

ÓRGANOS REGULADORES DE TELECOMUNICACIONES

Por: Dra. Clara Luz Álvarez¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Origen; III. Independencia y autonomía; IV. Tipos de reguladores; V. Actividad regulatoria; VI. Ejemplos de órganos reguladores; VII. Comisión Federal de Telecomunicaciones; VIII. Conclusiones; IX. Fuentes de información.

RESUMEN: Este artículo presenta los orígenes de los órganos reguladores de telecomunicaciones y su justificación. Asimismo, refiere a la independencia y autonomía que deben gozar los reguladores, los principios que rigen la actividad regulatoria, los tipos de reguladores y la captura del regulador. El artículo expone los antecedentes legislativos y reglamentarios de la creación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones de México (COFETEL) como regulador de telecomunicaciones, las reformas que le confirieron facultades en radio y televisión abierta, así como de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto al ámbito de competencia de la COFETEL. Finalmente, se presentan reflexiones sobre la situación de la COFETEL y las oportunidades de mejorar su diseño institucional.

PALABRAS CLAVE: Telecomunicaciones, radio y televisión abierta, regulador, actividad regulatoria, Comisión Federal de Telecomunicaciones.

ABSTRACT: This essay presents the origins of the telecommunication regulators and its justification. Also, it refers to the regulator's necessary independence and autonomy, the principles of the regulatory activity, the types of regulators, and the regulator's capture. Afterwards, the legislative and executive background of the creation of the Mexican Telecommunications Commission (COFETEL) as the telecommunication regulator are set forth, the legal reforms that transferred faculties on broadcasting, as well as the relevant Mexican Supreme Court's resolutions regarding the scope of action of COFETEL. Finally, the reflections on COFETEL's situation and the opportunities to improve in its institutional design are presented.

KEY WORDS: Telecommunications, broadcasting, regulator, regulators activities, Mexican Telecommunications Regulator.

¹ Doctora en Derecho, es miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México. Es autora de los libros *Internet y Derechos Fundamentales* y *Derecho de las Telecomunicaciones*, así como de diversos capítulos en libros y ensayos en revistas arbitradas. Fue relatora de la Unión Internacional de Telecomunicaciones de accesibilidad a las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) por personas con discapacidad y comisionada de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.



I. INTRODUCCIÓN

Los órganos reguladores son hasta cierto punto de reciente incorporación al Derecho Administrativo mexicano quien los vio florecer principalmente en la década de 1990. Las razones de ser de los reguladores varían de sector en sector. En este artículo se presentan los orígenes de los órganos reguladores de las telecomunicaciones y la justificación de su existencia frente a otros tipos de entes públicos.

La independencia y autonomía de los reguladores es esencial para generar confianza en el público inversionista y en la ciudadanía. Por lo cual es importante destacar lo que las mejores prácticas de la experiencia comparada sugieren para lograrlas. Los reguladores pueden ser sectoriales, convergentes o multisectoriales, pueden o no tener facultades en competencia económica para el sector de que se trate, pueden estar a cargo de una persona o de órganos colegiados. El mejor diseño institucional dependerá de las circunstancias de cada país y, en gran medida, deberá ajustarse a las necesidades cambiantes del sector de las telecomunicaciones.

La actividad regulatoria y los riesgos de captura del regulador forman parte de los temas obligados cuando se hace un análisis de los órganos reguladores. Adicionalmente, la evolución de los órganos reguladores en distintos países proporciona un insumo fundamental en el análisis del mejor modelo de regulador para un país en específico.

Finalmente, se exponen los antecedentes legislativos y reglamentarios en México para la creación de la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL), las resoluciones judiciales que han marcado la existencia y facultades de la COFETEL, así como las facultades de que ésta goza tanto en el sector de las telecomunicaciones conforme a la Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT) como al de la radio y televisión abierta de acuerdo con la Ley Federal de Radio y Televisión (LFRTV). Las conclusiones del presente ensayo comparten algunas reflexiones sobre las oportunidades de mejorar al regulador de las telecomunicaciones en México.

II. ORIGEN

Cuando se inventó el teléfono y las redes telefónicas se fueron desplegando, se consideró que las telecomunicaciones debieran seguir un esquema de *monopolio natural*, es decir, un esquema diferente a la competencia de mercado en telecomunicaciones que existía en los Estados Unidos de América (EUA). El esquema de *monopolio natural* considera que sería ineficiente que existieran varias empresas prestando el mismo servicio, esto es, al existir una sola empresa los costos medios se reducirían conforme aumentara la cantidad

de servicios prestados y -se asume sin que en la práctica necesariamente sea lo que sucede- la empresa que es *monopolio natural* podría bajar el precio al consumidor. De esta manera en la mayor parte de los países se fueron creando monopolios estatales o privados sobre la red y los servicios telefónicos.

Para la década de 1980 los países de la entonces Comunidad Económica Europea (hoy la Unión Europea) comenzaron a cuestionarse por qué en EUA los servicios eran mejores y a menores precios. El resultado de la investigación de la entonces Comunidad Económica Europea fue que la gran diferencia era la apertura a la competencia en el sector de telecomunicaciones de EUA frente a los monopolios de telecomunicaciones europeos. A partir del año 1988, la Unión Europea (UE) comenzó un gradual proceso de liberalización² en las telecomunicaciones a través de diversas directivas.³

La década de 1990 fue en términos generales a nivel mundial de liberalización y privatización de muchos sectores de la economía, incluyendo el de las telecomunicaciones. Adicionalmente, en 1994 se suscribieron el Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). De la mano de la liberalización y siguiendo el ejemplo de EUA, se establecieron órganos reguladores de las telecomunicaciones con la finalidad de que -en la medida de lo posible-, éstos estuvieran enfocados a los aspectos técnicos y actuaran libres de injerencias políticas e independientes de los agentes regulados.

La liberalización en el sector de telecomunicaciones requería de una autoridad capaz de regular el nuevo mercado de telecomunicaciones para que los interesados en ingresar a éste tuvieran certeza de un nivel parejo de juego⁴ entre los incumbentes (operadores antes de la existencia de competidores), los que llegaron a convertirse en dominantes (aquellos con poder de influir en el mercado) y los nuevos entrantes.

Los ministerios o secretarías de Estado eran tradicionalmente los encargados de elaborar la política de telecomunicaciones y supervisar el desempeño de las empresas públicas de telecomunicaciones. El inconveniente para que se convirtieran en autoridades reguladoras era, entre otros, que tendrían presiones: (1) de continuar con la rentabilidad de la empresa

² Por liberalización se entiende cuando se abre un mercado determinado a la competencia. La liberalización a veces incluye el que un monopolio público se privatice, pero no es un requisito para la liberalización.

³ Cfr. LUZ ÁLVAREZ, Clara, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa y Cámara de Diputados, México, 2008, (disponible también en http://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/virtual_conocerlx.htm), pp. 136-149.

⁴ Este término de *nivel parejo de juego* viene del inglés *level playing field* para referirse a que los agentes del mercado deban de gozar de las mismas reglas para que su posibilidad de competir en él sea equitativa.

pública (p. ej., cuando aún no se privatizaba la empresa pública o durante el periodo de su venta), (2) de cumplir con objetivos de política social (p. ej., llevar teléfonos en zonas rurales), o (3) de mantener el subsidio a ciertos servicios (p. ej., el subsidio que recibía la telefonía local residencial a partir de los cobros de tarifas altas en el servicio de telefonía de larga distancia). Es así como se favoreció la creación de órganos reguladores de telecomunicaciones independientes de la secretaría o ministerio encargado de las políticas públicas de comunicaciones.⁵

El órgano regulador tendrá como cometido general el fomentar y mantener la competencia en el mercado como un mecanismo para que los usuarios puedan tener más y mejores servicios, a menores precios.

“Los reguladores efectivos se asocian normalmente con ser independientes hasta cierto grado (...) Al comienzo del proceso de transformación, la estructura de monopolio preexistente permite conducta[s] discriminatoria[s]. El énfasis en la no-discriminación surgió de cuatro fuentes que, en parte, reflejan a distintos actores del mercado. Estos cuatro imperativos son el asegurar:

- La cooperación hecha posible en un ambiente competitivo a fin de garantizar un nivel parejo de juego entre entidades desiguales dentro del mercado.*
- Que todos los proveedores de equipos sean tratados igual cuando el mercado está dominado por un comprador único con relaciones preexistentes con los proveedores.*
- Que todos los nuevos entrantes e inversionistas del sector de servicios de telecomunicaciones son tratados de manera equitativa por el competidor dominante, que éste proveerá de insumos (p. ej., interconexión) a los negocios de los nuevos entrantes; y*
- Que todos los clientes tienen una ‘voz’ y sus quejas e intereses reciben una respuesta adecuada.*

Atender [aspectos de] no-discriminación involucra el construir confianza y legitimidad en una institución reguladora ‘independiente’. La cuestión principal es establecer un ambiente funcional, habilitador consistente en el(los) regulador(es) y la regulación

⁵ El grado de independencia y autonomía de los órganos reguladores respecto a las secretarías o ministerios de comunicaciones, ha variado de país en país y a lo largo del tiempo.

que atraerá inversión suficiente y sustentable para satisfacer la demanda existente, ampliar el abasto e introducir nuevos servicios.”⁶

El diseño institucional para que los países cuenten con un regulador efectivo e independiente es considerado elemento esencial para atraer inversiones y apoyar el desarrollo económico.

“(…) las instituciones tienen un fuerte impacto correlativo en la productividad, competitividad, prosperidad y el desarrollo económico de los países y definen la manera en que la sociedad distribuye los beneficios y costos del desarrollo de estrategias y políticas (World Economic Forum, Global Competitiveness Report 2009-2010). De hecho, la investigación señala a la infraestructura social e institucional como el factor, si no el único, que más importa para la prosperidad en el largo plazo (...) Ver al Estado como excluyente del mercado es una noción absolutamente equivocada; si bien el Estado no debe reemplazar al mercado, sí debe proveer los cimientos básicos para su funcionamiento (...)”⁷

III. INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA

El gran debate en cuanto a órganos reguladores es el grado de independencia y autonomía que éstos deben tener. Independencia y autonomía serán conceptos utilizados indistintamente para efectos de este artículo.⁸ La independencia de los órganos reguladores es respecto a:

- Las autoridades gubernamentales, los partidos políticos y los políticos. El regulador precisa de estar libre de influencia política. La autonomía del órgano regulador es vital en relación con las autoridades políticas.

⁶ “Effective regulators are normally associated with being independent to some degree. (...) At the outset of the transformation process the pre-existing monopoly structure allows for discriminatory behavior. The emphasis on non-discrimination arose from four sources which, in part, reflect different constituencies in the market. These four broad imperatives are to ensure that: - Cooperation is enabled in a competitive environment to ensure that a level playing field exists between unequal entities in the marketplace; - All equipment suppliers are treated equally where the market is dominated by a single buyer with strong pre-existing relationships with suppliers; - All new entrants and investors in the telecommunications service sector are treated equally by the dominant competitor, who will be a supplier of inputs (e.g., interconnection) to the businesses of the new entrants; and - All customers have a ‘voice’ and their complaints and interests receive an adequate response. Addressing non-discrimination involves building confidence in and the legitimacy of an ‘independent’ regulatory institution. The central issue is establishing a functioning, enabling environment consisting of the regulator(s) and regulations that will attract sufficient and sustainable investment to satisfy existing demand, expand supply and introduce new services” [traducción de la autora] infoDev y Unión Internacional de Telecomunicaciones, *ICT regulation toolkit*, www.ictregulationtoolkit.org, módulo 1, numeral 2.1 (fecha de consulta: 27 de junio de 2011).

⁷ FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro, *Fortalecer a los reguladores*, México, CIDAC, USAID y Red Mexicana de Competencia y Regulación, 2010, pp. 14-15.

⁸ Conforme al Diccionario de la Lengua Española (vigésima segunda edición, www.rae.es) de la Real Academia Española, independencia es la “cualidad o condición de independiente”. Independiente a su vez referido a una persona es que ésta “sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena” y es sinónimo de “autónomo”. Por su parte, dicho Diccionario refiere que la autonomía es la “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”. En este artículo se presentan los conceptos de independencia y autonomía como equivalentes para efectos de los órganos reguladores.

“(...) es posible apreciar, la idea persistente de que para el mejor funcionamiento de las instituciones públicas debe garantizarse un ámbito de actuación de los órganos que permita llevar a cabo sus tareas en condiciones de ausencia o menor injerencia de la ‘política’, y, por el contrario, un espacio de libertad que permita que la ‘técnica’ sea el ámbito de decisión administrativa. La autonomía es vista como una condición (más que un fin) que da credibilidad y objetividad al funcionamiento de los órganos reguladores.”⁹

- Las compañías de telecomunicaciones y demás agentes por regular. Ello implica que el regulador y sus empleados actúen y resuelvan sin intervención indebida de los prestadores de servicios de telecomunicaciones. Los empleados del regulador no deben únicamente abstenerse de participar cuando surge un conflicto de intereses, sino que deben cortar todos los vínculos con las empresas reguladas,¹⁰ porque de lo contrario más que regulador serían agentes de éstos en perjuicio de la competencia. Para el caso de México y sus compromisos plasmados en el Documento de Referencia de la OMC, la entidad reguladora debe ser independiente de los proveedores de servicios de telecomunicaciones e imparcial en sus decisiones y procedimientos.¹¹
- Los consumidores de telecomunicaciones. La independencia demanda que el regulador pueda actuar objetiva e imparcialmente, por lo que también la injerencia indebida de consumidores en el actuar del regulador puede afectar el desarrollo del sector (p. ej., una decisión que indebida y excesivamente beneficie a los consumidores puede afectar negativamente a la operación del mercado de telecomunicaciones).

La independencia del regulador no exime a éste de continuar sujeto a rendición de cuentas¹², así como a un sistema de pesos y contrapesos.¹³ La independencia del regulador es aquella que permite implementar la política sin interferencia indebida de políticos o cabilderos de la industria. La independencia debe ser transparente, sujeta a responsabilidad frente al gobierno, la industria y el público por el cumplimiento de objetivos. La independencia es crucial para que el órgano regulador pueda: (1) sustraerse del aspecto burocrático y político para concentrarse en el correcto funcionamiento de la competencia en el

⁹ ROLDÁN XOPA, José, *Estado y Economía en México. Estrategias y Función del Derecho*, <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2398/14.pdf>, p. 346.

¹⁰ GERADIN, Damien y KERF, Michel, *Controlling market power in telecommunications*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, p. 17.

¹¹ OMC, *México. Documento de Referencia a la Lista de Compromisos Específicos. Suplemento 2*, GATS/SC/56/Suppl.2, 11 de abril de 1997, punto 5.

¹² Organisation for Economic Cooperation and Development, *OECD reviews of regulatory reform Mexico*, Organisation for Economic Cooperation and Development, París, 2004, p. 17.

¹³ infoDev y Unión Internacional de Telecomunicaciones, *ICT regulation toolkit*, www.ictregulationtoolkit.org, módulo 1, numeral 2.2.

mercado, y (2) adaptar constantemente la regulación a los cambios dinámicos del sector de telecomunicaciones.¹⁴

Cuando un Estado continúa siendo propietario parcial o total de una empresa de telecomunicaciones, la autonomía del órgano regulador se pone a prueba en cada una de sus decisiones. Es probable que muchas de sus decisiones limiten a las empresas públicas en el ejercicio de su poder de mercado o que a fin de beneficiar a los usuarios, aquéllas –por mandato del regulador- tengan que realizar cuantiosas inversiones que reduzcan su rentabilidad en el corto plazo.

Existen situaciones en las que dos o más autoridades tienen objetivos distintos y puedan tratar de vulnerar la autonomía del regulador. Ejemplo de ello es el cobro de contribuciones por el uso de bienes de dominio público como son las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico. En estos casos la autoridad hacendaria trataría de recaudar el máximo posible, en tanto que el órgano regulador debe privilegiar el uso eficiente de dichos bienes independientemente de la recaudación. De ahí que la autonomía del órgano regulador de telecomunicaciones también se refiera a que tenga la estructura institucional y las facultades adecuadas para realizar debidamente su función.

La independencia y autonomía del órgano regulador le dan credibilidad y proporcionan confianza a los agentes del mercado. “Ninguna cantidad de ingeniería regulatoria, sin embargo, podrá eliminar completamente la necesidad de reguladores competentes y relativamente autónomos capaces de resolver, de manera imparcial, los problemas regulatorios complejos que surgirán”.¹⁵

Para favorecer la independencia del órgano regulador de telecomunicaciones, así como para que éste goce de credibilidad y confianza, las mejores prácticas sugieren:

Independencia de la secretaría o ministerio de Estado. El regulador debe ser una entidad que no esté sujeta al control de una secretaría o ministerio de Estado, ni que puedan éstos instruir al regulador en qué sentido deba actuar. Adicionalmente, las decisiones del órgano regulador no deben poderse modificar por la secretaría o ministerio de Estado, sino sólo por los tribunales competentes.

¹⁴ Cfr. MELODY, William H., “Policy objectives and models of regulation” en MELODY, William H. (ed.), *Telecom reform principles, policies and regulatory practices*, Dinamarca, Den Private Ingeniofond-Technical University of Denmark, 2001, pp. 19-22.

¹⁵ “No amount of regulatory engineering will, however, completely eliminate the need for competent and relatively autonomous regulators able to solve, in an impartial way, the complex regulatory problems that are bound to arise.”, GERADIN, Damien y KERF, Michel, *op. cit.*, nota 9, p. 22 [traducción de la autora].

Mandato y facultades. “El mandato se refiere a la misión del regulador, es decir, su objetivo de política pública subyacente, el cual debe ser claro, explícito y contundente. Lo anterior exige cuando menos un mandato: (i) plasmado a nivel de ley; (ii) no fraccionado en diversos ordenamientos; (iii) priorizado respecto de otras funciones; así como (iv) simple y desprovisto de términos vagos o difusos”.¹⁶ El órgano regulador necesita tener facultades suficientes para poder realizar su mandato, de otra manera se tendrá un regulador débil, capturado e incapaz de lograr su misión.

Transparencia. Además de que es un requisito de existencia de un regulador efectivo, la transparencia es elemento indispensable para la credibilidad y respetabilidad del regulador. Éste debe publicar sus decisiones, criterios y resoluciones, debe hacer consultas públicas de asuntos o temas de relevancia, debe publicar los proyectos de regulación y permitir un plazo razonable para que los particulares (agentes regulados y público en general) envíen comentarios a dichos proyectos, debe sostener audiencias públicas de sus deliberaciones o sesiones del órgano colegiado, debe tener una agenda pública de sus actividades y proyectos, entre otros.

Rendición de cuentas. El órgano regulador debe rendir cuentas de su actuación ante otras instancias del poder público (p. ej., Congreso) y ante la sociedad. Nótese que la rendición de cuentas no está en contradicción con la independencia. La independencia no quiere decir que el regulador esté aislado de la necesaria rendición de cuentas de toda sociedad democrática. Para que la rendición de cuentas sea efectiva, el regulador precisa de tener objetivos específicos a cumplir en plazos determinados o tener indicadores objetivos de desempeño.

Comisionados/Directivos. Perfil o requisitos determinados que deban reunir las personas que van a ocupar los cargos de comisionados (cuando es un órgano colegiado el de máxima autoridad del regulador) o del director general (cuando la máxima decisión es unipersonal). Estos requisitos deben asegurar que las personas a ocupar los principales cargos del regulador cuenten con conocimiento y experiencia del sector, al tiempo que sean imparciales respecto a los agentes regulados. Debe evitarse el nombramiento de personas que se dediquen a la política o con aspiraciones políticas, toda vez que ello puede afectar su libertad de actuar o reducir la credibilidad de imparcialidad del regulador. Por tanto los comisionados/director deben ser personas técnicas en el área de su especialidad (p. ej., abogados, economistas, matemáticos, ingenieros, políticas públicas).

Nombramientos. Los directivos o comisionados deben ser nombrados por un plazo fijo durante el cual sean inamovibles (salvo por causas graves señaladas por la ley), y con la

¹⁶ FAYA RODRIGUEZ, Alejandro, *op. cit.*, nota 6, pp. 28-29.

posibilidad de ser ratificados por periodo(s) adicional(es). Los nombramientos deberán ser escalonados para dar certeza al sector y evitar que en un momento dado, todo el órgano colegiado sea cambiado.¹⁷ Como medida de contrapeso, que las elecciones de los comisionados o directores se realice con la participación del Ejecutivo y Legislativo.

Financiamiento. El presupuesto de los órganos reguladores no debe depender sólo de decisiones políticas, ni de los agentes regulados. El presupuesto de los reguladores puede provenir de una asignación gubernamental y de otras fuentes de ingresos tales como los pagos que los agentes regulados hacen por el uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico, de las tarifas de las concesiones, permisos o autorizaciones, de las multas o sanciones económicas por incumplimiento al marco jurídico, los cobros por labores administrativas (p. ej., otorgamiento de numeración) o de verificación, entre otros.¹⁸

Ética y conflictos de intereses. “Los reguladores deben ser justos, imparciales y transparentes, e igual de importante, el público debe percibirlos como tales con la finalidad de inspirar confianza en la industria y sus inversionistas (...) La habilidad del regulador de regir con legitimidad y efectividad está basada en la real y percibida integridad, honestidad y comportamiento ético de sus oficiales y empleados y sus decisiones”.¹⁹ Los principios éticos del regulador y la obligación de revelar cualquier situación que pudiera interpretarse como un conflicto de interés es esencial para evitar cuestionamientos sobre la objetividad e imparcialidad en el actuar del regulador. No basta con contar con un marco genérico de responsabilidad de servidores públicos, sino que se precisa tener normas especiales para el regulador de telecomunicaciones en atención a los temas que refiere y al poder que muchos de los agentes regulados tienen. Los principios éticos deben prever prohibiciones o límites a recibir regalos, a aceptar comidas, invitaciones a conciertos o viajes y otros que por el monto o la significancia del regalo puedan comprometer o puedan afectar la imagen del regulador. Las relaciones personales y financieras también pueden afectar la credibilidad del regulador o colocar al empleado del regulador en una situación de conflicto

¹⁷ El escalonamiento de los nombramientos y el vencimiento de los plazos de cada comisionado es importante para dar certeza jurídica a los agentes regulados. Éstos a lo largo del tiempo conocen cuál es la tendencia que sigue el regulador y cuáles son las inclinaciones de cada comisionado. Si de un día a otro se sustituye en su integridad a los comisionados, entonces los agentes regulados no sabrán la tendencia y manera de resolver de los futuros comisionados. Por el contrario, si la sustitución de comisionados es gradual o escalonada, la incertidumbre se reduce a márgenes razonables.

¹⁸ La Federal Communications Commission de EUA recibe del Congreso una partida presupuestal de la cual se deducen los ingresos que colecta la FCC por tarifas regulatorias. En los últimos años estas tarifas han logrado compensar el monto asignado por el Congreso de EUA en un 90% lo que implica que el monto que efectivamente recibe por parte del Congreso sea el 10% de su presupuesto de operación. infoDev y Unión Internacional de Telecomunicaciones, *ICT regulation toolkit*, www.ictregulationtoolkit.org, módulo 6, numeral 5.1.2.

¹⁹ “Regulators must be fair, impartial and transparent, and just as importantly, the public must perceive them as such in order for the regulators to inspire confidence of the industry and of investors. (...) The ability of a regulator to govern legitimately and effectively is based on the real and perceived integrity, honesty and ethical behavior of its officials and employees and their decisions” [traducción de la autora] infoDev y Unión Internacional de Telecomunicaciones, *ICT regulation toolkit*, www.ictregulationtoolkit.org, Módulo 6, Capítulo 6.5.

de interés. Por ejemplo, si el cónyuge de un empleado trabaja para un agente regulado, el empleado debe revelarlo para que no participe, ni acceda a información del agente regulado. Si se tiene una participación accionaria en un agente regulado, dependiendo del monto de dicha participación y del nivel de decisión del empleado, es posible que además de revelar esa situación, el empleado deba vender su tenencia accionaria. Finalmente, puede surgir un conflicto de interés cuando un empleado del regulador está buscando trabajar con un agente regulado o éste lo desea contratar. Ello porque se puede considerar que el empleado del regulador por la posibilidad de conseguir ese trabajo, resuelva de manera en que su imparcialidad esté comprometida para favorecer al agente regulado o perjudicar a sus competidores. Adicionalmente, es posible que el empleado haya tenido acceso a información confidencial durante su cargo en el regulador, por lo que el uso de esa información sería un conflicto de interés. En algunos países se exige al empleado revelar en cuanto tenga algún contacto u ofrecimiento de un agente regulado para un trabajo potencial. En otros países se establece además un plazo durante el cual no puede emplearse con los agentes regulados (o no en determinadas circunstancias).

IV. TIPOS DE REGULADORES

Al hablar de órganos reguladores de telecomunicaciones pareciera que existe un modelo único. Sin embargo, existen diferentes tipos de reguladores y es común que evolucionen en cada país de manera diversa.

Reguladores sectoriales. Los reguladores sectoriales de telecomunicaciones son aquellos que tienen facultades únicamente sobre el sector de telecomunicaciones (sin incluir la radio y televisión abierta). Las ventajas de un regulador exclusivamente de telecomunicaciones es que genera una especialidad única que le permite comprender asuntos técnica, económica y jurídicamente complejos.

Reguladores convergentes. Los reguladores convergentes están encargados del sector de telecomunicaciones, los medios electrónicos masivos de comunicación (radio y televisión abierta), y las tecnologías de la información y comunicaciones. Ante la evolución tecnológica permanente y la línea divisoria cada vez más borrosa entre lo que son las tecnologías de la información, las telecomunicaciones y los medios electrónicos de comunicación, las ventajas de un regulador convergente es que puede adaptarse fácilmente a los cambios y evitar resoluciones contradictorias entre los diferentes servicios de comunicación.

Reguladores multisectoriales. Un órgano regulador será multisectorial cuando tiene facultades respecto de sectores que comparten características como puede ser el sector eléctrico, de ferrocarriles, hidráulico y de telecomunicaciones. Los partidarios de este

tipo de regulador argumentan que las telecomunicaciones tienen diversos elementos comunes con otras actividades o servicios (p. ej., electricidad), finalidades similares (p. ej., satisfacción de necesidades de interés general), economías de red, necesidades de derechos de vía o de paso, temas de interconexión (p. ej., ferrocarriles), y que al ser multisectorial el regulador se puede reducir el riesgo de captura regulatoria y los costos de operación del regulador pueden ser menores que tener reguladores para cada sector. Las desventajas del regulador multisectorial son que las telecomunicaciones son un sector dinámico en extremo que requiere una actualización constante e innovadora, en tanto que otros sectores no tienen esa evolución permanente. Adicionalmente, los empleados del regulador al tener facultades sobre múltiples sectores, no pueden alcanzar la especialización necesaria para atender oportuna y adecuadamente los proyectos de cada sector.

Reguladores con facultades de competencia económica. Independientemente de si el órgano regulador es sectorial, convergente o multisectorial, puede o no tener facultades en materia de competencia económica para determinar si un agente económico es dominante (poder sustancial en el mercado relevante) o si se están cometiendo prácticas monopólicas, ya sean absolutas o relativas. Los beneficios de que el propio órgano regulador encargado del sector de telecomunicaciones sea autoridad competente en competencia económica para este sector son que conoce y tiene la especialización técnica y económica necesaria para resolver de la mejor manera y más efectivamente que una autoridad general de competencia económica que ve este tipo de asuntos de todos los sectores de la economía.

Unipersonales o de órganos colegiados. Las máximas decisiones del órgano regulador pueden estar a cargo de una sola persona o de varias que actúen de manera colegiada. Si es un órgano colegiado (p. ej., pleno de una comisión, una junta directiva o un consejo), se puede contar con personas de distinto perfil y experiencia que aporten visiones distintas para la solución de los retos del sector. Adicionalmente, en un órgano colegiado los debates y discusiones pueden enriquecer la resolución final del regulador, aun cuando se tarde más tiempo en resolver que si la decisión dependiera de una única persona. La captura del regulador cuando es un órgano colegiado es más difícil, porque los *captors* (poder público o agentes regulados) tendrían que incidir en el ánimo de al menos la mayoría de los miembros de órgano colegiado. Los miembros de los órganos colegiados pueden estar de tiempo completo avocados al regulador o pueden también tener miembros que participen de tiempo parcial (p. ej., el caso de Ofcom de Reino Unido). Cuando una sola persona es responsable del regulador se puede asegurar una visión única y soluciones más rápidas, aunque también existe un mayor riesgo de una captura regulatoria ya sea del poder político o de los agentes del sector.

V. ACTIVIDAD REGULATORIA

La actividad regulatoria de telecomunicaciones tiene un lugar preponderante considerando que para prestar servicios de telecomunicaciones muchas veces deben usarse recursos de las redes de otros operadores, interconectarse y la calidad del servicio final puede afectarse por una deficiente calidad de transmisión de la red de un competidor. La actividad regulatoria de telecomunicaciones pretende eliminar prácticas contrarias a la competencia, proveer acceso a recursos esenciales eliminando barreras artificiales de entrada, así como inducir conductas pro-competencia que de otra manera los agentes del mercado por sí solos no realizarían.

La actividad regulatoria se efectúa a través de diversos actos jurídicos que pueden catalogarse como actos materialmente legislativos, ejecutivos y judiciales. Los actos materialmente legislativos son disposiciones administrativas de carácter general también conocidas como *regulación* que puede adoptar la forma de reglamentos, reglas o planes fundamentales. Los actos materialmente ejecutivos pueden ser las concesiones, los permisos y las autorizaciones otorgadas, los actos de supervisión y verificación, las sanciones impuestas, entre muchos otros. Los actos materialmente judiciales o jurisdiccionales son básicamente la resolución de disputas entre agentes regulados tales como las resoluciones del órgano regulador sobre desacuerdos de interconexión.

La regulación, como término genérico, tiene muchas implicaciones como lo señala la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) refiriéndose a los sectores energético, financiero, de agua y de telecomunicaciones en México:

“Las autoridades regulatorias están en sectores económicos clave que son esenciales para que México realice de manera total su potencial para un fuerte crecimiento económico de largo plazo y para mejorar las condiciones de vida de su población. Esto requiere atraer nueva inversión, incrementar la atención a las necesidades de los consumidores y modernizar la eficiencia económica a fin de promover el acceso a los servicios. Por lo que es fundamental establecer un marco regulatorio que proporcione estabilidad, así como que genere los incentivos adecuados a la actividad económica y fomenten la credibilidad y transparencia en consultas con el sector privado.”²⁰

²⁰ “The regulatory authorities deal with key economic sectors that are essential for Mexico to fully realize its potential for strong long-term economic growth and for improving the living conditions of the population. This requires attracting new investment, increasing responsiveness to consumers’ needs and streamlining economic efficiency in order to promote access to services. Establishing a regulatory framework that gives stability as well as proper incentives to economic activity and fosters trust and transparency in consultation with the private sector is fundamental in this process.”, Organisation for Economic Cooperation and Development, *op. cit.*, nota 11, p. 30 [traducción de la autora].

Principios

Los principios de la actividad regulatoria más importantes son:

- La *objetividad* para que cada acto regulatorio cumpla con los objetivos preestablecidos.
- La *imparcialidad* cuyo propósito es beneficiar el interés público y la máxima satisfacción de necesidades sociales. Este principio comprende el que las decisiones del órgano regulador no pueden estar motivadas por intereses particulares.
- La *no discriminación* entre los agentes del mercado, para lo cual es importante la existencia de uniformidad y predicción en el actuar del órgano regulador en circunstancias iguales o similares. En este sentido es importante la elaboración de criterios por parte del regulador para generar certidumbre. Asimismo, es menester que los precedentes y casos resueltos por el regulador sean públicos de tal suerte que el mercado pueda conocer los criterios y la visión del regulador ante supuestos concretos.
- La *neutralidad tecnológica* referida a no obligar, ni favorecer o beneficiar la utilización de una tecnología en específico. Este principio es esencial para que las decisiones del regulador, por una parte, no sean un desincentivo o un obstáculo a la creatividad e innovación del sector privado, y, por otra parte, no se obligue a los agentes regulados y a los consumidores a adquirir cierta tecnología en detrimento de su libertad de escoger la tecnología que mejor satisfaga sus necesidades.
- La *razonabilidad, adecuación al fin y proporcionalidad*, cuyo propósito es la emisión de una regulación justificada, idónea en relación con el medio seleccionado para lograr el fin y que la regulación adoptada sea la menos restrictiva de derechos y libertades de los particulares. Este principio también es conocido como de proporcionalidad el cual obliga a que la autoridad considere los costos-beneficios de su actuar y elija aquella regulación o acto que reporte mayores beneficios e implique menores costos al particular. Este principio en muchas ocasiones es olvidado o pasado por alto por las autoridades, bajo el entendido de que al ser autoridad pueden actuar razonablemente aun cuando los costos para los particulares sean elevados. Sin embargo, este principio exige que el regulador haga un análisis y busque los medios menos gravosos para lograr la finalidad que persigue. Ejemplos existen infinidad que van desde asuntos muy complejos hasta los más sencillos. Por ejemplo, cuando la autoridad requiere cierta información sobre el número de usuarios del concesionario debiera permitir que éste envíe esa información por correo electrónico en lugar de obligarlo a presentar un escrito en las oficinas del regulador lo cual implica costos innecesarios al particular.
- La *transparencia y publicidad* para evitar que la actividad regulatoria se vea afectada por presiones políticas o aquellas de los agentes del mercado.

Riesgos regulatorios y captura del regulador

Los riesgos regulatorios son de naturaleza variada. Si no se realiza un análisis objetivo y completo de la situación que guarda el mercado puede expedirse una regulación dañina. Muchas veces estos casos no son tan evidentes; pueden ser medidas populares de corto plazo o para ayudar a empresas estratégicas o aquellas que tengan alguna connotación política. Además, la fragmentación de procesos dentro del órgano regulador o en relación con el ministerio puede originar dilación e incluso parálisis regulatoria como ha sido el caso de México en telecomunicaciones con las facultades divididas entre la COFETEL y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT).

El riesgo más grave es la captura del regulador. La captura del regulador puede darse de diferentes maneras. La principal ocurre cuando el regulador tiene vínculos significativos, se identifica o sirve a los intereses de los agentes del mercado. También la captura del regulador puede ser en extremo sutil, como cuando existe una identidad de puntos de vista entre el regulador y los agentes regulados.

Un regulador debe comprender la visión de los regulados. Tener reuniones entre los agentes regulados y el regulador es una buena práctica, mas éste debe considerar también las necesidades y puntos de vista de los consumidores y balancear todo con los objetivos preestablecidos de política pública de largo plazo.

La captura del regulador se presenta más en los órganos reguladores de un solo sector económico (p. ej., sector de las telecomunicaciones) y se agudiza cuando el personal del regulador tiene expectativas de eventualmente incorporarse directa o indirectamente a algún agente de la industria.

“Las atribuciones legales por sí solas no son siempre suficientes para garantizar el uso eficiente de esas facultades, [en especial] si la agencia [órgano regulador] está sujeta a influencia externa del gobierno o de la industria regulada. [Es por eso que] la agencia necesita estar respaldada por garantías institucionales adicionales como el tener asegurados recursos financieros o tener disposiciones contra conflictos de intereses del personal de nivel superior.”²¹

Asimismo, la captura del regulador puede darse por la saturación de trámites y de asuntos dentro del regulador. Si el regulador no cuenta con personal suficiente para atender y

²¹ “(...) Legal attributions alone are not always sufficient to guarantee the efficient use of these powers if the agency is subject to external influence by the government or by regulated industry. They need to be backed by additional institutional guaranties, in terms of secure financial resources, or provisions against conflicts of interest for senior staff.”, *Ibidem*, p. 135 [traducción de la autora].

resolver oportunamente los asuntos que recibe, el regulador está capturado y puede incluso darse la parálisis del regulador. Cabe mencionar que en algunos casos los agentes regulados (particularmente los dominantes) pueden buscar a propósito la parálisis del regulador, inundándolo de trámites y gestiones cuya única finalidad es distraer la atención del regulador de los temas más apremiantes para el sector.

VI. EJEMPLOS DE ÓRGANOS REGULADORES

Federal Communications Commission (EUA). La *Federal Communications Commission* (FCC) de EUA es la veterana de los órganos reguladores y fue creada en 1934 como sucesora de la *Federal Radio Commission*. La FCC es un regulador convergente en el sentido de que tiene facultades en telecomunicaciones, radio y televisión abierta, y contenidos. Asimismo, la FCC tiene ciertas facultades en materia de competencia económica.

La FCC es una agencia administrativa independiente que le reporta directamente al Congreso de EUA. La FCC está a cargo de un órgano colegiado conformado por cinco comisionados nombrados por el Presidente de EUA y ratificados por el Congreso. Por disposición legal, nunca puede haber más de tres comisionados del mismo partido político en la FCC²² y para ser nombrados deben de estar libres de conflictos de intereses financieros con el sector regulado²³. Asimismo, la *Sunshine Act* prohíbe que 3 ó más comisionados se reúnan para deliberar sobre algún asunto de la FCC, a menos que la reunión sea pública y convocada con 7 días de anticipación.²⁴

La FCC está obligada a llevar ciertos procedimientos antes de emitir regulación o establecer reglas. La FCC en conjunto con la *National Telecommunications and Information Administration* (NTIA) deciden las frecuencias reservadas para uso gubernamental, siendo la NTIA la que administra las asignaciones de espectro para el gobierno y determina la política presidencial en aspectos de telecomunicaciones.

Bundesnetzagentur (Alemania). El caso de Alemania es interesante porque muestra la evolución de la organización administrativa y regulatoria hacia una mayor autonomía, mientras que también se le fueron otorgando facultades y competencia en otros sectores económicos distintos al de telecomunicaciones.

²² EUA, 47 U.S.C. 154 (b)(5).

²³ EUA, 47 U.S.C. 154 (b)(2).

²⁴ Cfr. EUA, *Sunshine Act*, 5 U.S.C. 522b.

Antes de la creación del órgano regulador, el Ministerio para el Servicio Postal y las Telecomunicaciones, *Bundesminister für Post und Telekommunikation*, estaba a cargo del operador de telecomunicaciones Deutsche Telekom y de la regulación de telecomunicaciones. En 1998 se creó el órgano regulador denominado *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*, encargado de las telecomunicaciones y el servicio postal, respondiendo aún ante un ministerio de gobierno. En 2005 se creó el *Bundesnetzagentur* como una autoridad federal superior independiente dentro del sector del Ministerio Federal de Economía y Tecnología.

La *Bundesnetzagentur* es un órgano regulador multisectorial, teniendo competencia en telecomunicaciones, correo, electricidad, gas y ferrocarriles, así como en firma electrónica. Las decisiones son adoptadas por las “Cámaras Reguladoras”. Existen nueve Cámaras Reguladoras y cada una de ellas resuelve sobre sectores y temas específicos (p. ej., la Cámara Reguladora 1 decide en cuanto a servicio universal de telecomunicaciones y de servicios postales, así como sobre recursos de espectro radioeléctrico; la Cámara Reguladora 3 se encarga de regulación sobre mercados mayoristas de telecomunicaciones, tanto fijos como móviles). Los actores y personas interesadas pueden participar en los procedimientos de las Cámaras Reguladoras. Las decisiones que adopten éstas no pueden ser modificadas o revocadas por el Ministerio de Economía y Tecnología, aun cuando sí pueden ser impugnadas ante los tribunales.²⁵

Subsecretaría de Telecomunicaciones (Chile). En Chile a la fecha no existe órgano regulador de telecomunicaciones y es la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) como organismo dependiente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones quien está encargada de realizar las funciones de regulador. La Subtel está a cargo de un Subsecretario de Telecomunicaciones. Las funciones de Subtel están relacionadas con las telecomunicaciones, la radio y televisión abierta, y contenidos. La Subtel fue creada en 1977 y desde 1982 con la Ley No. 18,168 Ley General de Telecomunicaciones impulsa la competencia en el sector y su desregulación. La Subtel ha funcionado satisfactoriamente, a pesar de no ser un órgano regulador como tal, ni estar a cargo de un órgano colegiado. Actualmente, dentro de las políticas ministeriales está la “reformulación de la SUBTEL, creando una superintendencia de Telecomunicaciones que se hará cargo de la fiscalización del sector, y en la creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la que cumplirá un rol normativo y regulatorio”.²⁶

²⁵ Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Alemania, www.bundesnetzagentur.de (fecha de consulta: 27 de junio de 2011).

²⁶ Subsecretaría de Telecomunicaciones, Chile, www.subtel.cl (fecha de consulta: 27 de junio de 2011).

Ofcom (Reino Unido). Ofcom es el regulador convergente de comunicaciones de Reino Unido, siendo responsable de regular las telecomunicaciones fijas y móviles, la radio y la televisión, las frecuencias del espectro radioeléctrico, contenidos, así como la alfabetización de medios (*media literacy*). Tras integrar las funciones y obligaciones de los cinco reguladores existentes en ese entonces (Ofcom de telecomunicaciones, la Agencia de Radiocomunicaciones sobre temas de espectro radioeléctrico, la Autoridad de Radio, la ITC de televisión y la Comisión de Estándares de Radiodifusión), Ofcom fue creada en 2002 como una entidad corporativa que rinde cuentas directamente al Parlamento. El financiamiento de Ofcom proviene tanto de presupuesto gubernamental como de las tarifas cobradas a la industria por regular las redes de comunicaciones y la radio y televisión abierta.²⁷

Ofcom partió del esquema tradicional gubernamental para adoptar una estructura similar a las empresas que regula. Su máximo órgano de decisión es una junta o consejo que está integrado por personas que se encargan de tiempo completo de la operación de Ofcom y de otras personas que fungen como consejeros de tiempo parcial, es decir, estos últimos a su vez tienen sus propias actividades profesionales/empresariales fuera de Ofcom. Los consejeros están sujetos a una extensa política sobre conflictos de intereses y cada uno en el sitio web de Ofcom revela los vínculos que tiene el/la consejero(a), su cónyuge e hijos con empresas u organizaciones (aun aquellas sin fines de lucro), toda vez que la imparcialidad, la integridad y los altos estándares profesionales son considerados esenciales y a toda costa se evita que cualquiera pueda sospechar que las decisiones tomadas puedan haber sido influenciadas por intereses privados.²⁸

Ofcom cuenta con diversos comités y juntas para su operación y también para fungir como órganos consultivos. A manera de ejemplo, está la Junta de Contenido integrada por miembros con mucha experiencia en radiodifusión y otros que son ciudadanos de a pie con la finalidad de “comprender, analizar y abogar por las voces e intereses del televidente, el radioescucha y el ciudadano”.²⁹ Asimismo, por ley tiene el Panel de Consumidor de Comunicaciones y el Comité Asesor de Personas Mayores y de Personas con Discapacidad.³⁰

COFETEL (México). La COFETEL es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, sin personalidad y sin patrimonio propio. La COFETEL

²⁷ Ofcom, www.ofcom.org.uk (fecha de consulta: 28 de junio de 2011).

²⁸ Ofcom, www.ofcom.org.uk (fecha de consulta: 28 de junio de 2011), y ICT Toolkit, Case Study Converged Regulator: Ofcom [6.1.1], <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/PracticeNote.2030.html>.

²⁹ Ofcom, <http://www.ofcom.org.uk/about/how-ofcom-is-run/> (fecha de consulta: 28 de junio de 2011).

³⁰ Ofcom, www.ofcom.org.uk (fecha de consulta: 28 de junio de 2011).

fue creada en 1995 como regulador sectorial en telecomunicaciones y a partir de 2006 asumió funciones de radio y televisión abierta (sin incluir contenidos). En cuanto a telecomunicaciones, la COFETEL comparte responsabilidades con la SCT lo que ha dado origen a la llamada *doble ventanilla* en atención a que un trámite pasa la revisión y burocracia tanto de COFETEL como de la SCT, en perjuicio de la competencia y del dinamismo del sector. Por su parte, en temas de radio y televisión abierta, la COFETEL es la autoridad máxima salvo en el caso de rescate de frecuencias de radiodifusión que es una facultad por ley del Secretario de Comunicaciones y Transportes.

El órgano máximo de decisión de COFETEL es el Pleno que está integrado por comisionados con plazos fijos (sólo removibles por causa grave) y escalonados. Los comisionados son nombrados por el Presidente de la República Mexicana y deben “haberse desempeñado en forma destacada en actividades profesionales, de servicio público o académicas relacionadas sustancialmente con el sector telecomunicaciones”.³¹ El financiamiento de COFETEL viene del presupuesto de la SCT.

VII. COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

Durante el proceso mundial de liberalización y privatización del sector telecomunicaciones de la década de 1990, México siguió la tendencia de crear un órgano regulador de telecomunicaciones. La iniciativa y exposición de motivos de la LFT elaborada por el Ejecutivo Federal estableció que:

“En virtud de que las inversiones en el sector de telecomunicaciones son de largo plazo y de que la dinámica del sector requiere de una autoridad reguladora ágil y eficiente, la iniciativa contempla la futura creación de un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa, a fin de que se complementen los instrumentos para llevar a cabo las políticas y programas tendientes a regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país.”³²

La discusión legislativa de la LFT se centró en qué tipo de órgano debiera constituirse para ser el regulador de las telecomunicaciones, es decir, si debiera ser un órgano desconcentrado como lo propuso en su iniciativa el Ejecutivo Federal o si debiera adoptar la figura de organismo descentralizado. Los órganos desconcentrados y los organismos descentralizados forman parte de la administración pública federal, pero tienen diferencias

³¹ Artículo 9-C de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

³² Exposición de motivos del Ejecutivo Federal de 24 de abril de 1995 sobre la iniciativa de Ley Federal de Telecomunicaciones.

profundas. La principal de éstas es que el organismo descentralizado goza de personalidad y patrimonio propio, mientras que el órgano desconcentrado carece de personalidad y patrimonio propio.

El organismo descentralizado, aun cuando forma parte de la administración pública federal, no está supeditado a los principios de jerarquía y subordinación a los cuales sí están sujetas las secretarías de estado y sus órganos desconcentrados. Los organismos descentralizados pueden o no estar sectorizados, aquellos que están sectorizados es porque tienen una secretaría de Estado con la cual deben coordinarse. En este último supuesto, la secretaría es la encargada de coordinar la programación y presupuestación, de evaluar los resultados y participar en los órganos de gobierno del organismo descentralizado de que se trate. Los órganos desconcentrados forman parte de las secretarías de Estado, están supeditados al presupuesto de éstas y comparten su personalidad, además de que están sujetos al principio de jerarquía tanto del Secretario de Estado como del Presidente de la República.

El resultado del proceso legislativo de 1995 fue que el regulador de telecomunicaciones sería un órgano desconcentrado. Sin embargo, los embates legislativos hicieron que en lugar de establecer la creación del regulador y sus facultades en el cuerpo de la ley, el Congreso de la Unión lo estableció en un artículo transitorio en el cual ordenó al Ejecutivo Federal constituir “un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa, el cual tendrá la organización y facultades necesarias para regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país, de acuerdo a lo que establezca su decreto de creación”.³³ Aparentemente, esta forma de crear al regulador mexicano de telecomunicaciones no debiera tener mayores implicaciones. Sin embargo, durante casi la primera década de existencia de la COFETEL, se cuestionó en tribunales la existencia misma de ésta y a nivel mediático siempre se utilizó para desvirtuar las acciones de la COFETEL por la forma en que ésta fue constituida.

La COFETEL fue creada mediante el Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones expedido por el entonces Presidente Ernesto Zedillo en 1996.³⁴ La llamada *doble ventanilla* fue creada por dicho Decreto, toda vez que las pugnas internas de la SCT por conservar facultades en la Subsecretaría de Comunicaciones hicieron que se desvirtuara en gran medida el constituir un regulador con facultades suficientes para regular el sector.

Es importante señalar que a pesar de la insistencia mediática de que la COFETEL *no existía*, en el año 2002 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al resolver

³³ Artículo Décimoprimer transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones (1995).

³⁴ Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 9 de agosto de 1996.

un amparo en revisión de Teléfonos de México (Telmex), reconoció la existencia de la COFETEL y las facultades previstas en su Decreto de Creación como las necesarias para regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país.³⁵ Este amparo fue promovido por Telmex en contra de ciertas acciones de la COFETEL. Dentro de las argumentaciones de Telmex se encontraba –en esencia- el cuestionamiento sobre la existencia legal de la COFETEL en tanto que su creación había sido por decreto presidencial. Por tanto en la sentencia de la Segunda Sala de la SCJN del amparo en revisión 106/2002, la SCJN confirmó la facultad del Congreso de la Unión de fijar la esfera de competencia de las secretarías y órganos desconcentrados, precisando que esta facultad no se limitó a la expedición de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Por el contrario, en el caso concreto, el propio Congreso atribuyó facultades a la SCT y ordenó la creación de un órgano desconcentrado para regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones. Por tanto, existió un mandato del Congreso de la Unión al Ejecutivo Federal para que éste creara un órgano desconcentrado con la organización y facultades necesarias para cumplir con su misión.

“(…) las facultades que el Congreso de la Unión confirió a la Comisión Federal de Telecomunicaciones en la disposición transitoria en mención, de ninguna manera entraña delegación de la facultad reglamentaria que la fracción I del artículo 89 de la Constitución Federal concede al Presidente de la República, pues el Congreso de la Unión no se despojó a sí mismo de una facultad propia, condición insalvable en todo acto delegatorio, sino que, en uso de la facultad legislativa que le otorgan los artículos 73, fracciones XVII y XXX, en relación con los artículos 25 y 28, y 90, todos de la Norma Fundamental, en relación con el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, previó la creación de un órgano desconcentrado jerárquicamente subordinado a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa, que debía tener la organización y facultades necesarias para regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país, de acuerdo con lo establecido por el Ejecutivo Federal en el decreto de creación correspondiente, con la finalidad de que dicho órgano coadyuvara con esa dependencia del Ejecutivo Federal en la eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de la competencia de esta última, entre otros, el que le encomienda el artículo 7 de la Ley Federal de Telecomunicaciones ya transcrito, allanando así la aplicación técnico operativa de ese ordenamiento legal (...)”.³⁶

³⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Ejecutoria del amparo en revisión 106/2002 (Teléfonos de México, S.A. de C.V.)*, Segunda Sala, 23 de agosto de 2002.

³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Ejecutoria del amparo en revisión 106/2002 (Teléfonos de México, S.A. de C.V.)*, Segunda Sala, 23 de agosto de 2002.

Esta ejecutoria de la SCJN en la que si bien la *litis* no se enfocaba a determinar la existencia o no de la COFETEL, sirvió para que ésta pudiera desacreditar los embates en cuanto a si la COFETEL existía o no y de esta manera poder canalizar las impugnaciones en contra de sus actos hacia el análisis del fondo de los asuntos.

Al momento de crearse, la COFETEL era el regulador conforme a la LFT lo cual implicaba que su competencia se centraba en redes de telecomunicaciones, comunicación vía satélite y espectro radioeléctrico (distinto de aquel utilizado para la radio y televisión abierta). No fue sino hasta con las reformas a la LFT y la Ley Federal de Radio y Televisión (LFRTV) en 2006 cuando a la COFETEL se le transfirieron las facultades de radio y televisión abierta (excepto temas de contenidos).³⁷ En este sentido, es de interés el voto del Ministro Góngora Pimentel en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 contra las reformas a la LFT y LFRTV de 2006, en tanto analiza si la COFETEL debe ser o no un órgano desconcentrado, particularmente al habersele conferido facultades también en materia de radiodifusión:

“(…) la creación de la COFETEL como un órgano desconcentrado, resulta inconstitucional porque sus facultades en materia de radio y televisión no pueden ser ejercidas por un órgano que guarde una relación de jerarquía con el Presidente de la República, (…)

(…)

En consecuencia, al haber transmitido a la COFETEL las facultades en materia de radio y televisión, el Congreso de la Unión estaba obligado a asegurar la autonomía del órgano respecto de los poderes políticos y económicos, para lo cual era indispensable que su creación se hubiera realizado fuera de la administración pública centralizada, previendo requisitos de idoneidad en el sistema de integración del órgano, de tal manera que se asegurara la independencia de los comisionados respecto de los órganos del poder político, así como respecto de los entes a los cuales se pretende regular.”³⁸

³⁷ Decreto que modifica, adiciona y deroga la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006.

³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Votos que formula el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel, en relación con la sentencia del Tribunal Pleno de siete de junio de dos mil siete, que resolvió la acción de inconstitucionalidad 26/2006, promovida por los Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión*, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 20 de agosto de 2007, apartado II de la “Estructura de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Artículos 9 A, 9 B, 9 C, 9 D y 9 E de la Ley Federal de Telecomunicaciones”.

Facultades conforme a LFT

Las facultades de la COFETEL en el momento de su creación fueron posteriormente incluidas en la LFT con las reformas de 2006. Mucho se había discutido sobre si las facultades otorgadas a la COFETEL mediante el Decreto de Creación eran insuficientes para darle autonomía y para una eficaz y eficiente gestión. Sin embargo, esos análisis no fueron considerados en las reformas a la LFT de 2006 que copiaron las facultades insuficientes esta vez a nivel de ley, además de que eliminaron otras facultades necesarias.³⁹ La debilidad más grande que COFETEL ha tenido desde su creación y que a partir de 2006 se plasmaron en la LFT, es que COFETEL no puede sancionar, sino únicamente opinar si procede una sanción. Si se infringió el marco jurídico, procede sancionar y no ha lugar al ejercicio de discrecionalidad alguna, por lo que no existe razón para que COFETEL opine y la SCT decida si se sanciona o no al infractor de la LFT.

Las facultades de la COFETEL conforme a la LFT⁴⁰ son:

- Administrar el espectro radioeléctrico, promoviendo su uso eficiente, así como elaborar y mantener actualizado el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias.
- Opinar a la SCT sobre el otorgamiento, modificación, prórroga, cesión y revocación de concesiones y permisos de telecomunicaciones (excluyendo radio y televisión abierta). El que COFETEL sólo cuente con facultad para *opinar* no sólo le resta capacidad de actuar plenamente como regulador, sino que además genera pérdidas cuantiosas para los particulares y para el país en tanto que un trámite tiene que pasar por al menos la revisión de la COFETEL, de la Dirección General de Política de Telecomunicaciones y de la Unidad de Asuntos Jurídicos, estas dos últimas de la SCT.
- Expedir disposiciones administrativas (p. Ej., reglas, acuerdos), planes técnicos fundamentales y normas oficiales mexicanas en materia de telecomunicaciones.

La facultad de expedir disposiciones de carácter general (cualquiera que sea la denominación que se le dé como plan, reglas, resolución, etcétera) es esencial para el regulador, toda vez que ello hace posible que la regulación se emita con

³⁹ ÁLVAREZ, Clara Luz, CAMARENA, Beatriz Adriana y JALIFE, Salma Leticia, *Amicus curiae presentado a consideración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la República Mexicana, el día 22 de agosto de 2006, en referencia a la acción de inconstitucionalidad promovida por una tercera parte de la Cámara del Senado en contra de la aprobación por parte del Congreso de la Unión del Decreto que modifica, adiciona y deroga la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006, México, D.F., 2006, nota 19, sección VI, apartado A.*

⁴⁰ Artículo 9-A de la LFT.

conocimiento técnico y con la perspectiva de la evolución de las telecomunicaciones. Si se dejaran todas las decisiones a las leyes expedidas por el Legislativo, entonces el marco jurídico quedaría superado casi al mismo tiempo de su emisión además de que seguramente los legisladores carecerían del conocimiento técnico especializado de telecomunicaciones.

Esta facultad de expedir regulación o disposiciones administrativas de carácter general fue impugnada por Telmex por estimarla inconstitucional. La sentencia de la Segunda Sala de la SCJN en el amparo en revisión 106/2002 confirmó la constitucionalidad de la facultad de la COFETEL de expedir regulación, al considerar que ésta es indispensable para que la COFETEL cumpla con su misión de “regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país”.⁴¹ La SCJN enfatizó que este tipo de facultades para expedir disposiciones de carácter general no infringe el principio de división de poderes.

“(...) la facultad conferida a la Comisión Federal de Telecomunicaciones, para regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país, no implica una violación al principio de división de poderes consagrados en el artículo 49 constitucional, ni a los principios complementarios de este último (...) fue el propio legislador el que autorizó al Secretario de Estado y al órgano desconcentrado mencionados para emitir las disposiciones de observancia general necesarias para cumplir con su función de regular el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país, sujetas, desde luego, al principio de primacía de ley, sin que tal facultad conlleve violación al principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 constitucional(...)”⁴²

- Proponer a la SCT el programa sobre bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para usos determinados, con las modalidades de uso y coberturas geográficas para su posterior licitación. Una vez publicado el programa por la SCT en el Diario Oficial de la Federación, la COFETEL realiza el proceso de licitación de dichas frecuencias y también es competente para llevar a cabo los procesos de licitación respecto de posiciones en la órbita geoestacionaria y otras órbitas satelitales asignadas a México.

⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Ejecutoria del amparo en revisión 106/2002 (Teléfonos de México, S.A. de C.V.)*, Segunda Sala, 23 de agosto de 2002.

⁴² *Ídem*. Este amparo en revisión promovido por Telmex fue una de las cinco ejecutorias por las cuales la SCJN sentó jurisprudencia bajo el rubro: “*División de Poderes. La facultad conferida en una ley a una autoridad administrativa para emitir disposiciones de observancia general, no conlleva una violación a ese principio constitucional*” (Jurisprudencia 143/2002 aprobada por la Segunda Sala de la SCJN el 22 de noviembre de 2002, Novena Época, Segunda Sala, Seminario Judicial de la Federación, Gaceta tomo XVI, diciembre de 2002, tesis 2a./J. 143/2002, página 239).

La COFETEL debe realizar un análisis de qué bandas de frecuencias son susceptibles de licitarse para uso determinado. En dicho estudio, COFETEL debe referir cuál es la disponibilidad de dichas frecuencias, cuáles son los servicios que pueden prestarse en dichas bandas de frecuencias, cuál debe ser el tamaño de los *bloques* de espectro (medido en MHz) a licitarse, las coberturas, así como la oportunidad en realizar la licitación en el momento de que se trate. Con base en la resolución de COFETEL, la SCT debe publicar el Programa de Licitación de Frecuencias. A partir de ahí, COFETEL es quien dirige y es la autoridad para el proceso de licitación hasta antes del otorgamiento del título de concesión respectivo, en atención a que COFETEL carece de facultad para expedirlo y es la SCT quien conserva esa facultad. Cabe destacar que esta facultad se refiere a las licitaciones conforme a la LFT, por lo que excluye aquellas para el otorgamiento de concesiones de radio y televisión abierta conforme a la LFRTV.

- Resolver los desacuerdos de interconexión que existan entre los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, así como promover la eficiente interconexión entre redes nacionales y también con redes extranjeras.

Al ejercer esta importantísima facultad, la COFETEL actúa como juzgador entre los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que tienen diferencias en cuanto a diversos aspectos de interconexión y respecto de los cuales no han podido llegar a un acuerdo sin la intervención de la autoridad. Uno o ambos concesionarios pueden presentar a la COFETEL una solicitud para que resuelva las condiciones de interconexión que aún no hayan convenido los concesionarios. COFETEL emplaza al otro concesionario para que manifieste lo que a su derecho convenga, ya sea sólo respecto a los aspectos señalados por el promovente de la acción u otros adicionales vinculados a la interconexión. Finalmente, la COFETEL emite su resolución determinando las condiciones de interconexión que deben imperar respecto a los puntos en desacuerdo.

- Establecer obligaciones específicas de tarifas, calidad e información a los concesionarios que hayan sido declarados con poder sustancial en el mercado relevante conforme a la Ley Federal de Competencia Económica.

El diseño de la LFT establece una *carrera de relevos* para imponer obligaciones específicas a aquellos agentes declarados dominantes (agentes económicos con poder sustancial en el mercado relevante). Esta *carrera de relevos* inicia en la COFECO quien hace una investigación y análisis del mercado de que se trate, para después determinar si un concesionario es dominante. Después es la COFETEL quien inicia un procedimiento administrativo para fijar cuáles serán las obligaciones específicas (condiciones asimétricas al resto de los operadores) que deba cumplir el dominante con la finalidad de que éste no pueda abusar de su poder de mercado. Las obligaciones específicas pueden ser de tarifas, información y calidad.

- Llevar el registro de telecomunicaciones. El registro de telecomunicaciones es de naturaleza pública y en él se inscriben actos como las concesiones, permisos, registros de valor agregado, convenios de interconexión, tarifas de servicios de telecomunicaciones, sanciones impuestas, entre otros. La COFETEL es la responsable de este registro de telecomunicaciones que si funcionara debidamente sería un excelente instrumento para hacer efectivo el derecho a saber sobre la ocupación/ disponibilidad del espectro radioeléctrico como bien de dominio de la Nación, para fomentar la competencia y evitar la no discriminación.
- Supervisar y verificar el cumplimiento del marco jurídico de telecomunicaciones por parte de los agentes regulados y del público en general.

La COFETEL tiene la facultad de revisar que los concesionarios, permisionarios y registratarios cumplan con los términos y condiciones de sus respectivos títulos. Asimismo, la COFETEL puede supervisar que el marco jurídico de telecomunicaciones sea respetado por todos, lo cual comprende el realizar inspecciones en campo para detectar si existe un uso no autorizado del espectro radioeléctrico (p. ej., una persona que está usando una frecuencia sin concesión o permiso) o si la calidad que están prestando los operadores de servicios móviles es la adecuada o no, por ejemplo. El gran problema que ha enfrentado COFETEL para ejercer debida y oportunamente esta facultad es la falta de suficiente personal que se avoque a la supervisión y verificación tanto documental como en campo. Esto resta efectividad al regulador de telecomunicaciones y el cumplimiento con el Estado de Derecho se ve seriamente mermado.

- Proponer a la SCT sanciones por infracciones al marco jurídico.

COFETEL solamente puede proponer sanciones en materia de telecomunicaciones conforme a la LFT. Cabe destacar que COFETEL sí tiene facultades para sancionar directamente en temas de radio y televisión abierta conforme a la LFRTV.

Cuando COFETEL después de una inspección o verificación determina que existen los elementos para sancionar a una persona por violaciones a la LFT y sus disposiciones reglamentarias y administrativas, COFETEL envía su opinión a la SCT. La SCT entonces inicia el procedimiento de sanción conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y después decide si sanciona o no. Haciendo una analogía con un partido de futbol, tendríamos un árbitro (COFETEL) que nunca puede directamente sacar tarjeta amarilla o roja a los jugadores (concesionarios y otros agentes), sino que tendría que opinar a otra autoridad (SCT) mientras el partido sigue jugándose, para que ésta decidiera si procede o no la sanción o la expulsión. Quizá para cuando la autoridad (SCT) decida que procede la tarjeta roja, ya terminó el partido y se benefició al jugador que incumplió las reglas del juego.

- Realizar investigaciones en materia de telecomunicaciones; elaborar anteproyectos relativos a reformas a las leyes y reglamentos; promover actividades para la formación de recursos humanos en telecomunicaciones y para el desarrollo tecnológico; establecer procedimientos para la homologación de equipos de telecomunicaciones, acreditar peritos y unidades de verificación en materia de telecomunicaciones.

Estas otras facultades cubren diversos aspectos propios del actuar del regulador. Los reguladores de telecomunicaciones –como es en este caso la COFETEL- tienen como mandato hacer investigaciones, formar recursos humanos, homologar o certificar equipos de telecomunicaciones con la finalidad de confirmar que éstos cumplan con las normas aplicables, o bien, que no vayan a causar daños a las redes o a las personas.

Facultades conforme a la LFRTV

Las facultades de la COFETEL en materia de radio y televisión abierta conforme a la LFRTV difieren de aquellas con las que cuenta de acuerdo con la LFT en el sentido de que en ésta COFETEL en muchos casos es un órgano de opinión (p. ej., opina si se debe o no otorgar una concesión, opina si procede iniciar el procedimiento sancionatorio, opina sobre cuál debe ser programa de licitaciones de frecuencias para uso determinado, opina si se debe o no ceder un permiso) en tanto que en el ámbito de sus facultades conferidas por la LFRTV, la COFETEL es la autoridad que resuelve en definitiva y es la autoridad máxima en radiodifusión (salvo en el caso de rescate de frecuencias cuya facultad es por la propia LFRTV del Secretario de Comunicaciones y Transportes).

El alcance de las facultades de la COFETEL en cuanto a radio y televisión abierta habían sido controversiales desde que COFETEL recibió competencia conforme a las reformas de 2006 a la LFT y la LFRTV. El 8 de enero de 2009 el Ejecutivo Federal expidió un Reglamento Interior de la SCT en el cual establecía diversas facultades con el carácter de indelegables a favor del Secretario de Comunicaciones y Transportes y otras facultades se otorgaban a la anteriormente llamada Dirección General de Política de Telecomunicaciones (en las reformas a ese Reglamento Interior cambió su nombre para convertirse en la Dirección General de Política de Telecomunicaciones y Radiodifusión) y a la Coordinación de la Sociedad de la Información y el Conocimiento. La Cámara de Diputados presentó una controversia constitucional considerando que diversas porciones del Reglamento Interior eran contrarias a la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos. Al resolver la SCJN la controversia constitucional 7/2009 esencialmente reconoció que la COFETEL es la autoridad administrativa absoluta en radio y televisión abierta, marcando un cambio importantísimo en el rol de la COFETEL en radiodifusión.

“(…) Tenemos así, que al haberse concedido mediante una ley expedida por el Congreso de la Unión que la Comisión Federal de Telecomunicaciones, ejercería ‘de manera exclusiva’ lo relativo a la materia de radio y televisión, ello implica que tales facultades únicamente podrían modificarse a través de la reforma o derogación de las leyes o decretos observando los mismos trámites establecidos para su formación y no así, a través de un reglamento expedido por el Poder Ejecutivo Federal, aun cuando se trate de atribuciones de un órgano desconcentrado. (…)

(…) se puede afirmar que el Ejecutivo Federal actúa a través de la referida Comisión, por tratarse de temas de radiodifusión regulados en la Ley Federal de Radio y Televisión. (…)

(…)

En el caso de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, es pertinente destacar que son las Leyes vigentes y relativas a la materia, las que le otorgan las facultades y naturaleza que le obligan a desarrollar sus distintas facultades. Por tanto, a diferencia de otros órganos administrativos cuyo origen y competencia (indirecta) se debe al Poder Ejecutivo Federal, en el caso de la citada Comisión, se advierte que no cabe la posibilidad de que sus características, facultades y atribuciones puedan ser afectadas, modificadas, disminuidas o eliminadas a partir de un reglamento de origen administrativo, sin que esto sea contrario a los artículos 16 y 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal [En nota al pie de página la transcripción de estos artículos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal].

Lo anterior, es importante para determinar los efectos de las facultades de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, la cual a pesar de ser un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, cuenta con atribuciones autónomas que significan distribución de competencias directas que se le atribuyen por mandato de las leyes de telecomunicaciones y de radio y televisión. (…)

Por tanto, aun cuando la Ley Federal de Radio y Televisión, en ocasiones se refiera a la ‘Secretaría’, ello deberá entenderse bajo la competencia de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, salvo en lo que expresamente se le tenga reservado a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a partir de una delegación clara y manifiesta de facultades entre ambos órganos. (…)

El desarrollo de las políticas en materia de radiodifusión no puede ser ejercido o administrado por órganos que no sean dependientes de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, debido a que es la propia ley, la que le otorga de manera directa tales facultades. En todo caso, sería la propia ley de la materia la que tendría que establecer las restricciones a sus facultades y no así, un reglamento del Poder Ejecutivo Federal. (...)

Como puede desprenderse de lo anterior, la Comisión Federal de Telecomunicaciones, cuenta con autonomía plena para dictar sus resoluciones, la cual en concordancia con la Ley Federal de Telecomunicaciones, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y el Reglamento Interno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, puede ser controlada por el Pleno de la citada Comisión, que es la suprema autoridad de decisión en el ámbito de competencia de la Comisión y que por tanto, puede considerarse la autoridad jerárquica superior del órgano especializada que cuenta con la autonomía otorgada por el Congreso de la Unión y que no podría limitarse, vulnerarse o modificarse a través de un reglamento emitido por el Poder Ejecutivo Federal, en el ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (...)

En concreto, la ejecutoria de la controversia constitucional 7/2009 resolvió los siguientes puntos:

1. La facultad indelegable del Secretario de interpretar y aplicar el Reglamento Interior de la SCT no es inválida, porque no incluiría las facultades de radio y televisión abierta. Ello en atención a que por vía de reglamento no podrían limitarse las facultades expresamente otorgadas a la COFETEL en radio y televisión abierta.
2. En cuanto al otorgamiento, prórroga, modificación y terminación de concesiones y permisos de radio y televisión abierta por parte del Secretario con el carácter de indelegable, se declaró inválida esa facultad porque desconocía las facultades de la COFETEL conferidas de manera exclusiva para radio y televisión abierta conforme a los artículos 9-A, fracción XVI, y cuarto transitorio de la LFT, y 9 de la LFRTV. Además la SCJN argumentó que aunque la LFRTV diga la “Secretaría” debe entenderse como la COFETEL, porque de otra manera la COFETEL sólo tendría unas cuantas funciones.
3. El Reglamento Interior señalaba que el Secretario tendría la facultad indelegable de aprobar el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias lo cual consideró la SCJN como inválido al contravenir lo establecido en la LFT. La SCJN refirió a la diferencia entre relación jerárquica que implica un poder de mando subordinación y

acatamiento de instrucciones, con lo que es la competencia. El principio de jerarquía está subordinado a la competencia de las autoridades. Por tanto, la SCJN sentenció que la COFETEL cuenta con atribuciones autónomas que significan una distribución de competencias directas por mandato de la LFT y la LFRTV, y además de que la COFETEL tiene autonomía plena en sus decisiones por lo tanto la dependencia y subordinación jerárquica debe limitarse a lo establecido en las leyes.

4. El rescate de frecuencias de radio y televisión abierta como facultad indelegable del Secretario es válida, toda vez que la LFRTV expresamente señala que el Secretario estará facultado para rescatar frecuencias. Por el contrario, la LFRTV no refiere al cambio de frecuencias como una facultad exclusiva del Secretario, por lo que esta porción normativa fue declarada inválida.
5. La aprobación de tarifas para servicios de telecomunicaciones cuando lo prevean los títulos de concesión y permisos fue considerada como una facultad que puede ser indelegable del Secretario, porque no invade la competencia de la COFETEL.
6. En cuanto a las reformas a la Dirección General de Política de Telecomunicaciones y Radiodifusión (antes Dirección General de Política de Telecomunicaciones), la SCJN, en congruencia con lo resuelto en cuanto a que la COFETEL es la autoridad con competencia en radiodifusión, declaró inválidas las porciones normativas del Reglamento Interior de la SCT que atribuían facultades de radiodifusión a dicha Dirección General. La SCJN refirió que es inconstitucional porque es una dirección general ajena a la COFETEL y reconocerle facultades sería vulnerar la autonomía técnica, operativa y de gestión.
7. El Reglamento Interior de la SCT creó la Coordinación de la Sociedad de la Información y el Conocimiento (sucesora de la Coordinación General de e-México) y la SCJN ratificó que no es inconstitucional porque las facultades establecidas para dicha Coordinación no están dentro de las facultades delegadas por el Congreso de la Unión a la COFETEL.
8. La SCJN también analizó la constitucionalidad de que el Secretario resolviera los recursos de revisión en contra de actos del Pleno de la COFETEL. La SCJN refirió a que si SCT pudiera revisar las resoluciones de la COFETEL, entonces no se permitiría la actuación de la COFETEL con autonomía plena al resolver, lo cual sería contrario al artículo 9-A de la LFT. La argumentación de la SCJN no distingue claramente si ello sería aplicable sólo para temas de radiodifusión o si también sería aplicable para los asuntos derivados de la LFT.

Posteriormente, la SCJN volvió a entrar a la discusión sobre el alcance de las facultades del Presidente de la República y la COFETEL en cuanto a televisión abierta al resolver

las controversias constitucionales 73/2010 y 74/2010⁴³ promovidas respectivamente por el Senado y la Cámara de Diputados, en contra del Decreto por el que se establecen las acciones que deberán llevarse a cabo por la administración pública federal para concretar la transición a la televisión digital terrestre.⁴⁴ En síntesis las Cámaras del Congreso de la Unión consideraron que dicho Decreto expedido por el Presidente Felipe Calderón invadía sus facultades e implicaba una derogación tácita de la competencia de la COFETEL en la LFT y LFRTV. La mayoría de ministros (7 de 11) estuvo a favor de invalidar el Decreto, pero se necesitaba una mayoría calificada de 8 votos. Este asunto mostró una SCJN dividida en cuanto al resultado y también a la argumentación. Por lo que conforme la SCJN la COFETEL es la autoridad suprema en radio y televisión abierta (acción de inconstitucionalidad 7/2009), y -aunque parezca incongruente- al mismo tiempo, el Decreto en cuestión representa el ejercicio de facultades del Presidente de la República en la televisión abierta (controversias constitucionales 73/2010 y 74/2010) por no haber alcanzado la votación suficiente para declararlo inválido.

VIII. CONCLUSIONES

El diseño institucional de los entes públicos es de enorme trascendencia. No basta con contar con un marco jurídico robusto, si no existe una institución fuerte para hacerlo cumplir. En el caso del sector de las telecomunicaciones, la experiencia comparada fue un detonante para un cambio en las entidades públicas encargadas de su regulación. Siguiendo la experiencia de los EUA, los países comenzaron a crear órganos reguladores de las telecomunicaciones *tropicalizados*. En el caso de México, aunque la figura jurídica más cercana a los reguladores estadounidenses habría sido la de órgano constitucional autónomo, se buscó encuadrar al regulador de telecomunicaciones dentro de los tradicionales órganos desconcentrados y organismos descentralizados que contempla el Derecho Administrativo. La naturaleza jurídica de la COFETEL como órgano regulador de las telecomunicaciones y la radio y televisión abierta terminó como la de un órgano desconcentrado de la SCT.

Un regulador precisa de: (1) independencia y autonomía de las autoridades gubernamentales, los partidos políticos, los políticos, los agentes económicos del sector y de los consumidores, (2) tener un mandato claro y con facultades suficientes para realizarlo, (3) estar sujeto a la transparencia y con un régimen de rendición de cuentas efectivo, (4) contar con comisionados con un perfil específico y libres de conflictos de intereses, (5) que los comisionados sean nombrados por plazos fijos, con posibilidad de ratificación y que

⁴³ Aun cuando dichas controversias fueron resueltas en noviembre de 2010, a la fecha de terminar este artículo (7 de mayo de 2012), todavía no estaban disponibles los engroses de las sentencias.

⁴⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación de 2 de septiembre de 2010.

las sustituciones de comisionados sea de manera escalonada, (6) disponer del presupuesto necesario para financiar todas sus operaciones, y (7) sujetarse a estrictos estándares éticos. Además, la actividad regulatoria debe regirse al menos por los principios de objetividad, imparcialidad, no discriminación, neutralidad tecnológica, razonabilidad, adecuación al fin y proporcionalidad, así como a la transparencia y publicidad.

En México la COFETEL es un regulador convergente en el sentido de que cuenta con facultades tanto para telecomunicaciones conforme a la LFT como para radio y televisión abierta de acuerdo a la LFRTV. Sin embargo, la convergencia no alcanzó al marco jurídico toda vez que cada sector (por un lado telecomunicaciones y por otro la radio y televisión abierta) tiene su propia ley con características muy distintas. La naturaleza jurídica de COFETEL es de órgano desconcentrado y formalmente con autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión. En la realidad no cuenta con autonomía en especial en temas de telecomunicaciones conforme a la LFT en donde no tiene facultades ni para sancionar. En radio y televisión abierta goza de mayor autonomía, reconocida incluso por la SCJN, pero dicha autonomía se pone a prueba frecuentemente como lo fue con el Decreto por el que se establecen las acciones que deberán llevarse a cabo por la administración pública federal para concretar la transición a la televisión digital terrestre.

Lo grave de la COFETEL no estriba en ser un órgano desconcentrado y carecer de personalidad y patrimonio propio, sino en las facultades insuficientes para regular un sector tan complejo como el de las telecomunicaciones. Si se quisiera fortalecer a la COFETEL bastaría con dotarla de facultades plenas en temas de telecomunicaciones y complementarlas con facultades de competencia económica de los agentes del sector de telecomunicaciones. La captura del regulador no únicamente se da cuando un agente económico o político gobierna a través de los comisionados, sino también con facultades, personal y presupuesto insuficiente. Finalmente, los aspectos éticos y de ausencia de conflictos de intereses requieren evolucionar para mayor respetabilidad y confianza en la COFETEL.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Alemania, Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Alemania, www.bundesnetzagentur.de.

ÁLVAREZ, Clara Luz, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Miguel Ángel Porrúa y Cámara de Diputados, México, 2008, (disponible también en http://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/virtual_conocerlx.htm).

ÁLVAREZ, Clara Luz, CAMARENA, Beatriz Adriana y JALIFE, Salma Leticia, *Amicus curiae presentado a consideración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la República Mexicana, el día 22 de agosto de 2006, en referencia a la acción de inconstitucionalidad promovida por una tercera parte de la Cámara del Senado en contra de la aprobación por parte del Congreso de la Unión del Decreto que modifica, adiciona y deroga la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006*, México, D.F., 2006.

Chile, Subsecretaría de Telecomunicaciones, Chile, www.subtel.cl.

Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 9 de agosto de 1996.

Decreto por el que se establecen las acciones que deberán llevarse a cabo por la Administración Pública Federal para concretar la transición a la televisión digital terrestre, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de septiembre de 2010.

Decreto que modifica, adiciona y deroga la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006.

Estados Unidos de América, 47 U.S.C. 154.

Estados Unidos de América, *Sunshine Act*, 5 U.S.C. 522b.

Exposición de motivos del Ejecutivo Federal de 24 de abril de 1995 sobre la iniciativa de Ley Federal de Telecomunicaciones. FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro, *Fortalecer a los reguladores*, México, CIDAC, USAID y Red Mexicana de Competencia y Regulación, 2010.

GERADIN, Damien y KERF, Michel, *Controlling market power in telecommunications*, Oxford University Press, Nueva York, 2003.

infoDev (Banco Mundial) y Unión Internacional de Telecomunicaciones, *ICT regulation toolkit*, www.ictregulationtoolkit.org.

Ley Federal de Radio y Televisión.

Ley Federal de Telecomunicaciones.

Melody, William H., “Policy objectives and models of regulation” en Melody, William H. (ed.), *Telecom reform principles, policies and regulatory practices*, Den Private Ingeniorfond-Technical University of Denmark, Dinamarca, 2001.

Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD reviews of regulatory reform Mexico*, Organisation for Economic Cooperation and Development, París 2004.

Organización Mundial de Comercio, *México. Documento de Referencia a la Lista de Compromisos Específicos. Suplemento 2*, GATS/SC/56/Suppl.2, 11 de abril de 1997.

Reino Unido, Ofcom, www.ofcom.org.uk.

ROLDÁN XOPA, José, *Estado y Economía en México. Estrategias y Función del Derecho*, <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2398/14.pdf>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Ejecutoria del amparo en revisión 106/2002 (Teléfonos de México, S.A. de C.V.)*, Segunda Sala, 23 de agosto de 2002.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Votos que formula el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel, en relación con la sentencia del Tribunal Pleno de siete de junio de dos mil siete, que resolvió la acción de inconstitucionalidad 26/2006, promovida por los Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión*, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 20 de agosto de 2007, apartado II de la “Estructura de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Artículos 9 A, 9 B, 9 C, 9 D y 9 E de la Ley Federal de Telecomunicaciones”.