

Fallas regulatorias y de competencia de la “Ley Televisa” y efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Fernando Butler Silva

En este ensayo se busca señalar algunas de las características de la industria de la televisión en México y analizar el contenido de las modificaciones a las leyes federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión —llamadas luego “Ley Televisa” y declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en sus partes nodales—, señalando tanto las fallas como el sesgo anticompetitivo que contenían, lo que impedía que fueran un marco regulatorio moderno y eficaz —de las industrias de telecomunicaciones, de la radio y la televisión en México—, congruente con los estándares internacionales —surgidos a raíz de la convergencia tecnológica— y con la estructura legal que define la política de competencia en México. Finalmente, se exponen brevemente los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Estructura de la industria de la televisión

En el sector de la televisión existen al menos dos niveles: los productores de contenidos audiovisuales, y los operadores de medios de transmisión, quienes tienen una relación complementaria. Esta industria se caracteriza por elevados costos de expansión y de actualización tecnológica de la red de transmisión, costos altos de producción de contenidos audiovisuales, bajos costos de reproducción y muy volátil demanda de los mismos.

Asimismo, se observan al menos dos modalidades de acceso a los servicios que ofrece la industria, por un lado, los servicios de televisión abierta a los que la audiencia accede gratuitamente a través de equipos receptores de precio reducido —en donde la recepción de un televisor no impide a otro tener acceso de las mismas señales en condiciones similares. Por otro, los servicios de televisión restringida consisten en la provisión de múltiples canales en formatos codificados a los que sólo puede accederse previo pago de una suscripción, lo cual permite excluir a quienes no han contratado los servicios.

Se observan fuertes incentivos a la concentración en la industria de la televisión. Por un lado, la integración vertical entre la producción y la transmisión genera ganancias en la eficiencia, al facilitar la coordinación de las preferencias de las audiencias y la producción de contenidos para satisfacerlas. Por otro, la integración horizontal entre operadores de medios de transmisión permite ampliar la cobertura de localidades de sus redes, el portafolio de contenidos audiovisuales y aumentar la capacidad de producción, de modo que la empresa disminuye riesgos, incrementa su competitividad y aumenta su capacidad de financiar los elevados costos de la producción.¹

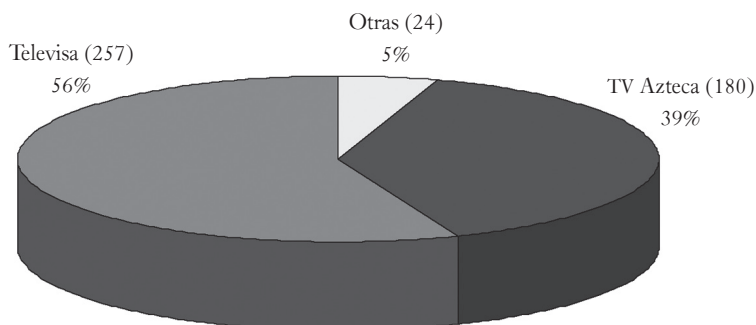
Las concentraciones resultantes pueden crear o fortalecer empresas con poder de mercado en los diferentes sectores de la televisión, en detrimento de las condiciones del proceso de competencia, dado que el acceso de un operador de televisión a una amplia gama de contenidos audiovisuales es determinante para ser una opción atractiva para los usuarios, las cadenas establecidas que controlan el acceso a contenidos tienen incentivos para incurrir en acciones anticompetitivas. De hecho una de las principales causas por las que la cadena de televisión restringida Direct TV salió del mercado —a partir de su venta en el 2004 a Sky— fue su incapacidad para acceder a los canales de televisión abierta de Televisa, canales a los cuales Sky, como filial de dicha empresa, sí podía acceder.

¹ Leland L. Johnson, "Toward competition in cable television", *AEI Studies in Telecommunications Deregulation*, MIT Press, 1994. Thomas W. Hazlett y Matthew L. Spitzer, "Public policy toward cable television", *AEI Studies in Telecommunications Deregulation*, MIT Press, 1997. Comisión Federal de Competencia Económica, "Opinión sobre temas de competencia y libre concurrencia derivados del marco regulatorio aplicable al sector de contenidos audiovisuales", Oficio PRES-10-096-2006-169, 28 de noviembre de 2006.

Concentración en la industria de la televisión²

La industria de la televisión en México registra una elevada concentración. Por ejemplo, en el sector de la televisión abierta 95% de las frecuencias –canales– se encuentra concentrado en dos empresas. Televisa tiene 225 frecuencias propias y 32 afiliadas. TV Azteca tiene 180 frecuencias propias. Televisa es la más beneficiada porque tan sólo en el Distrito Federal tiene 60 megahertz entre canales concesionados y “espejos”, que representan 65% del total.

GRÁFICA 1
Concentración de frecuencias concesionadas en televisión abierta



CUADRO 1
Canales espejo en México

Banda VHF	Banda UHF
2: Televisa	48: Réplica del canal 2 de Televisa
4: Televisa	49: Réplica del canal 4 de Televisa
5: Televisa	50: Réplica del canal 5 de Televisa
7: TV Azteca	23: Réplica del canal 7 de TV Azteca
9: Televisa	
11: IPN	
13: TV Azteca	24: Réplica del Canal 13 de TV Azteca

² Esta sección se elaboró con información del documento “Distribución y concentración de frecuencias de radio y televisión en México”, Comisión de Radio, Televisión y Cinematografía del Senado de la República, junio de 2006.

La situación de elevada concentración en el sector de la televisión abierta aumentó como consecuencia del “Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México” de 2004, el cual otorgó canales “espejo” –canal adicional en UHF a los concesionarios y permisionarios de televisión– para llevar a cabo ahí sus transmisiones digitales; mediante el mismo:

- a) Las empresas establecidas en el sector de televisión abierta –Televisa y TV Azteca– obtuvieron el refrendo de sus concesiones por 16 años hasta el 2021.
- b) Se reforzó aún más la posición estratégica de Televisa y TV Azteca, ya que los 437 canales ocupados por estas empresas se convirtieron en 874 canales –reservados o en operación.
- c) Se limitó el uso del espectro radioeléctrico para la incursión de nuevos jugadores, principalmente en la televisión analógica, aun reconociendo el hecho de que los canales digitales pueden convivir técnicamente con los canales analógicos sin necesidad de una separación entre un operador y otro.

En relación con la elevada concentración industrial en términos de concesiones está la enorme concentración en términos de cobertura y audiencia de ambas empresas. Al respecto, en 2004 la televisión abierta alcanzó 91.7% de los hogares, y la televisión restringida 19.2%.³ Respecto a la televisión abierta, en 2005 Televisa tuvo una audiencia de 68.5%, mientras que TV Azteca 28.3%, todos los demás canales sólo 3.2%.

Rentabilidad en la industria de la televisión⁴

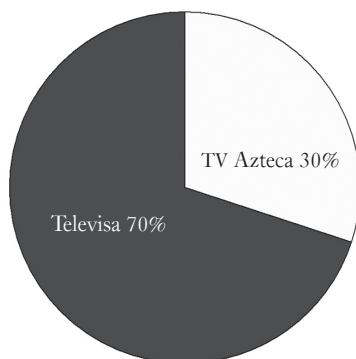
La gran participación en la audiencia de los principales grupos televisivos los vuelve el instrumento por excelencia para la transmisión de la publicidad de bienes y servicios, lo cual los convierte en grupos empresariales con grandes

³ INEGI, *Estadísticas de ciencia y tecnología*, 2004 [www.inegi.gob.mx].

⁴ La información del comportamiento de las variables financieras de Televisa, TV Azteca y Sky fue obtenida de los estados de situación financiera correspondientes a 2006 y de los reportes de situación financiera del primer trimestre de 2007, entregados por las empresas a la Bolsa Mexicana de Valores.

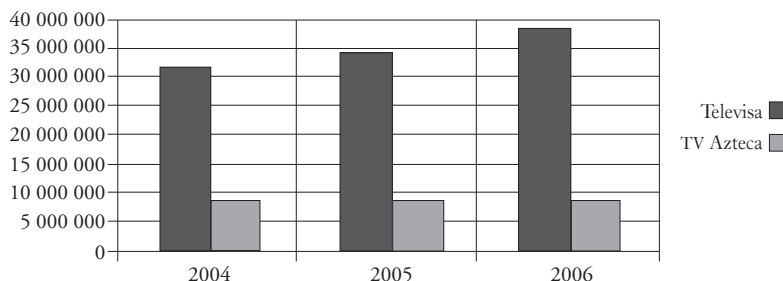
activos, elevados ingresos y rentabilidad, esto es propio de un mercado altamente concentrado que en la actualidad tiene un valor calculado de 2 800 millones de dólares.

GRÁFICA 2
US\$2.8 miles de millones

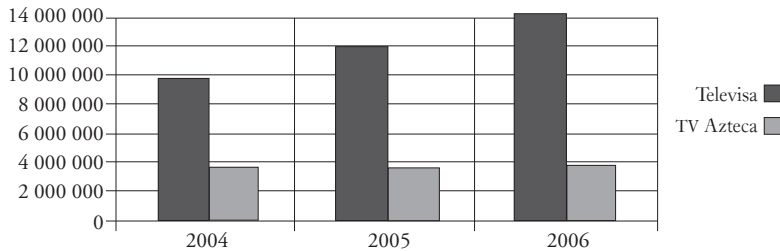


Por ejemplo, los activos de la empresa Televisa a fines de 2006 (83 030 millones de pesos) aumentaron 6% de diciembre de 2005 a diciembre de 2006, mientras que sus ingresos, 37 932 millones de pesos, crecieron a una tasa anual promedio de 10.2% en los últimos dos años; su utilidad de operación (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization, EBITDA, por sus siglas en inglés) presenta una tasa de crecimiento promedio anual, en el mismo periodo, de 24.7%, con un monto de 13 749 millones de pesos al cierre de 2006.

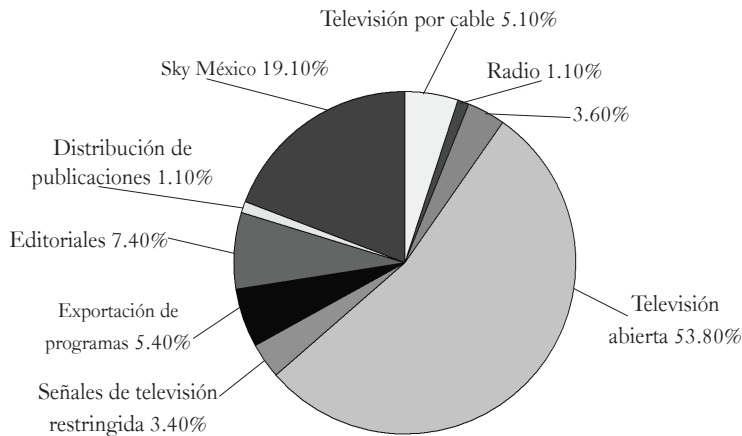
GRÁFICA 3
Ingreso total
(miles de pesos)



GRÁFICA 4
Utilidad de operación (EBITDA)
(miles de pesos)



GRÁFICA 5
Contribución a los ingresos totales por segmento



Mención especial merece la filial de Televisa –Sky– en el negocio de televisión restringida que representa 19.1% de los ingresos totales de la empresa. Sky tiene una participación de mercado de más de 22% en la industria de la televisión de paga, con activos por 6 212.4 millones de pesos. En los últimos tres años los ingresos totales aumentaron a una tasa de 45.2% anual, básicamente por el aumento en el número de sus suscriptores, que durante 2006 creció 14.4%, llegando a la cifra de

1.4 millones en enero de 2007. El crecimiento vertiginoso de ingresos se refleja en el aumento sostenido de utilidad de operación a una tasa promedio de 73.5% anual, llegando en 2006 a un monto de 3555.5 millones de pesos.

Los resultados de TV Azteca reflejan los problemas financieros por los que ha pasado la empresa, pero también señalan su fuerte potencial de crecimiento. Sus activos totales han presentado un comportamiento descendente, pues a pesar del incremento de 12.4% presentado en 2006 —que representa un ingreso de 21 423 millones de pesos—, aún no alcanza el nivel de 2003. En contraste, los ingresos totales de la empresa presentaron una recuperación —después de la caída de 0.7% en 2005—, que alcanzó en 2006 un crecimiento de 7.9%, por un monto de 8 880 millones de pesos. Asimismo, la utilidad de operación creció de manera constante a una tasa promedio anual de 3.7%, llegando a un monto de 3 842 millones de pesos en el 2006.

Publicidad en la industria de la televisión

Se puede decir que las cifras anteriores de rentabilidad no son representativas de las tendencias de crecimiento de largo plazo del mercado de la publicidad en la televisión en México, pues reflejan el comportamiento anómalo de la publicidad en el año electoral de 2006.

Al respecto, debe observarse que el mercado de publicidad en televisión es uno de los más dinámicos del mundo. En 2005 los servicios de televisión captaron cerca de 38% del gasto en publicidad en el mundo, monto que se estima crecerá a tasas anuales de 6.6% entre 2005 y 2010 debido al desarrollo de la televisión digital. De este monto la televisión abierta captó 94% de la inversión publicitaria en televisión en 2005, que se reducirá a 89% en 2010.⁵

En 2005 la inversión total en gasto publicitario en nuestro país fue de 44 900 millones de pesos, de los cuales 58% se destinó a televisión abierta, 3.2% a televisión restringida y 38.8% a otros medios. Del monto total del gasto publicitario dedicado a televisión abierta Televisa captó 71.2%, y TV Azteca 28.2%.⁶

⁵ Price Waterhouse Coopers, *Global Entertainment and Media Outlook 2006-2010*, 2006.

⁶ “Inversión en medios 2004, 2005 y 2006”, revista *Merca2.0*.

En lo que respecta a México, la inversión publicitaria en televisión tiene un gran potencial de crecimiento, ya que en 2004 representaba 0.46% del producto interno bruto (PIB), que contrastaba con el 1.52% en Brasil, el 1.39% en Estados Unidos, el 0.8% en Chile y el 0.75% en España.⁷

En relación con lo anterior, se calcula que el gasto publicitario total en televisión en México registrará en los próximos años un crecimiento anual de 11%, se observará una tasa de crecimiento de 9.3% en televisión abierta y 32.6% en televisión restringida.⁸

Con base en lo anterior, puede afirmarse que no existe evidencia que apoye el argumento utilizado por los ejecutivos de las empresas de televisión —en contra del establecimiento de nuevas cadenas nacionales—, quienes afirman que el mercado de la televisión abierta en México está saturado y no puede soportar a nuevas empresas entrantes. Por el contrario, el mercado de la televisión en México es de alta rentabilidad, con un gran potencial de crecimiento, el cual podría soportar fácilmente la entrada de empresas que compitan con nuevos contenidos audiovisuales por las preferencias de la teleaudiencia.

Modelos de la industria de la televisión

Por otro lado, debe señalarse que el modelo mexicano actual de dos cadenas nacionales de televisión es anacrónico. En el pasado en los servicios de radiodifusión, la escasez del espectro radioeléctrico y la necesidad de prevenir interferencias entre los canales de televisión fueron determinantes en las políticas para otorgar un número limitado de concesiones. Por ello, la televisión abierta en casi todos los países consistía en monopolios o duopolios nacionales.

Sin embargo, desde 1970 diversos países otorgaron nuevas concesiones para favorecer el desarrollo de cadenas independientes que pudieran atender las crecientes demandas de servicios televisivos. Por ejemplo, Estados Unidos originalmente contaba con tres cadenas de televisión con cobertura nacional pero, debido a la fuerte demanda por concesiones para estaciones privadas, se adoptó

⁷ Asociación Mexicana de Agencias de Publicidad (AMAP), “Cuadro comparativo de inversiones publicitarias *versus* PIB. 2004” [www.amap.com.mx].

⁸ Price Waterhouse Coopers, *Global Entertainment and Media Outlook 2006-2010*, 2006.

un programa para adjudicar por localidades el espectro disponible en las bandas UHF y VHF.

Este programa permitió el desarrollo de 450 estaciones privadas de televisión para 1995. Posteriormente, diversas estaciones independientes se afiliaron para formar un cuarto canal con cobertura nacional, así como canales mixtos que combinan medios de transmisión de acceso abierto y restringido.⁹

Canadá mantuvo un duopolio televisivo hasta 1970 cuando otorgó concesiones para nuevas estaciones de televisión, que permitieron el desarrollo de dos cadenas regionales separadas.¹⁰ En Chile, por otro lado, existen cinco cadenas independientes privadas de televisión.

Políticas regulatorias y de competencia para las industrias de telecomunicaciones y radio y televisión

La existencia de empresas grandes en los mercados no es preocupante por sí misma, ya que pueden existir ganancias de eficiencia para la sociedad por el aprovechamiento de las economías de escala y de objetivo, y en algunos casos se presenta una mayor velocidad de innovación y difusión tecnológica.

Sin embargo, en presencia de barreras a la entrada o en ausencia de un marco regulatorio e institucional fuerte y procompetitivo, las empresas establecidas pueden utilizar su poder de mercado tanto para fijar precios oligopólicos –por arriba de los que establecería un mercado competitivo– como para fortalecer y perpetuar las barreras que impidan la entrada de empresas competidoras a su mercado, disminuyendo el bienestar social y provocando severos daños a la eficiencia económica del resto de la economía.

Al respecto, en el mundo, las autoridades de competencia evalúan las fusiones y las adquisiciones de las empresas en estos sectores caso por caso,¹¹ y

⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Competition policy and a changing broadcast industry”, 1993 [www.ocde.org].

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Opinión sobre los efectos del “Dictamen de la iniciativa del proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión”, oficio PRES-IO-096-2005-148, Cofeco, 8 de diciembre de 2005.

el marco regulatorio debe asegurar que todas las empresas y tecnologías puedan competir en igualdad de circunstancias, eliminando barreras legales artificiales que protejan a algunas a fin de que el proceso competitivo logre su objetivo de aumentar la eficiencia y productividad de la economía, asignando recursos a las empresas y tecnologías más eficientes y desplazando aquellas que no lo son.

Adicionalmente, debe observarse que existe un fenómeno acelerado de convergencia digital, el cual implica que plataformas tecnológicamente diferentes, como las redes de telecomunicaciones y de radio y televisión, podrán dar los mismos servicios de datos, video y audio. La convergencia tecnológica de redes de video, telecomunicaciones y computadores implica que existen múltiples alternativas para transmitir señales e incorporar a la población mexicana al uso de nuevas tecnologías, y que es posible intensificar la competencia entre los diferentes proveedores de servicios de comunicaciones y mejorar el bienestar de los consumidores. En relación con lo anterior, la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) señaló que:

[...] el desarrollo tecnológico en las comunicaciones, y en especial la tecnología digital, permite que diversas redes, plataformas y tecnologías de información y comunicación converjan y compitan en la provisión de múltiples servicios –voz, datos y videos– a los consumidores. En los servicios de radiodifusión, tradicionalmente unidireccionales, la digitalización optimiza el uso del espectro y aumenta la capacidad de las redes, lo cual permite: *i*) prestar servicios bidireccionales de voz y datos; y *ii*) aumentar tanto el volumen como el número de operadores que pueden producir y distribuir esta información.¹²

Respecto del diseño regulatorio eficiente que impone el acelerado cambio tecnológico y el fenómeno de convergencia digital, en industrias como las de telecomunicaciones y televisión, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), considera que las mejores experiencias internacionales –en términos de logros en reducciones tarifarias para los consumidores, y acceso, diversificación y calidad de los servicios de comunicaciones– siguen prácticas que

¹² Opinión sobre los efectos del “Dictamen de la iniciativa del proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión”, oficio PRES-IO-096-2005-148, Cofeco, 8 de diciembre de 2005, p. 5.

se basan en la liberalización de los mercados, el desarrollo de esquemas regulatorios sólidos y la promoción efectiva de la competencia entre los proveedores.¹³

Al respecto la OCDE recomienda: *i*) adoptar los principios de neutralidad tecnológica y flexibilidad; *ii*) instaurar reguladores autónomos e independientes; *iii*) fortalecer el alcance, efectividad y aplicación de la política de competencia; *iv*) asignar de manera eficiente los recursos escasos, incluyendo el espectro radioeléctrico; *v*) promover el acceso al servicio universal; *vi*) proteger a los consumidores; y *vii*) eliminar las regulaciones económicas innecesarias.¹⁴

Asimismo, la Cofeco considera que para alcanzar los máximos beneficios en términos del bienestar de los consumidores y la competitividad de las empresas en el proceso de convergencia de los medios de comunicación electrónicos se debería:

[...] *i*) modificar el enfoque regulatorio tradicional que diferencia los servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión y, por ende, obstaculiza el proceso de convergencia; *ii*) que todos los medios de transmisión estén sometidos a regulaciones semejantes y sean autorizados para prestar todos los servicios técnicamente factibles en condiciones de interconexión e interoperabilidad no discriminatorias y eficientes; y *iii*) adoptar medidas que eviten fenómenos de concentración anticompetitiva, prácticas monopólicas y otras distorsiones en los mercados.¹⁵

Todo lo anterior llamaba a desarrollar —cuando se sincronizaran los marcos legales de las telecomunicaciones y los de la radio y la televisión en México,

¹³ *Communications outlook; guiding principles for regulatory quality and performance*, OECD, 2005; *The implications of convergence for regulation of electronic communications*, OECD, 2005.

¹⁴ *Idem*. Para ver las experiencias regulatorias de otros países en materia de convergencia de medios de comunicación electrónica se pueden consultar las diferentes presentaciones abordadas en el Taller de la UIT sobre regulación de la convergencia del 17 de mayo de 2004, en especial las de Alison Burkett “Regulatory convergence: overview of the EU regulatory framework for electronic communications and similar developments in other parts of the world”, y la de Matthias Ramsauer “The Swiss experience”.

¹⁵ Opinión sobre los efectos del “Dictamen de la iniciativa del proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión”, oficio PRES-IO-096-2005-148, Cofeco, 8 de diciembre de 2005, p. 6.

ante las oportunidades y los desafíos que plantea la convergencia digital— un marco de política pública que incentivara dicha convergencia tecnológica, que aumentara el grado de competencia en la provisión de los servicios e incrementara la cobertura y el uso de nuevas tecnologías digitales por parte de las familias y empresas. Esto no se vio plasmado en la “Ley Televisa”.

Débil diseño institucional del regulador en la “Ley Televisa”

Al respecto, la “Ley Televisa” señalaba que tenía el propósito fundamental de actualizar la normatividad de la radio y la televisión, homologando el marco regulatorio aplicable de acuerdo con los estándares internacionales surgidos a propósito de la convergencia tecnológica, de modo tal que se contara con un marco legal congruente y estrictamente apegado al orden jurídico nacional.

Independientemente de lo falso de dicho señalamiento —como se observara más adelante—, su único efecto institucional era centrar en la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel), las facultades regulatorias de ambos sectores. Al respecto, la experiencia internacional no es concluyente sobre la conveniencia de la existencia de un solo ente regulador para el sector de telecomunicaciones. Algunos países han creado un solo órgano facultado para regular tanto los medios de transmisión como los contenidos, mediante legislaciones separadas, como ocurre en Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y Australia. Otros países —la mayoría de la Unión Europea— no consideran necesario adoptar un único regulador; hasta el momento no existe información que señale que alguna de las opciones ofrece ventajas intrínsecas.¹⁶

¹⁶ Las mejores prácticas internacionales también sugieren tendencias complementarias en las reformas regulatorias originadas por el fenómeno de convergencia digital. La primera consiste en regular, mediante ordenamiento separados, los medios de transmisión y los contenidos. La segunda, en aplicar las mismas normas a los proveedores de un mismo servicio, sin distinguir el medio o la plataforma tecnológica utilizada. Ambas tendencias revelan la importancia de incorporar en el marco regulatorio los principios de consistencia y neutralidad tecnológica; un mismo servicio no debe regularse de manera diferente y no deben crearse preferencias a favor de una tecnología para prestar un servicio específico. “The implications of convergence for regulation of electronic communications”, OECD, 2005.

Por otro lado, la “ley Televisa” señalaba que la Cofetel asumiría las atribuciones y facultades en materia de regulación de los servicios de radio y televisión abierta manteniendo su esfera actual de competencia por cuanto hace a la regulación de los servicios de telecomunicaciones a los que se refiere la Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT), y su Reglamento.

Sin embargo, el contenido de la “ley Televisa” no garantizaba que se introdujera una agencia reguladora realmente autónoma e independiente, pues permitía que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), continuara otorgando concesiones de servicios de telecomunicaciones, para aplicar sanciones a los concesionarios o de que el titular de la SCT tuviera facultades para objetar las decisiones del Pleno de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.¹⁷

Esto iba en contra de las mejores prácticas internacionales, como lo ha señalado en diferentes estudios la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, al observar que en más de 60 países las objeciones a las resoluciones del regulador son atendidas por el Poder Judicial, en tanto que en 18 esta función corresponde al Ministerio de Comunicaciones.¹⁸

El 22 de febrero de 2006 el Colegio Nacional de Economistas (CNE) presentó a la Comisión de Comunicaciones y Transportes del Senado de la República, un posicionamiento sobre las reformas a las leyes de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión, en él se señalaba que para eliminar el sistema de doble ventanilla era necesario incorporar a la ley que:

- a)* La Cofetel sea el organismo regulador único en todos las fases del proceso regulatorio de los servicios de telecomunicaciones, radio y televisión en México;
- b)* la Cofetel disponga de las facultades para otorgar concesiones —de radio, televisión y telecomunicaciones— y para sancionar actividades ilegales de los concesionarios, para evitar la discrecionalidad y el manejo político de las mismas por parte de la SCT; y *c)* las decisiones de la Cofetel no sean objeto del recurso de revisión ante el titular de la SCT, sino que sea el mismo pleno el que conozca de los recursos de reconsideración por parte de los quejosos.¹⁹

¹⁷ Rodrigo Gómez y Gabriel Sosa, “Ley Televisa”. Cuadernos del Consejo Audiovisual de Cataluña, núm. 25, mayo-agosto de 2006.

¹⁸ UIT, “Effective regulation. Trends in telecommunication reform”, 2002.

¹⁹ Disponible en la sección “Documentos de interés”. [www.javiercorral.org].

Por lo anterior, resultaba indispensable incluir en la “Ley Televisa” medidas que resolvieran uno de los principales problemas del sector: la fragmentación de los procesos regulatorios establecida en la ley vigente, entre la Cofetel y la SCT, la cual ha retrasado la aplicación de las decisiones regulatorias y el desarrollo de la competencia en el sector, debilitando al organismo regulador. Estos cambios no se incorporaron a la ley.²⁰

Por otro lado, el fortalecimiento de la autonomía y la ampliación de facultades de una agencia reguladora deben ir acompañado de la creación de un marco estricto de rendición de cuentas. Al respecto, el posicionamiento del Colegio Nacional de Economistas subrayaba la ausencia en la “Ley Televisa” de dicho marco y señalaba que:

²⁰ Resulta relevante señalar que en opinión de la Cofeco las modificaciones a las leyes federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión no incluían algunas de las facultades actuales del órgano regulador que le otorgan su “Decreto de creación” y su “Reglamento interno”, Las Facultades que perdería incluían las de inspección, verificación y radiomonitorio; las de interpretación para efectos administrativos, de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas; y las de evaluación del cumplimiento de las obligaciones específicas impuestas a agentes con poder sustancial de mercado. Opinión sobre los efectos del “Dictamen de la iniciativa del proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión”, oficio PRES-IO-096-2005-148, Cofeco, 8 de diciembre de 2005, pp. 2-3. Al respecto, es indicativo que el documento elaborado por la Procuraduría Fiscal de la Federación sobre las modificaciones a las leyes federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión, señalaba que en la Minuta aprobada por la Cámara de Diputados, se logra un avance importante respecto al fortalecimiento del órgano regulador; y en materia de radiodifusión se lograría una regulación mucho más moderna, transparente y objetiva que la actual. También señala que existe una omisión relevante de la misma al dejar en los mismos términos las facultades de la Cofetel, pues considera que se debió aprovechar la oportunidad para fortalecer sus atribuciones en la materia y eliminar el sistema de doble ventanilla. Este último y sus efectos perniciosos para una regulación efectiva del sector de telecomunicaciones no es exclusivo de México, también se presenta, por ejemplo, en Argentina. En dicho país, la regulación se divide entre la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT) y la Secretaría de Telecomunicaciones. Además de que la CNT depende del Ejecutivo, lo cual le resta independencia, la misma no ha resuelto con prontitud los problemas regulatorios que ha enfrentado, lo que ha llevado a que pierda credibilidad; el esquema de rendición de cuentas con que cuenta es muy limitado. Cécile Aubert y Jean-Jacques Laffont, “Designing infrastructure regulation in developing countries”, en IADB, *Competition policy in regulated industries. Approaches for emerging economies*, 2002, p. 23.

[...] debe reconocerse que al crear puestos públicos inamovibles durante periodos de ocho años, como al otorgar tanto nuevas facultades como recursos adicionales a una agencia reguladora para que lleve a cabo sus funciones relativas al desarrollo eficiente de sectores cruciales para el crecimiento económico y social del país, lo menos que se le puede exigir es que cumpla sus funciones de manera eficiente, y que su fortalecimiento se vea reflejado en mejoras del nivel de bienestar social de los consumidores y de la competitividad de las empresas mexicanas. Por lo anterior, el CNE considera que se debe reformar la minuta para que ésta contenga un marco claro de rendición de cuentas de la agencia reguladora, y del ejercicio de su presupuesto, ante las comisiones correspondientes del Congreso, con base en logros de: *a*) reducciones tarifarias; *b*) diversificación de servicios y difusión de nuevas tecnologías; *c*) aumento en la calidad de los servicios; *d*) aumento de la cobertura social; y *e*) aumentos de eficiencia y del cociente costo-beneficio social de la agencia.²¹

Posibilidad de captura regulatoria en la “Ley Televisa”

La “ley Televisa” no garantizaba ni la transparencia ni la imparcialidad de las decisiones de los comisionados que integran el Pleno de Cofetel, que deberían estar siempre alineadas al interés público, y nunca dar lugar a sospechas de que fueron tomadas con base en intereses privados de los comisionados.

Al respecto, debe observarse que eliminar la posibilidad de captura regulatoria resulta importante en los sectores de telecomunicaciones y de radio y televisión, ya que existen altos niveles de incertidumbre y de dinamismo tecnológico y se requieren elevados montos de recursos no recuperables por parte de los inversionistas.

Por lo anterior, se debieron establecer restricciones para impedir que los comisionados pudieran participar en asuntos en los que tengan interés directo o

²¹ Respecto de las mejores prácticas intencionales, debe observarse que el diseño del sistema regulador inglés —claro ejemplo internacional de regulación independiente y transparente— establece que los directores generales de las agencias regulatorias responden en última instancia ante el Parlamento, aunque su presupuesto sea autorizado por la Oficina del Tesoro, y que son monitoreados tanto por la Comisión de Monopolios y Fusiones como por los Comités Parlamentarios respectivos, *ibid.*, p. 36.

indirecto, debido entre otras razones, a que hubieran tenido relación profesional, económica o corporativa en el pasado reciente con empresas del sector con interés en los asuntos en comento. Estas medidas no se ponen en práctica en la “Ley Televisa”.

Sesgo anticompetitivo de la “Ley Televisa”

Como la Cofeco señaló reiteradamente, las autoridades de competencia y los organismos regulatorios de los sectores de telecomunicaciones y de radio y televisión del mundo coinciden en que el seguir una política regulatoria eficiente, flexible y que busque eliminar barreras a la entrada de nuevos competidores en la administración del espectro radioeléctrico, resulta crucial tanto para el desarrollo de nuevos servicios como para incentivar el desarrollo de la competencia en la provisión de los mismos, ya que el espectro radioeléctrico constituye un recurso esencial y escaso para el desarrollo de las redes inalámbricas, las cuales enfrentan una demanda creciente. Adicionalmente, la autoridad de competencia en México señaló en relación con la “Ley Televisa” que:

Las reformas a la LFRTV que propone la Iniciativa no aseguran la eficacia en la prestación de los servicios ni evitan fenómenos de concentración en la asignación del espectro radioeléctrico contrarios al interés público en los términos del artículo 28 constitucional. Estas reformas no son suficientes para resolver la dicotomía existente, por un lado, mantienen una legislación de telecomunicaciones pro competitiva y pro convergente; y por el otro, establecen una ley específica para los servicios de radiodifusión abierta que mantiene disposiciones diferentes para materias comunes a los servicios de telecomunicaciones.

Al respecto, puede afirmarse que la “Ley Televisa” no aseguraba el desarrollo de una competencia efectiva en la prestación de los servicios y no evitaba fenómenos de concentración industrial en la asignación del espectro radioeléctrico ya que señalaba, por un lado, la posibilidad del refrendo a perpetuidad de las concesiones de las empresas establecidas en el sector sin necesidad de licitación pública. Por otro, respecto a las solicitudes de prórroga de la concesión para prestar servicios de radio y televisión, que los operadores establecidos tendrán preferencia sobre

terceros, no pagaran necesariamente una contraprestación económica al Estado, y no se sujetaran al mecanismo de licitación pública.

Es decir, la “Ley Televisa” no preveía, en principio, la reversión o la devolución al Estado del espectro liberado con motivo de la digitalización por parte de los concesionarios de servicios de radiodifusión, lo que les hubiera permitido mantenerlo y utilizarlo para prestar servicios de telecomunicaciones de manera comercial, utilizando canales y frecuencias que les fueron atribuidas al servicio de radiodifusión con el fin de hacer su migración a tecnología digital.

De esta forma, los concesionarios existentes hubieran conservado los derechos obtenidos de manera directa y discrecional con base en la legislación vigente, lo cual podría haber creado importantes barreras a la entrada en el sector en contra de los nuevos competidores.²²

Debe observarse que la “Ley Televisa” colocaba al Estado mexicano en una situación regulatoria desfavorable respecto a la situación existente en otros países, debido a la redacción del artículo 28 de la LFRTV. Debe tomarse en cuenta que en Estados Unidos el gobierno tomó la decisión de cobrar una tasa establecida de los ingresos brutos generados por todos los servicios de paga que proporcionen las televisoras en sus canales digitales, mientras que en España las televisoras digitales requieren títulos nuevos para proporcionar servicios adicionales de telecomunicaciones y por los cuales el gobierno, en todo caso, exige una contraprestación económica.

En Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, por mencionar algunos ejemplos, siempre que hay liberación del espectro radioeléctrico asociada a la convergencia digital, el Estado recupera el espectro sobrante, lo somete a licitación pública, obtiene importantes ingresos por el uso de dicho mecanismo de asignación y se favorece la entrada de nuevos concesionarios, permitiéndoles modificar los servicios ofrecidos y la tecnología utilizada.²³

²² Véase Clara Luz Álvarez, Beatriz Camarena y Salma Jalife, “*Amicus curiae*. Evaluación regulatoria, económica y técnica del decreto que reforma a las leyes federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión”, sección II, 22 de octubre de 2006.

²³ Opinión sobre los efectos del “Dictamen de la iniciativa del proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión”, oficio PRES-IO-096-2005-148, Cofeco, 8 de diciembre de 2005, p. 9.

Permitir que los concesionarios de radio y televisión utilicen de manera directa y discrecional canales y frecuencias que les fueron atribuidas al servicio de radiodifusión con el fin de hacer su migración a tecnología digital, equivale a que el espectro radioeléctrico, más que ser un recurso escaso cuyo uso óptimo debe ser programado y administrado por el Estado mexicano –a fin de lograr el máximo bienestar social posible–, sea un recurso cuya disposición, al menos en el corto y mediano plazo, esté determinada por las peticiones que haga un grupo de concesionarios privados. En el régimen legal establecido por la Ley actual la autoridad no podría garantizar, necesariamente, el uso eficiente del mismo frente a los cambios originados por la convergencia.²⁴

En el posicionamiento del CNE se advierte sobre el uso comercial que podría tener el espectro liberado por los concesionarios de servicios de radiodifusión con motivo de la digitalización, por ejemplo:

[...] el Canal 2 de Televisa ocupa un ancho de banda de 6 megahertz, mismo ancho de banda que, como ya se señaló, fue asignado a su canal “espejo”, el 48. Sin embargo, resulta dudoso que, con base en las características socioeconómicas de la audiencia promedio del canal, éste ofrezca permanentemente transmisión de alta definición, por el alto costo de los equipos receptores necesarios, y resulta más previsible que se convierta en un canal de televisión digital que sólo requiera 2 megahertz, caso en el cual dejaría libres 4 megahertz para que la empresa los use con otros fines.

Este espectro es equivalente a la banda donde la empresa MVS ofrece servicios de televisión restringida, mientras que los canales no utilizados por MVS para este fin, son arrendados a otros concesionarios de telecomunicaciones, como Avantel y Alestra, canales a través de los cuales dichos concesionarios suministran enlaces bidireccionales mediante los cuales ofrecen a sus usuarios servicios de telefonía e internet de banda ancha.

Si bien puede argumentarse que en la actualidad no existen proveedores que puedan suministrar equipos de telecomunicaciones que utilicen las bandas de VHS y UHF atribuidas a la radiodifusión, este es un problema técnico que será resuelto en el futuro cercano, como lo prueba el hecho de que el Gobierno Australiano ya lanzó una convocatoria a los fabricantes para construir equipos de telecomunicaciones

²⁴ Véase Clara Luz Álvarez, Beatriz Camarena y Salma Jalife, “*Amicus curiae...*”, *op. cit.*

que puedan utilizarla, y que hace tres años no había equipos para que, en la banda de MVS, se pudieran ofrecer servicios bidireccionales de telecomunicaciones.

Con base en los resultados de las subastas del espectro radioeléctrico en México —llevadas a cabo por la Cofetel—, se señala que la concesión de un megahertz de cobertura nacional por 20 años tenía un valor de 21 millones de dólares en 2005. Si se ajusta el monto tomando en cuenta la posibilidad del refrendo a perpetuidad de las concesiones actuales —sin el pago de contraprestaciones económicas al Estado—, la cobertura geográfica real de los canales y las equivalencias financieras, la formulación del artículo 28 de la “ley Televisa” podría haber representado una transferencia implícita de, al menos, 600 millones de dólares de 2006 del Estado mexicano a los concesionarios de radio y televisión establecidos, como se explica en el Cuadro 2.

CUADRO 2
México: resultado licitaciones

	Costo total por MHz a escala nacional por 20 años	
	Pesos	Dólares ^{2/}
PCS ‘98	87 032 533	9 511 752
PCS ‘05 ^{1/}	299 834 243	20 894 022
Fijo 3.5 ‘98	8,218,110	898 154

^{1/} Valor actual del pago de derechos a una tasa del 10%. En adición se recibieron 190 millones de pesos como pago inicial por subasta total.

^{2/} Al tipo de cambio promedio del año en que se realizó la licitación.

Como se ha señalado, para impedir dicha transferencia se debió establecer —en relación con la liberalización de espectro como consecuencia de la convergencia tecnológica— la obligatoriedad de que las empresas que tengan espectro radioeléctrico sobrante lo devuelvan al Estado, que procederá a asignarlo a partir de una subasta pública o, en los casos relevantes, “beauty contests” donde se asignaría dicho espectro a la mejor propuesta de contenido educativo-cultural y/o comunitario. La “Ley Televisa” no contemplaba esta medida.

La “Ley Televisa” establecía requisitos asimétricos entre concesionarios de telecomunicaciones y de radio y televisión, ya que sólo contemplaba la necesidad de contar con la solicitud de opinión favorable de la Cofeco para participar en alguna subasta pública.²⁵ Por lo anterior, la “Ley Televisa” no garantizaba que la política regulatoria en el sector respetara el principio de neutralidad tecnológica ya que, las empresas de telecomunicaciones que hubieran deseado incursionar como operadores de servicios de radio y televisión, se deberían haber sometido a un concurso de licitación de frecuencias, deberían haber pagado una contraprestación económica por la concesión, y tendrían que haber contado con la opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia.

Finalmente, la “Ley Televisa” no consideraba que la Cofetel pudiera establecer obligaciones específicas para concesionarios de radio y televisión con poder sustancial de mercado. Es decir, la Cofetel hubiera tenido facultades muy limitadas para establecer medidas regulatorias pro competitivas en el sector que impidieran que los concesionarios establecidos llevaran a cabo prácticas anticompetitivas en contra de las empresas entrantes, lo cual hubiera limitado fuertemente el alcance, la efectividad y la aplicación de la política de competencia en el país.

Al respecto, el posicionamiento del CNE en relación con el sesgo anticompetitivo de la “Ley Televisa” señalaba que:

[...] la Iniciativa debe modificarse para: *a*) otorgar facultades a la Cofetel y establecer la obligatoriedad de utilizarlas para diseñar contraprestaciones para el uso del espectro para dar servicios de telecomunicaciones, radio y/o televisión proporcionales para los diferentes tipos de concesionarios; *b*) establecer que el tratamiento regulador para concesionarios de radio y televisión que deseen prestar servicios de telecomunicaciones deberá ser el mismo que tienen los concesionarios de telecomunicaciones que deseen prestar servicios de radio y

²⁵ Al respecto, es indicativo que un documento elaborado por la Procuraduría Fiscal de la Federación, señalaba que “el requisito establecido en las modificaciones a las leyes federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión sobre las empresas del ramo interesadas en participar en alguna subasta pública podrán hacerlo sólo presentando la ‘solicitud’ de opinión favorable por parte de la Cofetel [...] no garantiza una sana competencia, ya que, lo que se debió haber previsto es que los interesados presenten una opinión favorable de la Cofeco”.

televisión a fin de eliminar asimetrías regulatorias que favorezcan indebidamente a algunos concesionarios; *c*) establecer la obligatoriedad de que los interesados en participar en alguna subasta pública de espectro radioeléctrico deberán obtener con antelación la opinión favorable de la Cofeco; y *d*) establecer facultades para que la Cofetel establezca obligaciones específicas en materia de tarifas, calidad de servicio e información, para aquellos concesionarios de radiodifusión que la Cofeco considera que son agentes con poder sustancial en el mercado de conformidad a lo establecido en la Ley Federal de Competencia Económica.

Debe observarse que las asimetrías regulatorias establecidas en la “Ley Televisa”, y la consiguiente creación de barreras artificiales a la entrada en detrimento del proceso de competencia, estaba en contra de todos los estándares internacionales regulatorios surgidos a propósito de la convergencia tecnológica, y hubiera producido efectos nocivos en el país, como se puede observar en la siguiente afirmación de la Cofeco referente a la política regulatoria en materia de telefonía fija y televisión por cable en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos:

15. La promoción de la competencia y la libre concurrencia en los servicios de televisión restringida, telefonía e internet han sido una constante en los países de la OCDE. Con este enfoque, generalmente no se impusieron restricciones a la entrada de las telefónicas a los mercados de televisión restringida, así como tampoco a la participación de los operadores de RTVC a los mercados de telefonía fija.

16. La promoción de la competencia entre operadores independientes de RTVC y empresas de telefonía fija ha demostrado ser un factor clave para el mejoramiento tecnológico de las RTVC y RTF, la creación de nueva infraestructura de banda ancha, la rápida ampliación de los servicios de internet de alta velocidad y la generación de mayores opciones a los consumidores en precios, calidad, proveedores y servicios de televisión de paga, internet y telefonía.²⁶

²⁶ Opinión sobre los efectos del “Dictamen de la iniciativa del proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión”, oficio PRES-IO-096-2005-148, Cofeco, 8 de diciembre de 2005, pp. 4-5.

Efectos económicos de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁷

En las últimas semanas, diferentes voceros de las empresas televisoras han sostenido que la decisión de la SCJN de declarar inconstitucionales los artículos cruciales de la “Ley Televisa” introduce incertidumbre jurídica y desincentiva la inversión y el cambio tecnológico por parte de los concesionarios establecidos.

Al respecto, una parte crucial del dictamen de la Suprema Corte es la eliminación de los artículos 28 y 28-A de la LFRT, misma que obliga a que las empresas que tengan espectro radioeléctrico sobrante, de aquel que se les había asignado para su conversión digital, lo regresen al Estado, y cancela la posibilidad de que los concesionarios de radiodifusión establecidos lo utilizaran en forma discrecional, sin pagar necesariamente por ello.

Como ya se ha señalado, en numerosos países desarrollados, siempre que hay liberación del espectro radioeléctrico asociada a la convergencia digital, el Estado recupera el espectro sobrante, lo somete a licitación pública y favorece la entrada de nuevos concesionarios, permitiéndoles modificar los servicios ofrecidos y la tecnología utilizada. Contrario a lo afirmado por los voceros, las cifras disponibles no muestran disminución alguna de la inversión y la innovación tecnológica en los sectores de telecomunicaciones, de radio y televisión en dichos países, y sí un aumento sustantivo en el grado de competencia registrado en los sectores.

Por otro lado, la SCJN modificó radicalmente el tratamiento —de las concesiones— establecido en la “Ley Televisa”. Al respecto, se eliminó el artículo 17-G de la LFRT, que establecía la asignación de concesiones únicamente a partir de subasta pública, procedimiento que implicaba que las licencias serían entregadas a quien ofreciera la mayor propuesta económica.

Puede afirmarse que con este cambio el Estado podrá utilizar un menú de diferentes mecanismos de asignación del espectro, ya sea subasta pública en el caso de espectro destinado a aplicaciones comerciales o, en los casos relevantes, como ya se ha señalado, donde se asignaría el espectro a la mejor propuesta de contenido educativo-cultural y/o comunitario.

²⁷ Véase Raúl Trejo Delarbre, “Ley Televisa. Qué cambió. Qué sigue”, Asociación Mexicana por el Derecho a la Información, junio de 2007 [www.amedi.org.mx]. “Engrose de la sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad”; “Votos particulares que en disenso, complemento y concurrencia emitió el ministro Genaro Góngora Pimentel” [www.scjn.gob.mx].

Asimismo, se modificó la parte del artículo 16 que establecía una vigencia de las concesiones por un periodo fijo de 20 años, señalando que dicha vigencia será hasta por 20 años. Debe observarse que el plazo era excesivo en comparación con los existentes en otros países, y que esto contribuirá a establecer una administración eficiente del espectro por parte del Estado, compatible con periodos mínimos de vigencia de las concesiones que permitan una rentabilidad adecuada para las empresas.

Finalmente, como parte de las modificaciones al artículo 16, se elimina la posibilidad de refrendo automático de las concesiones estableciendo que al término de su vigencia serán licitadas. Si se observa la historia de las subastas para asignar concesiones para prestar servicios públicos, puede afirmarse que una empresa establecida que invierte eficientemente en reducciones de costos y en mejoras tecnológicas tiene todas las ventajas cuando participa en un proceso de subasta pública para obtener la renovación de su concesión. Esto debido a que posee mayor información y que, a diferencia del proceso burocrático de refrendo, la licitación es un mecanismo transparente de mercado que permite que las empresas a las que el Estado otorgó concesión –para la prestación de un servicio público– enfrenten competencia de entrantes potenciales, lo que incentiva a que éstas sean más productivas y eficientes.

Se puede afirmar que las declaraciones de los voceros ignoran el principio económico en el que la existencia de competidores, o la posibilidad de entrada de los mismos, es la que establece incentivos a las empresas para invertir y desarrollar innovaciones en forma eficiente. Las declaraciones también contravienen la posición pública del Banco Mundial y de la OCDE –organismos a los que difícilmente se les puede acusar de buscar debilitar la seguridad jurídica de las inversiones privadas– acerca de la necesidad de regular más estrictamente a las empresas televisoras establecidas en México y de introducir más competencia en los sectores estratégicos de la economía.

Conclusiones

El problema de fondo, desde el punto de vista económico, es que la “Ley Televisa” no era un marco regulatorio moderno –de los sectores de la radio, la televisión y las telecomunicaciones– congruente con los estándares internacionales –surgidos

a propósito de la convergencia tecnológica— ni con la estructura legal que define la política de competencia en México, no contenía, además, los instrumentos adecuados para alcanzar el objetivo de la misma, que es lograr que la competencia económica no se restrinja de forma tal que se reduzca el bienestar económico de la sociedad.²⁸

Esta situación llamaba a cambiar de raíz la “Ley Televisa” y a establecer un nuevo marco legal que fije un enfoque de política pública para los sectores de telecomunicaciones y de radio y televisión que se base en la liberalización de los mercados, el desarrollo de instituciones regulatorias sólidas y la promoción efectiva de la competencia, mismos que, con base en la experiencia internacional, son los que alcanzan en forma más efectiva reducciones tarifarias para los consumidores, mejoras en acceso, diversificación, y calidad de los servicios de comunicaciones en esta era de convergencia digital y cambio tecnológico acelerado.

Este nuevo marco legal deberá recoger, tanto los principios establecidos por la SCJN en su declaratoria de inconstitucionalidad de la “Ley Televisa”, así como los avances regulatorios y de competencia que se observan en los marcos legales de los sectores de telecomunicaciones y de la radio y televisión en los países desarrollados; deberá ser lo más completo posible ya que:

[...] dada la debilidad institucional del organismo regulador y la falta de reputación del mismo, producto de años de abandono regulatorio del sector de las telecomunicaciones, el CNE considera que el cambio y la modernización del marco regulatorio del sector debe ser lo más completo posible, de forma tal que los esfuerzos posteriores se concentren en el fortalecimiento del órgano regulador y en la recuperación de su credibilidad, y no en estar corrigiendo los defectos y adicionando las omisiones detectadas desde el inicio en su marco legal.²⁹

²⁸ Massimo Motta, *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 89.

²⁹ Colegio Nacional de Economistas, “Posicionamiento sobre las reformas...”, *op. cit.*