

Implicaciones del concepto de insumo esencial en la reforma constitucional de telecomunicaciones

Ramiro Tovar Landa*

Las implicaciones de haber incluido el concepto de insumo esencial en la Constitución mexicana son sustantivas dado que dista de haber consenso académico sobre sus alcances teóricos y su aplicación en política regulatoria.

Por virtud del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 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 y legal son sustantivas dado que dista de haber consenso académico sobre sus alcances teóricos y su aplicación en política regulatoria.

En el Artículo 28 se establece:

La Comisión [Federal de Competencia Económica] contará con las facultades necesarias

* 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.

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 ese mismo artículo posteriormente se establece para 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 6° y 7° 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”.

Cabe señalar que en el dictamen de las cámaras de Diputados y Senadores a la minuta respectiva de la Cámara de Diputados, no se define o se trata de delimitar el concepto de insumo esencial. Con esta reforma, México se convierte en el único país que en su texto constitucional incluye dicho concepto en su articulado.

El origen del concepto o doctrina del recurso esencial proviene del caso *United States vs. Terminal Railroad Asso-*

ciation of St. Louis en 1912, relacionado con el uso de puente terminal de 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 de ferrocarril, incluso aeropuertos, sistemas de informática y propiedad intelectual¹. La historia de la aplicación de tal concepto ha demostrado su uso y abuso en su aplicación a diferentes bienes o servicios considerados insumos esenciales, tanto en la experiencia estadounidense 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 tal forma que ese concepto está lejos de ser absoluto y permanente en el tiempo.

Así como en 1912, en el caso *United States vs. Terminal Railroad Association*, la Suprema Corte de Estados Unidos resolvió que la facilidad o infraestructura no podría ser duplicada y, por tanto, debería ser compartida con los ferrocarriles rivales, en el caso *MCI Communications vs. AT&T Co.*, 708 F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1983) un insumo esencial se definió como aquel bien o servicio que satisface cuatro elementos:

- i. Se ofrece en forma monopólica.
- ii. Sus competidores tienen la incapacidad práctica o razonable de duplicarlo.
- iii. Su acceso o uso impide a sus competidores su concurrencia en mercados verticalmente relacionados con el insumo.
- iv. Es técnicamente posible ofrecerlo a sus competidores.

En Europa el caso *C-7/97 Oscar Bronner GMBH & CO. KG V. Mediaprint* [1998] ECR I-7791, relativo a la exigencia de acceso a la red de distribución domiciliaria de un periódico de gran circulación por parte de uno de menor penetración, se definió de la forma siguiente:

- i. Cuando el acceso al insumo es precondition para la competencia en un mercado relacionado, dado que el bien o servicio tiene un limitado o inexistente grado de sustitución o en el caso donde la duplicación del insumo es imposible o extremadamente difícil dadas las restricciones físicas, geográficas o legales.

¹ *United States vs. Terminal R. R. Assn. of St. Louis*, 224 U.S. 383, 404 (1912); *Associated Press vs. United States*, 326 U.S. 1, 17-18 (1945); *Otter Tail Power Co. vs. United States*, 410 U.S. 366, 382 (1973).

- ii. El que un agente económico que posee o controla el acceso a un insumo esencial niegue el acceso a los oferentes de un bien final que solamente pueden ofrecer teniendo acceso a tal insumo viola el Artículo 82 del Tratado de la Unión Europea (ahora Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, efectivo desde diciembre del 2009), relativo al abuso de poder dominante y no por incluir una definición de insumo esencial, sino por una interpretación del abuso de poder de mercado.

En el caso *Bronner* la Corte de Justicia Europea notablemente declinó aplicar la doctrina del insumo esencial cuando la empresa que exige el acceso puede crear su propia infraestructura o insumo supuestamente esencial, sea por inversión propia o en reunión con otros participantes de mercado. Tal resolución reconoce los incentivos oportunistas que puede conllevar el concepto de insumo esencial y transformarse en un instrumento de “*free rider*” sobre las inversiones realizadas por otros.

Phillip Areeda ha sugerido seis principios referentes a cuándo y cómo debe de ser aplicado el concepto de recurso esencial: i) la obligatoriedad de acceso debe de ser excepcional, ii) un elemento de infraestructura propiedad de un solo agente económico es esencial si los agentes económicos que buscan el acceso se ven impedidos para competir sin él, si éste no puede ser duplicado y los agentes rivales no pueden competir sin tener acceso a tal bien o servicio necesario para la competencia, iii) el acceso debe de ser obligatorio sólo si al ofrecerlo es probable que incremente sustancialmente la competencia. En particular, esto no es probable si reduce los incentivos para realizar actividades deseables socialmente, como la inversión en innovación, o si el agente, exigiendo el acceso, no es un competidor actual o potencial; iv) existe una legítima razón para negar el acceso; v) el acceso obligatorio debe ser requerido solamente cuando pueda ser adecuada y razonablemente supervisado².

En el caso de *Alaska Airlines, Inc. vs. United Airlines, Inc.* (1991) se definió como lo siguiente:

Una facilidad o infraestructura controlada por una sola empresa será considerada esencial sólo si el control de tal facilidad o infraestructura conlleva el poder para eliminar competencia [...] la doctrina del insumo esencial impone obligatoriedad cuando una empresa, la cual controla dicho

² Areeda, P. (1990). “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”. *Antitrust Law Journal*.

insumo, niega a una segunda empresa el acceso a un bien o servicio que esta última empresa debe obtener para poder competir con la primera.

Haucap y Wey (2004) definieron insumo esencial como: “Una parte o fracción de la infraestructura de un incumbente en un mercado cuyo acceso es esencial para sus rivales, con el objeto de competir en mercado(s) ‘agua abajo’ y el cual es imposible o no económicamente viable duplicarlo dado que exhibe características de monopolio natural”³.

Sin embargo, existen al menos 4 elementos cruciales que comparten y que se reconocen en la literatura económica⁴:

- i. La posición dominante del agente económico que controla el insumo.
- ii. La factibilidad técnica para ser ofrecido a otros agentes económicos que lo requieran.
- iii. La condición necesaria de acceder al insumo para que otros agentes económicos puedan competir en mercados relacionados con él (relación vertical).
- iv. Que el insumo no sea duplicable o sustituible por restricciones tecnológicas o por su viabilidad económica.

Es necesario recordar que la existencia de un insumo esencial con tales características da lugar a su tratamiento como monopolio natural, por lo que es indispensable considerar que tal insumo se ofrece en condiciones de monopolio o poder sustancial. Si la posición dominante no se demuestra, entonces la propiedad de esencial no existe, dado que puede ser sustituido o duplicado por medio de otros bienes o servicios disponibles en el mercado.

El que sea técnicamente factible que se ofrezca a otros agentes económicos es una propiedad tecnológica que permite que se desagregue del agente económico que lo controla y que pueda ser ofrecido a sus competidores actuales o potenciales. De igual forma, lo relevante es que la capacidad de tener acceso al insumo es lo que determina la competencia en los mercados verticalmente relacionados con el mismo y en donde también concurre el agente que posee los derechos de propiedad o control de tal insumo.

³ Haucap, J. y Wey, C. (2004). “Input Price Discrimination (Bans), Entry and Welfare”, febrero.

⁴ Durante, D.; Moglia, G.; Nicita A. (2001). “La nozione di essential facility tra regolamentazione ed antitrust. La costruzione di un test”, *mercato Concorrenza Regole*, núm. 2, Il Mulino; Lipsky, A. B. y Sidak, G. (1999). “Essential Facilities”, *Stanford Law Review*, vol. 51.

La propiedad de no duplicación o sustitución del insumo puede ser en sentido absoluto (por restricciones tecnológicas) o en sentido relativo (debido a razones económicas). En el último caso, la no duplicidad del insumo se debe a condiciones de subaditividad en costos, es decir, por condiciones de monopolio natural que hacen que el costo de ofrecerlo por un solo agente económico sea la solución económicamente eficiente dado que duplicarlo implica insuficiente retorno sobre la inversión requerida. Tal condición es frágil puesto que puede dar lugar a oportunismos para que otros agentes económicos no tengan incentivos a la inversión e innovación que podría llegar a duplicar la funcionalidad del insumo y eliminar su carácter de insumo esencial y, por tanto, el tratamiento regulatorio que conlleva⁵.

Dado lo anterior, la existencia de un insumo esencial implica la existencia de un monopolio natural en la etapa intermedia de producción de un bien o servicio final, por lo que un insumo esencial se produce en condiciones de monopolio natural, pero no todo monopolio natural es un insumo esencial. En casos recientes en Estados Unidos, la aplicación de la denominada “doctrina del insumo esencial” ha sido excluida de la política antimonopolios y restringida a sólo ser considerada, de acreditarse su existencia, en el ámbito regulatorio⁶.

Implicaciones regulatorias

El objetivo es el evitar el uso del recurso o insumo esencial para el desplazamiento de competidores e impedir el ejercicio de poder de mercado en los mercados verticalmente relacionados a tal insumo.

De existir tal recurso o insumo esencial, es necesario determinar que el costo de oportunidad de negar, degradar, obstaculizar, sabotear, entre otras conductas diferentes del precio fijado, por otorgar acceso a sus competidores con el objeto o efecto de desplazarlos del mercado, sea menor que el beneficio de desplazarlos, toda vez que el uso de tal recurso o insumo esencial forme parte de su función de ingresos; por lo que 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, tales regulaciones sólo se establecen al haberse acreditado la existencia de poder sustancial, dado

⁵ Opinion of Advocate General Jacobs, Case C17/97, Oscar Bronner, 1998, European Court Reports, I17791.

⁶ Verizon Communications, Inc. vs. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 410–11 (2004) y Pac. Bell Tel. Co. vs. LinkLine Communications, Inc., 129 S. Ct. 1109, 1117, 1119–20 (2009).

que todo insumo considerado esencial necesariamente conlleva poder sustancial en su oferta. Es necesario enfatizar los criterios para identificar cuándo se justifica imponer una regulación sobre la conducta de un operador o agente económico determinado en un mercado: i) elevadas y no transitorias barreras a la entrada; ii) ausencia de una dinámica hacia una competencia efectiva, es decir, considerar una dinámica de largo plazo tal 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 por 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” debe circunscribir el acceso de tal forma que las inversiones que elevan la eficiencia y el bienestar, y eventualmente eliminan las características de monopolio esencial de tal insumo, no se vean desincentivadas, mientras no se obstaculice la competencia en los mercados verticalmente asociados con tal insumo. La duplicación de la infraestructura debería de ser estimulada en tanto que eleven 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 de 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 a 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 sea 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 exigiría acceso cuando esta sea la alternativa de mayor utilidad esperada.

La reforma constitucional implica que necesariamente las reformas a leyes secundarias, la Ley Federal de Competencia Económica y una totalmente nueva Ley Federal de Telecomunicaciones, o la ley que le sustituya, definan el

concepto tal que no exista 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. De hecho, por lo argumentado anteriormente, el concepto de insumo esencial se hubiera restringido al ámbito de regulación sectorial y no hacerlo extensivo a la legislación de competencia.

En el Artículo 28 constitucional y en el Artículo 8° transitorio, en su 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, lo cual evidentemente no es verdad; por ello el 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 existente los criterios que anteriormente se han señalado, por lo que la desagregación y compartición obligatorias 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 como insumos esenciales y no en virtud de un análisis técnico económico de cada uno de ellos. Al prejuzgar que todos los elementos de una red local son insumos esenciales inmediatamente excluye la aplicación de un análisis y que el efecto oportunista de otras redes para explotar una red local preexistente domine y, por tanto, tenga como consecuencia el desincentivo a las inversiones tanto por parte del que exige el acceso como por parte del concesionario obligado a dar dicho acceso a tales elementos de red.

A diferencia de lo que recientemente expresó Alejandro Faya en un editorial de la sección de negocios del periódico *Reforma*⁷, calificando como un acierto el que se incluyera el concepto de insumo esencial, omitió lo establecido en el Artículo 8° transitorio y el efecto de inseguridad jurídica y el riesgo regulatorio para los agentes económicos en caso de que la legislación secundaria correspondiente no imponga una definición objetiva que obligue al análisis e imponga la carga de demostrar la existencia de presuntos insumos esenciales al regulador que corresponda, sea la CFCE en el caso de los mercados en toda la economía excepto telecomunicaciones y radiodifusión, los cuales están bajo la jurisdicción del IFT. En el peor de los escenarios se tendrían dos definiciones diferentes, cada una aplicable para cada ámbito de facultades y ambas tan suficientemente ambiguas o subjetivas como para que se facilite su aplicación discrecional.

⁷ Alejandro Faya (2013). “Insumos esenciales”, Editorial en Sección Negocios, *Reforma*, agosto 9.