ofrecer moratorias regulatorias a los operadores que inviertan en redes alternativas de cable coaxial o fibra óptica. En Estados Unidos, el regulador optó por renunciar a tal mecanismo regulatorio dada su complejidad en la tarificación de cada uno de los elementos de red, lo que derivaba en continuos litigios hasta 2004, año en que eliminó la obligatoriedad de desagregación y compartición de infraestructura para todos los servicios de información y para toda inversión en nuevas redes.

La pregunta a reflexionar es: ¿son las medidas regulatorias impuestas al *preponderante* un beneficio inequívoco para el usuario final? En principio, una regulación que fija el precio por el acceso a una red en un nivel inferior a su costo de oportunidad equivale a subsidiar al resto de las redes competidoras, lo cual a su vez incentiva a tales redes a reducir sus requerimientos de insumos e incrementar aquéllos relacionados con el acceso a las redes sujetas a regulación. Tarifas reguladas menores que el verdadero costo económico asociado con el acceso de redes conducirá a que las redes demandantes o solicitantes de acceso presupongan que el beneficio de ofertar servicios en un determinado mercado excede sus costos. Lo anterior resulta en una ineficiencia en la asignación de recursos al crear un exceso de demanda por el acceso a las redes reguladas.

El efecto futuro de las tarifas reguladas que se ubican por debajo del costo real de oportunidad es que desincentivará la inversión en capacidad de red, y simultáneamente desincentivará la inversión en capacidad en redes alternativas a la que se encuentra sujeta a regulación. La

acumulación de los efectos anteriores perpetúa la exigencia de acceso a una sola red como insumo o recurso esencial para el resto de las redes en el mercado, inhibiendo así la evolución esperada y deseable de toda industria hacia la competencia sin intervención regulatoria.

El efecto de una regulación tarifaria basada en costos —y, por tanto, susceptible a un amplio margen de error y sesgos al estimar el verdadero costo de oportunidad de los servicios regulados— tiene el perverso efecto de que, en una industria tecnológicamente dinámica como son las telecomunicaciones, inhibe su curso natural hacia el desarrollo y adopta formas de evitar y sustituir los supuestos “cuellos de botella” o “insumos esenciales”. Por esto, una regulación debe tener como objetivo su propia desaparición y no su persistencia, una vez que las fallas de mercado que alguna vez la justificaron se han erosionado o han desaparecido (Breyer: S/A).

La reforma ha optado por un régimen de desagregación de elementos de red y la ha convertido en un fin en sí mismo. Desde esa perspectiva, el uso del concepto de costo incremental de largo plazo crea incentivos a un nivel excesivo de desagregación, más aún cuando las medidas a ser impuestas al *preponderante* de hecho adoptan un régimen de desagregación ilimitado. La desagregación irrestricta de elementos de red evita los costos fijos compartidos y comunes a varios elementos de red, por lo que a mayor desagregación, menor será el nivel de los precios fijados con base en el costo incremental de largo plazo, y mayor será la necesidad de fijar márgenes que permitan que el ingreso por precios regulados no resulte en ingresos insuficientes para las empresas reguladas.

El legislador hubiera reconocido que toda regulación afecta la conducta de los regulados, dado que modifica sus incentivos. Los altera por medio de reglas de conducta específicas, por el cambio en los costos que provienen del efecto indirecto de la regulación y por el cambio en los beneficios esperados de su conducta respecto a su capacidad de innovación, condicionada a los incentivos que genere la regulación aplicable. En particular, las medidas de preponderancia conducen —y de hecho tienen como objetivo— a la sustitución de la inversión por uso de infraestructura existente.

El acceso abierto hace posible que los competidores puedan ofrecer servicios de DSL, ADSL+ e IPTV a usuarios finales por medio del acceso al circuito local, por lo que todo competidor *no preponderante* compartiría la línea con el operador de la red del obligado. Tal criterio regulatorio no favorece la competencia entre plataformas: disminuye el rendimiento de la inversión e inhibe la modernización de los circuitos locales a un ancho de banda creciente.

Dicha regulación crea una asimetría entre el operador incumbente (quien ha invertido en la infraestructura de la red y ha incurrido en el riesgo involucrado en activos de naturaleza específica e irreversible) y sus competidores (quienes tienen la opción de utilizar los elementos de red, o bien invertir en una plataforma o red alternativa). La tarificación con base en costos reduce el rendimiento de la inversión del operador incumbente, lo cual tiene un efecto adverso en la expansión y constante modernización de la red.

La evidencia empírica realizada respecto al efecto de la desagregación de elementos de red y la penetración de servicios de banda ancha demuestra el efecto adverso de tal paradigma regulatorio. El efecto probable es que se promueva la entrada ineficiente de competidores, operadores que sólo existirían por las prerrogativas regulatorias, operadores que no incrementarían la eficiencia dinámica y la innovación del sector.

En un régimen regulatorio de *compartición de infraestructura* obligatoria, el *preponderante* no tendrá un derecho residual protegido por una regla de propiedad que pudiera incentivar la realización de inversiones incrementales en activos con riesgo: un riesgo no sólo por ser inversiones irreversibles y sin uso alternativo distinto al sector de telecomunicaciones, sino porque tiene que invertir en lo que demanden sus competidores, sin certeza de que la tarifa represente el costo total de la inversión y sin la certeza de que aquel que la solicite tenga la obligación de utilizarla por un plazo determinado. Aquel concesionario que invierta, internalizará el riesgo de la inversión, pero el beneficio sólo será parcial, no apropiable o nulo, por quien la realizó. Es de esperarse que los concesionarios beneficiados escojan estratégicamente solicitar acceso de todos los elementos de red que requieran, lo que implicará la sobreexplotación del recurso —como sucede con todo bien de acceso abierto e irrestricto—, maximizando el beneficio de ser extraído de la red obligada.

No es lo mismo proteger competidores que proteger la competencia, y tampoco proteger competidores significa proteger a los usuarios. Idénticos argumentos ofrecen diferentes resultados, dependiendo de sus proporciones y correlaciones entre ellos, y dependiendo de su agrupación. La reforma ha agrupado la protección de la existencia y entrada de competidores para proteger a los usuarios, cuando la relación entre ambos hechos es débil, condicionada a otros contextos, o no existente.

Es ilustrativo señalar que la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), expedida en diciembre de 1992, tuvo como objetivo adoptar las mejores prácticas y conceptos económicos —generalmente aceptados en la procuración de competencia en los mercados—, cuidando de sólo excluir aquellas actividades o sectores reservados al Estado,

el ejercicio de la propiedad intelectual, las asociaciones de trabajadores o sindicatos y los carteles de exportación. Su aplicación fue diseñada para ser de aplicación general a todo agente económico, privado o público, dado que los criterios de análisis de competencia y sus sanciones son —y deberían seguir siendo— de aplicación general.

En los más de veinte años transcurridos desde la publicación de la LFCE, ésta ha estado sujeta a tres reformas sustantivas: la de junio de 2006, la de mayo de 2011 y la nueva ley, producto de la Reforma en Telecomunicaciones y Competencia Económica. Si bien es cierto que toda legislación debe evolucionar, tales reformas —sobre todo las realizadas en 2011 y la de 2014— perfeccionaron la aplicación de la ley. Lo resaltable es que ninguna reforma intentó modificar o alterar los criterios básicos del análisis, como el concepto de *mercado relevante*, los criterios para determinar el poder sustancial y la diferencia entre prácticas monopólicas absolutas y relativas. Desafortunadamente, la LFTR está sujeta a criterios inconsistentes entre sí, sujetándose a un criterio dual para ejecutar sus facultades regulatorias. La preservación de un solo criterio a toda circunstancia habría sido fundamental para decisiones objetivas y robustas técnicamente. Tales criterios debieron prevalecer sin excepciones, tal y como los principios económicos y la experiencia internacional han demostrado.

En el caso de México, la Reforma Constitucional y sus artículos transitorios dispusieron, en forma ajena al debate regulatorio internacional, que: i) no existe efecto adverso de la compartición y desagregación de redes obligadas y su tarificación regulatoria sobre la inversión en redes, su penetración y el cambio tecnológico; y, ii) que la única forma de crear competencia e inversión es que la red incumbente comparta su red, que los entrantes renten los elementos de red que requieran y que invertir en su propia infraestructura no es eficiente y no representa un uso óptimo de recursos. Ambos aspectos han sido sujetos a un extenso análisis académico y los resultados obtenidos a la fecha no le favorecen.

En las conclusiones de las consultas públicas realizadas en la Unión Europea orientadas a las condiciones regulatorias para la creación de un solo mercado en telecomunicaciones (European Commission, 2013) se señalan aspectos que reconocen el efecto en sentido opuesto entre regulación e inversión, recomendando lo siguiente: i) demasiada intervención regulatoria restringe flexibilidad, particularmente cuando se transita de una tecnología a otra tanto por el operador incumbente como por entrantes; ii) reconocer los efectos directos e indirectos de la regulación; regular los precios de acceso a la red basada en cobre puede afectar el rendimiento de proyectos en otros tipos de infraestructura: nuevas redes de fibra o mejoras tecnológicas basadas en incorporar fibra óptica; y, iii) que

los precios regulados de acceso al mayoreo entre redes rivales deben implicar la señal correcta entre “invertir” o “arrendar”, lo cual deja un espacio amplio para definir las tarifas reguladas aplicables a compartición y desagregación, tal que se preserve la opción de desplegar infraestructura propia y no sólo competir por medio de hacer uso de la red del operador incumbente.

En la Reforma de Telecomunicaciones —a diferencia de otras reformas como la Energética, que se basan en mecanismos de mercados por vez primera y en su formación de precios para disminuir los costos de la economía en su conjunto— se eliminan, desde la ley, precios de servicios entre operadores, al igual que se disminuyen los costos a operadores seleccionados por su tamaño, de manera que dispongan de infraestructura en la cual no han invertido.

Existe una reconocida frase en economía: “there ain’t no such thing as a free lunch” (no existe algo que sea gratis), algunas veces atribuida a Milton Friedman, quien publicó un libro con ese título en 1975; pero no fue acuñada por él: parece que fue publicada por primera vez en artículos periodísticos a principios de los años cuarenta, en Estados Unidos, y se refería al gasto público durante la Segunda Guerra Mundial. La frase tiene un profundo significado económico e incluso físico: todo bien o servicio tuvo que surgir de la inversión, del uso de recursos escasos. Nada es creado de la nada, y por tanto todo tiene un costo de oportunidad, toda vez que requirió de capital y trabajo que bien pudo haberse dedicado a la producción de otros bienes y servicios. Este simple principio pudo haber corregido varios aspectos de práctica regulatoria en la Reforma en Telecomunicaciones, desde su diseño, de manera que sólo existiera un rostro con su visión al futuro.

## Bibliografía

- Associated Press vs. United States (1945). 326 U.S. 1, 17–18.
- Breyer, S. (1982). (S/A). *Regulation and its Reform* 286–87.
- European Commission (2013). “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council. Laying down Measures Concerning the European Single Market for Electronic Communications and to Achieve a Connected Continent, and Amending Directives”. Bruselas, 11 de septiembre.
- Kahn, Alfred E. (1971). *The Economics of Regulation* 127.
- Otter Tail Power Co. vs. United States (1973). 410 U.S. 366, 382.
- Posner, Richard A. (1969). *Natural Monopoly and Its Regulation*, 21 STAN. L. REV. 548, 631–32.
- United States v. (S/A). (1912). *Terminal R. R. Ass’n of St. Louis*, 224 U.S. 383, 404.

