

¿Para qué reformar?

WISTANO LUIS OROZCO

Comentarios sobre el marco jurídico de las telecomunicaciones en México

Profesor del Departamento de Derecho del itam.

Durante los últimos seis meses, la posible modificación del marco regulatorio de las telecomunicaciones en México ha ido llamando cada vez más la atención de un buen número de especialistas, lo cual ha propiciado la discusión de diversas propuestas de reforma a la Ley Federal de Telecomunicaciones. Pero a medida que los tiempos legislativos se agotan y se intensifica la presión de las empresas del sector por defender sus intereses comerciales particulares, el debate público ha pasado a ser un asunto altamente politizado, donde se mezclan sin mucha consistencia alegatos a favor y en contra de la liberalización y la desregulación del mercado.

Si eliminamos la lógica partidista y empresarial que nutre a las declaraciones de prensa de los participantes en el proceso de reforma legal, podemos decir que son tres los argumentos de fondo que mayores problemas de diseño normativo plantean entre los especialistas en regulación: en primer término, la tesis de que las nuevas reglas deberán ser lo suficientemente claras, estables y poco onerosas como para atraer los flujos de inversión nacional y extranjera necesarios para la modernización y el crecimiento de las telecomunicaciones en el país; en segundo lugar, el argumento de que la nueva regulación deberá necesariamente limitar el poder de los actores dominantes de los mercados relevantes en telecomunicaciones para estimular la competencia económica; y finalmente, la idea de que para hacer eficaz la nueva regulación se deberá fortalecer jurídica e institucionalmente al órgano regulador mexicano.

Por una mera cuestión metodológica, la necesidad de acotar el universo de análisis, este trabajo se centrará en uno de los servicios de telecomunicaciones más disputado en los últimos años: la telefonía de larga distancia. Desde mi perspectiva, las conclusiones que aquí se presentan pueden extenderse sin mucho esfuerzo a otros servicios de telecomunicaciones.

Apertura sin regulación

Desde que en 1878 se instalaran las primeras redes de telefonía en la ciudad de México la naturaleza jurídica de los servicios de telecomunicaciones ha ido cambiando al ritmo de las ideologías económicas y de las necesidades políticas dominantes en las diversas épocas de la vida nacional. En cada momento histórico los servicios de telecomunicaciones se han sujetado a regímenes de autorizaciones, permisos y concesiones, y las empresas que han prestado dicho servicios han mantenido distintas modalidades de propiedad, adquiriendo figuras jurídicas que van desde las empresas de capital nacional y extranjero a las empresas de participación estatal y privada. Más aún, en la historia de las telecomunicaciones nacionales se ha pasado indistintamente de monopolios públicos a privados y de sistemas de mercado basados en una competencia nacional a los basados en una competencia

regional y viceversa.¹

Podemos encontrar un buen ejemplo de esta situación en la historia de los servicios de telefonía, donde durante la primera mitad del siglo xx existió una tibia competencia entre dos compañías extranjeras que operaban en el país, las cuales se fusionaron en diciembre de 1947 bajo el nombre de Teléfonos de México (Telmex) dando lugar a un monopolio privado. Diez años más tarde, en 1958, esta empresa pasó a manos de inversionistas nacionales, los cuales pusieron en marcha un programa de capitalización a cinco años con la venta de acciones a los consumidores y un ambicioso programa de ampliación de cobertura y modernización tecnológica con la participación del Estado mexicano. Para 1972 el gobierno federal obtuvo el control accionario de dicha empresa y cuatro años más tarde pasó a formar parte del sector paraestatal, convirtiéndose así en un monopolio público. Durante catorce años Telmex conservó su carácter de empresa pública, hasta que fue privatizada en 1990 y se convirtió en una empresa privada mexicana pero con capital extranjero.

Es importante observar que, desde el punto de vista jurídico, esta evolución histórica se encuentra llena de lagunas, contradicciones, dilemas y paradojas de no fácil explicación. Si atendemos al texto constitucional de 1917 no encontraremos referencia alguna a servicios de telecomunicaciones, con la excepción expresa de la telegrafía y radiotelegrafía como servicios reservados exclusivamente al Estado en su artículo 28. No es sino hasta la reforma de dicho precepto constitucional, el 28 en febrero de 1983, cuando se incluye un nuevo servicio, la comunicación vía satélite, como un área estratégica que quedaría en manos exclusivas del Estado. ¿Dónde encuentra entonces sustento constitucional y legal la regulación de telecomunicaciones del país?

En el texto constitucional de 1917 encontramos que la fracción xvii del artículo 73 otorga la facultad al Congreso de la Unión para legislar en materia de vías generales de comunicación. Fue sobre esta base que el 19 de febrero de 1940 fue promulgada la Ley de Vías Generales de Comunicación (lvgc), la cual definió a las redes de telefonía como partes integrantes de la red pública nacional de transmisiones eléctricas y reguló en seis artículos (394 al 399), su operación específica. Pese a su evidente parquedad, durante 50 años la lvgc sirvió de marco regulatorio general para los servicios de telecomunicaciones del país, mientras que cada una de las concesiones y permisos sirvió para completar el marco regulatorio particular para cada servicio. No obstante esta situación, recordemos que a partir de 1947 Telmex pasa a ser el único concesionario de telefonía del país, por lo que su título de concesión se convirtió de hecho en la parte más importante de la regulación en la materia hasta la promulgación del Reglamento de Telecomunicaciones en 1990, año en el que esa empresa se reprivatiza.

Fue en 1988 cuando el entonces candidato a la presidencia de la República, Carlos Salinas de Gortari, anunció en la ciudad de Monterrey su intención de privatizar Telmex y desregular paulatinamente el mercado de las telecomunicaciones del país. Para agosto de 1990 ya se había modificado el título de concesión de dicha empresa paraestatal con el fin de poder vender a inversionistas privados la participación accionaria del gobierno mexicano y para abrir la competencia en el sector a nuevos inversionistas a través del otorgamiento de nuevas concesiones.²

Diversos analistas nacionales y extranjeros de la época se vieron sorprendidos por la velocidad con la que el gobierno había realizado la privatización de Telmex, pero muy

pocos advirtieron la falta de regulación aplicable a dicha medida. No fue sino dos meses después de la modificación al título de concesión de dicha empresa que el Ejecutivo Federal emitió el Reglamento de Telecomunicaciones. Cabe advertir que esta disposición es reglamentaria de la lvgc y hubo opiniones encontradas para determinar si se circunscribía a sus límites legales o si por el contrario su alcance era mayor al de la ley que le daba sustento.

Sin tener que modificar el marco constitucional o legal el presidente tuvo plena autonomía para llevar a cabo la privatización de la mayor empresa de telecomunicaciones de América Latina y la segunda empresa pública más importante del país. Más allá de las posibles dudas sobre la oportunidad y transparencia del proceso de privatización, lo que verdaderamente resulta criticable de tal medida es que se realizó sin un marco normativo previo, claro y estable que permitiera conducir la apertura del mercado de las telecomunicaciones de forma más ordenada y eficiente. En otras palabras: se inició un proceso de apertura sin contar con una regulación adecuada y una estrategia de largo plazo.

Tendrían que pasar cinco años para que, en plena situación de emergencia económica desencadenada por la borrachera de diciembre de 1994, el sector de las telecomunicaciones contara con una ley propia. En enero de 1995, Ernesto Zedillo anunció la firma del "Acuerdo para superar la emergencia económica" en el cual expuso su intención de adelantar los tiempos de apertura del mercado de la telefonía de larga distancia -que por la modificación del título de concesión de Telmex dejaba a esta compañía como el único proveedor de este servicio hasta enero de 1997-, así como la privatización del sistema satelital mexicano.

Vale la pena señalar que estos cambios respondieron a la lógica propia de las medidas de urgencia para el ajuste y la estabilización de la economía mexicana emprendidas durante los primeros tres años del sexenio de Zedillo -probablemente el periodo más prolífico en reformas jurídicas de la historia de México-,³ y no a una agenda de apertura y desregulación previamente establecida. De hecho, la apertura del mercado de larga distancia y la privatización del sistema de comunicación satelital parecieron estar guiadas por el principio de que, ante la urgencia de recursos era viable sacrificar la calidad del diseño de los cambios jurídicos necesarios para instrumentar estas políticas públicas. Ya se harían las modificaciones pertinentes cuando resultara oportuno: lo importante en ese momento era hacerse de recursos para hacer frente a las obligaciones de pago del país.

En consonancia con lo anunciado en enero de 1995, el 5 de marzo de ese mismo año se modificó el artículo 28 constitucional para permitir la privatización de las comunicaciones vía satélite y el 7 de junio de ese mismo año se publicó en el Diario Oficial de la Federación la actual Ley Federal de Telecomunicaciones, que en su artículo 7 transitorio establecía el día 10 de agosto de 1996 como la fecha de apertura del mercado de telefonía de larga distancia. Dos meses después de la entrada en vigor de dicha ley se otorgaron los títulos de concesión de quienes se convertirían en competidores del Telmex en el servicio de telefonía de larga distancia -Avantel y a Alestra, las cuales tenían como socios extranjeros a mci y a att respectivamente, los dos principales proveedores de servicios de telecomunicaciones de Estados Unidos.

Si bien esta vez la apertura se dio con la existencia de una ley de por medio, el marco regulatorio seguía presentando serias lagunas e inconsistencias ya que, por un lado, el nuevo cuerpo normativo derogaba las normas de la lvgc aplicables a la telefonía y otros servicios de telecomunicaciones y, por otro, dejaba en vigor las disposiciones reglamentarias contenidas en el Reglamento de telecomunicaciones que no se opusieran a ella y en tanto no se emitieran nuevas normas infralegales.

Para completar esta enredada historia no podemos dejar de hacer referencia a la creación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) como órgano regulatorio en la materia el 6 de agosto de 1996. La Cofetel fue creada por decreto presidencial como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes con autonomía técnica y operativa, y cuyas principales atribuciones son las de emitir disposiciones administrativas; elaborar y administrar los planes técnicos fundamentales; expedir las normas oficiales mexicanas en materia de telecomunicaciones, y opinar respecto de las solicitudes para el otorgamiento, modificación, prórroga y cesión de concesiones y permisos en materia de telecomunicaciones, así como de su revocación.

Si bien la creación de la Cofetel siguió al pie de la letra los cánones internacionales para los procesos de apertura y desregulación, su inclusión en el marco jurídico mexicano resultó ser muy problemática. Por ejemplo, una de las principales atribuciones otorgadas a este órgano fue la de la emisión de la regulación específica para la operación de los servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, dado nuestro marco jurídico general, el ejercicio de esta facultad provocó innumerables recursos administrativos y juicios de amparo promovidos por aquellos concesionarios no satisfechos con las resoluciones de la Comisión.⁴ Peor aún, el propio diseño institucional de la Cofetel no fue acompañado de una reestructuración orgánica y funcional de la Secretaría, con lo que se crearon duplicidades de funciones entre ambas dependencias y se impidió un traspaso racional de atribuciones. En este sentido destaca el hecho de que la Secretaría conservase la competencia para imponer sanciones dejando a la Cofetel como un órgano regulatorio sin posibilidades de imponer su propia regulación.

Crecimiento y regulación

Los economistas suelen decir que el valor de una empresa depende en buena medida del marco regulatorio en el que ésta tiene que actuar y, por lo que hemos visto en el apartado anterior, el marco normativo vigente desde la apertura del mercado de la larga distancia y hasta nuestros días no parece suficientemente claro y seguro para quienes han decidido invertir en este segmento de las telecomunicaciones. ¿Cómo explicar entonces que en los últimos siete años de apertura se hayan otorgado doce títulos de concesión de redes públicas de telecomunicaciones para operar el servicio de larga distancia, siete de las cuales están en operación y en competencia?⁵ ¿cómo es posible que alguien haya estado interesado en invertir en un negocio de riesgo con altos costos de inversión bajo un marco regulatorio insuficiente?; y ¿cómo explicar el notorio incremento en el número de minutos de larga distancia nacional e internacional en estos últimos años pese a la baja densidad de líneas telefónicas locales en el país?

Responder a estas preguntas parece conducirnos a alguna o algunas de las siguientes hipótesis: 1) quienes han entrado al negocio de la larga distancia no han percibido tan negativamente la legislación vigente y han considerado que con el actual marco regulatorio

es posible obtener importantes márgenes de utilidades; 2) quienes han participado del servicio de larga distancia saben que pueden aprovecharse en su favor de las deficiencias regulatorias y la debilidad institucional de la Cofetel y así maximizar sus ganancias; y 3), quienes ingresaron al mercado de la telefonía de larga distancia no previeron cómo les afectaría la caótica regulación del sector.

Si deseamos nuestra tercera opción bajo el presupuesto de que los actores económicos que entraron al negocio de la telefonía de larga distancia son agentes racionales y que tuvieron tiempo, oportunidades y conocimientos para prever el impacto del marco regulatorio en su desempeño empresarial, debemos quedarnos en el análisis de las dos hipótesis iniciales, bajo las cuales no parece ser del todo concluyente que una modificación sustantiva del marco regulatorio vigente vaya a incrementar significativamente los flujos de inversión ya existentes.

Es importante no considerar mutuamente excluyentes a estas dos hipótesis. Deberían, por el contrario, verse como complementarias por la siguiente razón: me parece que es relativamente fácil comprobar que en el servicio de telefonía de larga distancia -como ocurre también con el resto de los servicios de telecomunicaciones- los actores económicos se comportan de acuerdo con cada una de estas hipótesis según el modo en que les afecte la regulación en cada caso en particular. Un tema que ilustra claramente esta situación es el comportamiento de los concesionarios en torno a dos conceptos que suscitan vivas disputas: la dominancia y el bypass.

En primer lugar, dado el esquema de privatización de Telmex, la posterior apertura del mercado de la larga distancia nacional e internacional tuvo que enfrentarse al grave problema de contar con un actor que era propietario de toda la red local de líneas telefónicas residenciales y comerciales del país, red a la cual se debían interconectar las nuevas redes públicas de larga distancia mediante la celebración de convenios de interconexión -libremente negociados por las partes y posteriormente ratificados por la autoridad administrativa.⁶

En relación con ello, vale la pena señalar que uno de los mayores reclamos por parte de los competidores de Telmex ha sido la imposibilidad de negociar en igualdad de circunstancias con un operador que tiene un poder dominante claro en el mercado y que por esta sola circunstancia puede imponer condiciones desventajosas que impiden o dificultan la competencia, como por ejemplo el establecimiento de tarifas de interconexión discriminatorias.

Estos mismos operadores suelen argumentar que el actor dominante debe ser sujeto a la regulación específica que han emitido las autoridades correspondientes con el fin de impedirle realizar prácticas monopólicas y situarlo artificialmente en una posición de igual poder de negociación al momento de acordar los términos de los convenios de interconexión y de los convenios para la provisión de otros servicios. A esta regulación se le conoce como "reglas de dominancia" y su aplicación representa un capítulo en el que los fracasos de las autoridades administrativas han superado a los éxitos, dada la avalancha de recursos legales a las que su labor se ha tenido que enfrentar.

En segundo lugar, una de las principales quejas de Telmex en contra de sus competidores es

que realizan una práctica ilegal conocida como bypass, la cual consiste en desviar el tráfico público conmutado de larga distancia para eludir el pago del servicio de interconexión con el operador local del área en donde se origina la llamada. Para llevar a cabo esta actividad, el operador de larga distancia generalmente enruta las llamadas de sus suscriptores a un enlace dedicado o línea privada de un gran cliente para que éstas no pasen por las centrales del operador local y no sean contabilizadas para efectos del pago de la interconexión. En opinión de Telmex gran parte de sus competidores realizan habitualmente esta práctica con la ayuda de las casas matrices de sus socios extranjeros.

Como ocurría en el caso de la dominancia, el operador afectado por el bypass argumenta que se debe hacer respetar la regulación vigente en contra de los concesionarios que efectúan esta práctica. Pero, de nuevo como ocurría con las reglas de dominancia, hay que decir que la imposición de las reglas antibypass por parte de las autoridades del sector han acabado en un mayoritario fracaso.

Pero, ¿es la regulación sustantiva la verdadera culpable de estos descalabros, al permitir que los concesionarios muestren una doble cara frente a la legalidad, o son las deficiencias jurídico-institucionales de la autoridad las responsables de sus fallos? Me inclino a pensar que la respuesta a estos interrogantes pasa por una combinación de ambos factores. Me parece tan cierto el hecho de que la regulación sustantiva tiene importantes lagunas y contradicciones de las que los concesionarios echan mano para armar sus alegatos y defensas jurídicas, como el hecho de que el diseño normativo de la Cofetel ofrece serias deficiencias jurídico-institucionales que obstaculizan su correcto funcionamiento.

¿Para qué reformar, entonces? Para poner orden en un mercado en el cual, actualmente, sus principales agentes se aprovechan de una serie de lagunas, errores, incongruencias y contradicciones normativas de raíz histórica que les permiten apelar a la regulación cuando ésta satisface sus intereses económicos y denunciarla como inválida cuando afecta a sus ganancias corporativas. Para crear una autoridad fuerte que pueda llevar las riendas de la prestación eficiente de un servicio público indispensable en nuestros días y que se encuentra en manos privadas, ¿cómo reformar? La respuesta a esta pregunta es materia de otro trabajo z

1. Para una visión completa de la historia de las telecomunicaciones en México véase, de Ana Luz Ruelas, México y Estados Unidos en la revolución mundial de las telecomunicaciones, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1995.

2. La cláusula 2-4 del título de concesión de Teléfonos de México abrió la competencia en el sector al disponer que: "la Secretaría de Comunicaciones y Transportes... se reserva el derecho de otorgar otra u otras concesiones a favor de terceras personas para que exploten en igualdad de circunstancias, dentro de la misma área geográfica o en otra diferente, servicios idénticos o similares a los que son materia de esta concesión".

3. Según un estudio reciente, durante la gestión del presidente Zedillo se realizaron poco más de 70 reformas constitucionales, una cifra aún mayor que la registrada durante el sexenio de Salinas (1988-94). Véase, de Sergio López-Ayllón y Héctor Fix-Fierro, "¡Tan cerca, tan lejos!, Estado de Derecho y cambio jurídico en México (1970-1999)", en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 97, 2000.

4. La extensión y alcance de la facultad reglamentaria del Ejecutivo es una de las cuestiones jurídicamente más disputadas e incluye temas como la existencia de reglamentos independientes y la validez de normas administrativas de aplicación general.

5. La Cofetel tiene registrados 22 títulos de concesión de redes públicas interestatales de las cuales doce tienen autorizado el servicio de telefonía de larga distancia y el resto diversos servicios como los de provisión de capacidad, videoconferencias o transmisión de datos. Véase la página web de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, www.cft.gob.mx

6. Tanto la Ley Federal de Telecomunicaciones (artículos 41 al 44) como la Resolución sobre el plan de interconexión con redes públicas de larga distancia de 1994, establecen los lineamientos básicos a los que deben sujetarse los operadores de larga distancia con el objeto de celebrar sus convenios de interconexión. Nuevamente la genealogía de estas disposiciones nos conduce al título de concesión de Telmex, el cual le impone a esta empresa la obligación de interconectar a sus centrales públicas las redes de larga distancia de los operadores autorizados.