

## LA PROPUESTA DE LA OCDE DE CARTELIZAR LAS TELECOMUNICACIONES EN MÉXICO\*

*J. Gregory Sidak\*\**

### RESUMEN

El régimen propuesto por la OCDE de instrumentar regulación asimétrica *ex ante* para el mercado de las telecomunicaciones en México reduciría la competencia, contrariamente a los objetivos de la OCDE. Las propuestas de la OCDE perjudicarían a los consumidores mexicanos e impondrían un aumento en los precios que se pagan por los servicios de telecomunicaciones. Crearían un cártel de precios sancionado por el gobierno entre los operadores de telecomunicaciones. Premiarían a los competidores ineficientes y penalizarían a los operadores eficientes, todo en detrimento de los consumidores. En lugar de agregar nueva regulación contraproducente o ineficaz, el gobierno mexicano debería eliminar las barreras regulatorias a la entrada entre los servicios de video y telefonía, con lo cual se crearía una competencia duradera basada en la infraestructura.

### ABSTRACT

The OECD's proposed regime of asymmetric *ex ante* regulation for Mexico's telecommunications marketplace would reduce competition, contrary to the OECD's

\* *Palabras clave:* telecomunicaciones, poder monopólico, precio, OCDE, México. *Clasificación JEL:* D04, D42, D43. Artículo recibido el 9 de julio de 2012 [traducción del inglés de Karina Azanza y Brian McDougall].

\*\* Presidente, Criterion Economics, L.L.C., Washington, D.C.; profesor de Derecho y Economía de la Cátedra Ronald Coase, Centro de Derecho y Economía Tilburg (TILEC), Universidad de Tilburg, Países Bajos (correo electrónico: jgsidak@criterioneconomics.com). Este informe se preparó a solicitud de América Móvil. Sin embargo, las ideas que aquí se expresan reflejan únicamente mi punto de vista personal. Copyright 2012 por J. Gregory Sidak. Todos los derechos reservados.

aims. The OECD's proposals would harm Mexican consumers and force an increase in prices paid for telecommunications services. They would create a government-sanctioned price cartel among the telecommunications providers. They would reward inefficient competitors and penalize efficient carriers, all to the detriment of the consumers. Instead of relying on new layers of counterproductive or ineffective regulations, the Mexican government should remove regulatory entry barriers between video and telephone, thereby creating enduring, facilities-based competition.

## INTRODUCCIÓN

La Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) contrató a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para preparar un estudio de la regulación en el sector de las telecomunicaciones en México.<sup>1</sup> En el estudio, publicado en enero de 2012, la OCDE afirma que hay una falta de competencia en los mercados de las telecomunicaciones en México, para detrimento de los consumidores mexicanos.<sup>2</sup> Con base en ese hallazgo, la OCDE concluye que los consumidores se beneficiarían de una mayor regulación en el sector de las telecomunicaciones en México.<sup>3</sup>

Por consiguiente, la OCDE propone nuevos tipos de facultades regulatorias que desmantelarían las instituciones regulatorias y jurídicas que actualmente existen en México. La regulación propuesta les ocasionaría un daño significativo a los consumidores, convertiría los mercados competitivos en cárteles sancionados por el gobierno y desviaría las eficiencias de los consumidores hacia las cuentas bancarias de competidores menos eficientes. Lejos de mejorar el estado del sector de las telecomunicaciones en México, las recetas de políticas de la OCDE reducirían la competencia, retrasarían la innovación y perjudicarían a los consumidores.

Las duras críticas que hace la OCDE del sistema jurídico y de gobierno de México son igualmente infundadas y demuestran un claro sesgo tendiente a la regulación por sobre la competencia. La OCDE critica la figura del amparo en México y el hecho de que tanto Telmex como Telcel se hayan acogido a dicho recurso respecto de varias decisiones de la Cofetel, a pesar de que,

<sup>1</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, estudio de la OCDE acerca de políticas y regulación de telecomunicaciones en México, enero de 2012 [en lo sucesivo, estudio de la OCDE]. La OCDE señala que este estudio se preparó "a solicitud de la Comisión Federal de Telecomunicaciones". *Ibid*, prólogo, p. 3 [las páginas de las referencias del estudio de la OCDE se refieren a la versión en español].

<sup>2</sup> *Ibid*, p. 11.

<sup>3</sup> *Ibid*, pp. 124-126.

como reconoce el propio estudio de la OCDE, más a menudo que no, los tribunales determinaron que Telmex y Telcel estaban en lo correcto y que la Cofetel efectivamente había actuado de manera ilegal. No obstante, la OCDE insta a que se le conceda autoridad absoluta e irrefutable a la Cofetel —la organización que solicitó el estudio de la OCDE— sobre el sector de las telecomunicaciones, con lo cual se subrogaría el papel de la SCT, la Cofeco y los tribunales mexicanos.

En la sección I del presente artículo analizo las recomendaciones específicas regulatorias y de políticas de la OCDE. Demuestro por qué, incluso si suponemos (en oposición a los hechos)<sup>4</sup> que existe una falla del mercado en el mercado de las telecomunicaciones en México, las propuestas de la OCDE no mejorarían la situación. Las propuestas son políticas recalentadas que no han logrado resultados competitivos en otros países; el resultado no sería distinto en México. Las propuestas perjudicarían a los consumidores mexicanos e impondrían un aumento en los precios que se pagan por los servicios de telecomunicaciones.

En la sección II explico por qué la solución que propone la OCDE de dismantelar los sistemas jurídicos y regulatorios mexicanos sería generosamente amplia. La denuncia que la OCDE hace de los amparos carece de fundamentos jurídicos o económicos sólidos. Asimismo, no hay motivos creíbles para suponer que el requisito de que los tribunales, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) y la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) muestren deferencia hacia la Cofetel solucionaría los supuestos problemas del sector de las telecomunicaciones en México.

## I. LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE DE APLICAR REGULACIÓN ASIMÉTRICA EX ANTE PERJUDICARÍAN A LOS CONSUMIDORES

El estudio de la OCDE repasa las sugerencias idealizadas que recopila las peores ideas que los reguladores jamás hayan concebido en los países de la OCDE, con todo y su sesgo hacia Europa. La OCDE parece suspender toda incredulidad y conjeturar que todas esas reglas han beneficiado a los consumidores y han alcanzado el objetivo que pretendían los reguladores, sin acarrear conse-

<sup>4</sup> Jerry Hausman y Agustín Ros hallaron empíricamente que si se emplean métodos econométricos fiables, los datos indican que no existe una falla del mercado en México. Antes bien, en México los precios son considerablemente más bajos de lo esperado, según las tarifas de países comparables. Jerry A. Hausman y Agustín Ros, artículo publicado en este número de EL TRIMESTRE ECONÓMICO.

cuencias adversas imprevistas. Querer no es poder. El tema recurrente de la OCDE es la necesidad de contar con regulación *ex ante* —las ruedas de apoyo del mercado— y regulación asimétrica de las empresas dominantes. Las soluciones específicas que la OCDE propone para México no aumentarían la competencia ni la inversión; por lo contrario, perjudicarían a los consumidores y a los competidores eficientes que no han violado ninguna ley.

### 1. *La OCDE no entiende la competencia ni el poder de mercado*

La OCDE sugiere a México políticas con base en un entendimiento incorrecto de la competencia. Parece medir la competencia según el número de competidores que hay en un mercado o dependiendo de qué tan equitativa sea la participación de mercado entre los competidores. Además, propone como instrumento para medir el poder de mercado el marco del peso significativo en el mercado (PSM), lo cual está sesgado hacia el hallazgo de un predominio —incluso en donde no lo hay— y la perpetuación de la aparente necesidad de regulación. Si la SCT y la Cofetel adoptasen el entendimiento de la OCDE respecto a la competencia, subordinarían el bienestar de los consumidores al de los competidores.

a) *¿Busca la OCDE fomentar la competencia o apoyar a los competidores?* En repetidas ocasiones la OCDE propugna como objetivo de los reguladores mejorar la competencia en el sector de las telecomunicaciones en México, empero no aporta ninguna definición clara de en qué consiste dicha competencia. ¿Acaso la OCDE define la competencia como el aseguramiento de que exista un cierto número de competidores en el mercado o una participación de mercado mínima para cada competidor? En dado caso, se entiende que las políticas que postula la OCDE no están encaminadas a mejorar el bienestar del consumidor. Por lo contrario, únicamente buscarían reducir la participación de mercado de Telmex y Telcel y beneficiar a su competencia, independientemente del efecto que esto tenga en los consumidores.

Al parecer, la OCDE cree que la manera correcta de medir la competencia es contar el número de empresas que hay en un mercado o calcular la disimilitud para con una igualdad estilizada en la distribución de las participaciones de mercado. Por ejemplo, la OCDE mezcla una “falta de competencia efectiva” y una “alta concentración del mercado”.<sup>5</sup> La OCDE se queja de

<sup>5</sup> Estudio de la OCDE, p. 19.

que la política de competencia de México no persigue metas suficientes: “Ninguna disposición se refiere a la competencia leal en esta ley; tampoco se habla de proteger los intereses de las pequeñas empresas ni de restringir la concentración de negocios”.<sup>6</sup> En repetidas ocasiones, la OCDE da a entender que los reguladores pueden hacer que un mercado sea más competitivo al obligar a las empresas exitosas a compartir el uso de sus activos con sus competidores a precios regulados.<sup>7</sup>

Estas reflexiones de la OCDE acerca de la naturaleza de la competencia son equívocos derivados de la ignorancia. La competencia no aumenta indefinidamente con el número de competidores presentes en un mercado. La construcción de las redes de telecomunicaciones requiere cuantiosas inversiones fijas y a fondo perdido; naturalmente, el número de empresas que generan un mercado de telecomunicaciones efectivamente competitivo será menor que en aquellas industrias que no requieren inversiones fijas y a fondo perdido de la misma magnitud. La competencia vigorosa en cualquier industria trae consigo la salida del mercado de los productores menos eficientes. Las empresas de telecomunicaciones no deberían estar sometidas a un mayor escrutinio antimonopólico simplemente porque hay menos empresas que participan en el proceso de competencia que caracteriza a la competencia efectiva.

Más aún, lo que fomenta el bienestar del consumidor no es el bienestar de los competidores, sino el proceso de competitividad en sí. Richard Posner, juez séptimo de circuito del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, una de las autoridades más respetadas del mundo en materia de legislación y regulación sobre competencia, explica:

[A] pesar de que hay un sentido en el que la exclusión de cualquier competidor reduce la competencia, no es [ese] sentido de la competencia lo que importa en la legislación antimonopólica. La política de competencia está elaborada para beneficiar en último término al consumidor y no a los competidores en lo individual, y el consumidor no tiene ningún interés en la conservación de un número fijo de competidores más allá del número requerido para garantizar su capacidad de comprar a un precio competitivo.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 88.

<sup>7</sup> *Ibid*, pp. 15, 124.

<sup>8</sup> *Marrrese v. Am. Academy of Orthopedic Surgeons*, 706 F.2d 1488, 1497 (7o. Tribunal de Circuito, 1983) [en la que se hace mención de *University Life Ins. Co. of Am. v. Unimarc Ltd.*, 699 F.2d 846, 853 (7o. Tribunal de Circuito, 1983) (J. Posner)].

El bienestar del consumidor no proviene de la presencia de un cierto número de empresas en un mercado dado, sino más bien de inversiones sólidas, innovación y competencia de precios entre las empresas que existen en el mercado de que se trate. Por ende, que un regulador considere que las acciones de una empresa son “anticompetitivas” no debería depender únicamente de si dichas acciones afectan o no a los demás competidores. Por definición, la competencia afecta a los competidores, pero beneficia a los consumidores.

En pocas palabras, la naturaleza de una acción anticompetitiva en el sentido económico de la palabra no se debe a que afecte a un competidor específico del mercado, ni siquiera que reduzca el número de competidores que hay en un mercado. Antes bien, para ser anticompetitiva, una acción debe afectar el proceso competitivo —que es el proceso mediante el cual los consumidores se benefician de una mayor inversión, innovación y competencia de precios.

b) *El marco del peso significativo en el mercado está sesgado hacia la perpetuación de la regulación.* El marco del peso significativo en el mercado (PSM) es práctica común, como afirma la OCDE,<sup>9</sup> pero no es una “mejor práctica” como objeto de un análisis económico sólido. El marco del PSM se instrumenta al definir los mercados pertinentes, analizar los mercados definidos y, posteriormente, identificar a las empresas que tienen un peso significativo en el mercado.<sup>10</sup> Normalmente, la Comisión Europea considera que una participación de mercado de más de 50% indica una posición dominante,<sup>11</sup> que a su vez justifica la imposición de regulación asimétrica *ex ante* a la empresa que ha sido declarada como dominante. La aplicación del marco del PSM perpetuaría la regulación en casos en los que no hace falta.

En primer lugar, el enfoque del PSM para definir los mercados pertinentes es erróneo. Los lineamientos de la Comisión sobre el PSM concluyen, sin ningún análisis de por medio, que “los servicios de telefonía celular y fija *constituyen mercados separados*”.<sup>12</sup> La Comisión opta por descartar la característica clave que cualquier análisis de mercado correcto abordaría desde el inicio: la existencia de sustitución en el consumo para el servicio en cuestión. Si la Co-

<sup>9</sup> Véase, estudio de la OCDE, p. 68.

<sup>10</sup> Según la Comisión Europea, el marco del PSM está pensado para “designar, tras el análisis de mercado, las empresas con PSM en el mercado pertinente e imponer medidas *ex ante* proporcionadas[...]”, Comisión Europea, “Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas”, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 2002 (C 165) pp. 6, 7-9 (en lo sucesivo, Directrices de la CE sobre el PSM).

<sup>11</sup> *Ibid*, pp. 15-75.

<sup>12</sup> *Ibid*, pp. 14-66 (sin cursivas en el original).

feco evaluara el poder de mercado de Telmex sin tomar en cuenta a los consumidores que podrían cambiar de la telefonía fija a la celular, es casi seguro que identificaría a Telmex como poseedor de un peso significativo en el mercado. Al definir incorrectamente mercados demasiado estrechos, el marco del PSM manipularía la determinación de si la regulación es o no necesaria.

En segundo lugar, incluso si suponemos que el regulador ha definido correctamente el mercado pertinente, el marco del PSM da por sentado implícitamente, sin ningún tipo de prueba factual, que cualquier empresa que tenga una participación de mercado de más de 50% puede explotar su supuesta posición dominante para aumentar los precios de manera lucrativa o para exhibir algún otro tipo de comportamiento anticompetitivo. Ni el método del PSM ni la OCDE reconocen que alta concentración no implican precios supracompetitivos. En efecto, Jerry Hausman y Gregory Sidak no hallaron ningún vínculo entre la concentración del mercado y los precios en los mercados de telefonía celular europeos.<sup>13</sup>

En tercer lugar, la OCDE condena la “casi ubicuidad” de las redes de telefonía fija y celular de América Móvil porque supuestamente ocasiona “dependencia” entre los competidores.<sup>14</sup> La perversa insinuación de la OCDE es que la construcción de una red expansiva de alguna manera ocasiona una falla del mercado y la necesidad de una intervención regulatoria.

Al propugnar por el marco del PSM, la OCDE recomienda que México utilice un instrumento de evaluación de mercados que garantizaría un hallazgo en el sentido de que el regulador debe intervenir. Este resultado no es ninguna sorpresa, ya que los reguladores necesitan algo que hacer. Por consiguiente, ven el PSM en todas partes e intentan imponer regulación asimétrica a fin de perpetuar la necesidad de que las empresas más grandes busquen obtener permisos para todas sus decisiones estratégicas.

## *2. La crítica de la OCDE acerca de las negociaciones voluntarias carece de fundamento*

Actualmente, los operadores de telefonía fija y celular en México negocian las tarifas de los servicios de acceso ante un tribunal de primera instancia.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Jerry A. Hausman y J. Gregory Sidak, “Evaluating Market Power Using Competitive Benchmark Prices Instead of the Herfindahl-Hirschman Index”, 74 *Antitrust Law Journal*, 2007, pp. 387, 402-403.

<sup>14</sup> Estudio de la OCDE, p. 78.

<sup>15</sup> *Ibid*, p. 58, recuadro 2.3 (que contiene una lista de reglas de acceso comunes en los países de la OCDE y que no existen en México).

Si las partes no logran llegar a un acuerdo, la Cofetel decide la tarifa. Las partes pueden apelar la decisión de la Cofetel.<sup>16</sup> En el estudio de la OCDE, una justificación recurrente que se ofrece en relación con la regulación del acceso *ex ante* es que las negociaciones bilaterales no son eficientes.<sup>17</sup> Por ejemplo, la OCDE apoya la regulación asimétrica de las tarifas de terminación de Telcel como una política que “les quita[...] a los operadores el derecho y la obligación de negociar las tarifas bilateralmente”.<sup>18</sup> La OCDE promueve la desagregación (*unbundling*) obligatoria con base en el razonamiento de que “evita la necesidad de realizar negociaciones bilaterales entre el incumbente y los operadores”.<sup>19</sup> ¿Y qué? Lo mismo podría decirse de cualquier transacción de mercado. Si los reguladores dictasen los precios, términos y condiciones de todas las transacciones, los compradores y vendedores podrían prescindir de las negociaciones bilaterales. Sin embargo, ¿acaso esto significa que la regulación es preferible a las negociaciones bilaterales?

La OCDE no responde a esta pregunta. No aporta ninguna evidencia empírica de una falla del mercado ocasionada por las negociaciones bilaterales. En cambio, para sustentar su conjetura de que las negociaciones bilaterales llevan a tarifas más altas, la OCDE simplemente cita dos trabajos teóricos (de Jean-Jacques Laffont y Jean Tirole<sup>20</sup> y de Joan Calzada y Tommaso Valetti<sup>21</sup>) y un artículo empírico irrelevante (de Christos Genakos y Valetti<sup>22</sup>).<sup>23</sup> No obstante, por sí solos, los argumentos teóricos no pueden demostrar la conjetura. Obviamente, dado que escribieron su artículo en 2000, Laffont y Tirole no tenían manera de saber cuáles serían las condiciones en 2012. A pesar de que el artículo de Genakos y Valetti es empírico, mide el llamado “efecto cama de agua” —la manera en que la regulación de las tarifas de terminación de telefonía celular aumenta los precios de menudeo—, no si las negociaciones bilaterales ocasionan tarifas más altas.<sup>24</sup> Lo contrario de

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 72-73.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 72 (“La preferencia histórica [...] por las negociaciones bilaterales entre las partes no es productiva [...]. También se ha demostrado que es muy ineficiente en función del desempeño económico”).

<sup>18</sup> *Ibid.* (sin cursivas en el original), p. 88

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>20</sup> Jean-Jacques Laffont y Jean Tirole, *Competition in Telecommunications*, MIT Press, 2000.

<sup>21</sup> Joan Calzada y Tommaso M. Valetti, “Network Competition and Entry Deterrence”, 118 *The Economic Journal*, 2008, p. 1223.

<sup>22</sup> Christos Genakos y Tommaso Valletti, *Testing the “Waterbed” Effect in Mobile Telephony*, Artículo de Discusión del CEP núm. 827, octubre de 2007.

<sup>23</sup> Estudio de la OCDE, p. 82.

<sup>24</sup> Genakos y Valletti, *op. cit.* La única vez que se mencionan las negociaciones bilaterales y los cargos

la conjetura de la OCDE, los principios fundamentales de la economía crean una fuerte presunción de que el intercambio voluntario efectivamente lleva a resultados eficientes.<sup>25</sup> Es menos probable que cualquier ineficiencia que exista en el actual sistema de regulación de la interconexión en México se deba al uso de la negociación bilateral y es más probable que se deba a la dependencia de la Cofotel para la resolución de disputas acerca de las tarifas.

La OCDE argumenta que el “sistema actual para intervenir caso por caso es oneroso y da poca certeza en cuanto a la regulación”.<sup>26</sup> La “certeza regulatoria” que vislumbra la OCDE debe entenderse debidamente: es la certeza de que la regulación habrá de manipular los resultados de la competencia estratégica y la interacción en el mercado. Lo que es todavía más importante es que la certeza regulatoria que vislumbra la OCDE es la certeza de que la regulación amenazaré con confiscar las utilidades de las empresas derivadas de sus inversiones a fondo perdido legítimas (cuasirrentas). Si un nuevo precio tope fijado por la Cofotel reduce los rendimientos legítimos de la inversión de los operadores *ex post*, entonces las inversiones originales de los operadores no tendrán los valores positivos esperados *ex ante*. Esta forma de certeza regulatoria —que el éxito puede ser penalizado— crearía un factor de riesgo agregado, lo cual truncaría el valor esperado de las inversiones y, por ende, reduciría los incentivos a la inversión de los operadores.<sup>27</sup> Incluso si el regulador no pretende confiscar las cuasirrentas, podría hacerlo al intentar eliminar las rentas monopólicas de una empresa mediante la disminución de los precios de la empresa, ya que para los reguladores puede ser difícil distinguir entre una cuasirrenta y una renta económica. Al permitir las negociaciones bilaterales y voluntarias entre los operadores se elimina esta incertidumbre, porque las partes negociadoras pueden distinguir precisamente sus propias cuasirrentas de sus rentas económicas y pedir precios que les permitan recuperar los costos a fondo perdido. Esta forma

por acceso es: “La abundante bibliografía *teórica* ha demostrado que, independientemente de la intensidad de la competencia por los clientes de telefonía celular, los operadores de telefonía celular tienen un incentivo para fijar los cargos que habrán de extraer el mayor superávit posible de los usuarios de telefonía fija”, p. 25 (sin cursivas en el original).

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, Robert S. Pindyck y Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics* 584, 6a. edición, Pearson Education, Inc., 2005.

<sup>26</sup> Estudio de la OCDE, p. 83.

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, Jean-Jacques Laffont y Jean Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation* 54, MIT Press, 1993 (“en ausencia de un contrato a largo plazo, la empresa regulada podría abstenerse de invertir por miedo a que una vez que la inversión se haya realizado, el regulador pagará únicamente el costo variable y no permitiría que la empresa recupere su costo a fondo perdido”).

de certeza regulatoria fomenta la inversión entre los incumbentes y los entrantes por igual. La OCDE se equivoca al presuponer que los reguladores son más hábiles que los participantes del mercado para fijar precios que logren dichas metas.

A modo de ejemplo de la vida real, la solución que propugna la OCDE imita el régimen creado al auspicio de la Ley de Telecomunicaciones de los Estados Unidos de 1996, que resultó ser costoso y en último término ineficaz.<sup>28</sup> Los entrantes negociaban con los incumbentes las tarifas de interconexión y ventilaban sus disputas ante las comisiones de servicios públicos (CSP) si no lograban llegar a un acuerdo respecto a las tarifas. La fórmula del costo incremental total a largo plazo (CITLP) de la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos (CFC) y las CSP para las tarifas de interconexión destruyó cualquier posibilidad de llegar a negociaciones de precios provechosas. En el otoño de 1996 se entablaron cientos de procesos de arbitraje. Muchas CSP estatales no esperaron a que las negociaciones fracasaran, sino que inmediatamente iniciaron el proceso para determinar las tarifas CITLP. Las CSP estatales, que constaban de delegados políticos que estaban más interesados en los recortes de precios a corto plazo para beneplácito del electorado que en financiar el despliegue de nuevas redes (cuyos beneficios podrían no gozar del reconocimiento público sino hasta dentro de algunos años), adoptaron casi unánimemente los supuestos económicos del modelo de costos que el entrante propuso y rechazaron los modelos de costos y los supuestos económicos que proyectó el incumbente. Esto derivó en tarifas artificialmente bajas que redujeron los incentivos a la construcción de redes e infraestructura propias entre competidores e incumbentes por igual.

### *3. La regulación asimétrica ex ante fomentaría la cartelización gubernamental de los oligopolios factiblemente competitivos*

En el sector de las telecomunicaciones por lo general la regulación asimétrica implica la regulación de las tarifas de interconexión de los operadores dominantes y de los precios de menudeo con base en modelos de costos hipotéticos. Por consiguiente, la regulación asimétrica efectivamente subsidia a los competidores, a costa de la empresa que ha sido declarada como dominante. Por ejemplo, la regulación asimétrica de las tarifas de termina-

<sup>28</sup> Ley de Telecomunicaciones de 1996, Ley Pública núm. 104-104, 110 estatuto 56 (1996).

ción de telefonía celular de Telcel subsidiaría a los operadores de telefonía celular contra los que compite Telcel cada vez que un suscriptor de Telcel haga una llamada a una red de la competencia. El subsidio se daría debido a que el operador de la competencia le podría cobrar a Telcel un cargo por terminación de telefonía celular más alto que el que Telcel le puede cobrar al operador de la competencia. En su estudio, la OCDE apoya destacadamente la regulación asimétrica de Telmex y Telcel y recomienda que “La Cofetel debe recibir atribuciones para realizar análisis de los mercados, declarar que uno o más participantes tienen peso significativo en el mercado e imponer los remedios adecuados, incluida regulación asimétrica”.<sup>29</sup>

Sin embargo, la OCDE no explica de qué manera la regulación asimétrica *ex ante* fomentaría la competencia y beneficiaría a los consumidores. Es más probable que la propensión de la OCDE a recomendar la regulación asimétrica *ex ante* lleve a la cartelización gubernamental de los mercados de las telecomunicaciones en México, lo que reduciría la competencia y perjudicaría a los consumidores.

La regulación asimétrica de las tarifas de interconexión aumenta de manera artificial los costos del operador dominante, lo cual obliga a éste a cobrarles a sus suscriptores precios de menudeo más altos. Por ende, la regulación asimétrica crea un paraguas de precios que alivia la presión de los competidores para bajar sus propios precios de suscripción (o por competir en términos de calidad). El razonamiento en favor de la regulación asimétrica *ex ante* trae consigo la suposición utópica de que los operadores competidores cambiarían sus estrategias de competencia una vez que los operadores dominantes se hayan sometido a dicha regulación y que los operadores competidores hayan recibido los beneficios. Pero, ¿por qué habrían de hacer eso los operadores competidores? La regulación asimétrica de las tarifas de interconexión no les da el incentivo de ser competidores activos, sino el incentivo de fijar precios justo por debajo del paraguas de precios de menudeo creado por la imposición de la Cofetel de mayores costos de interconexión a Telmex o Telcel. Esto se debe a que, si los demás operadores efectivamente fueran competidores más activos en respuesta a la regulación asimétrica de los operadores dominantes, impulsarían a la baja las participaciones de mercado de Telmex y Telcel y, a la postre, las desbancarían como empresas “dominantes” en relación con las cuales la Cofetel podría

<sup>29</sup> Estudio de la OCDE, p. 139.

racionalizar su imposición de la regulación asimétrica. En pocas palabras, al convertirse en competidores activos perderían su subsidio. Este resultado iría contra los intereses económicos de los operadores competidores pero no dominantes. Por tanto, los competidores seguramente se preguntarían si tener una participación más reducida en un mercado de precios más altos cartelizado por la regulación gubernamental es preferible a tener una participación mayor en un mercado en el que la competencia por los precios y la calidad han llevado a 0 sus ganancias anormales.

La OCDE parece no entender que los competidores adoptan estrategias para maximizar las ganancias, no la participación de mercado. John Hicks, ganador del Premio Nobel de Economía, escribió la siguiente frase célebre: “El mejor de todos los beneficios de un monopolio es una vida tranquila”.<sup>30</sup> Lo mismo podría decirse —aunque con mayor hincapié— de las ganancias que los operadores competidores podrían cosechar satisfactoriamente como participantes de un cártel impuesto por el gobierno que se derivaría de las recomendaciones de políticas de la OCDE.

Cabe destacar que por lo general la regulación asimétrica no crea ninguna obligación jurídica para que los competidores les traspasen parte de sus ingresos inesperados a los consumidores. En otras palabras, los competidores podrían (y muy probablemente así lo harían) optar por no competir contra Telmex y Telcel en términos de precios, mantener sus estrategias de negocios actuales y, por lo contrario, traspasarles estas ganancias incrementales otorgadas por la Cofetel a sus accionistas, a manera de dividendos. De manera similar, los operadores competidores podrían optar libremente por no invertir sus ganancias incrementales en la expansión de sus redes o en eficientarlas. Dicho de otra manera, aunque existan motivos para creer que las tarifas de terminación asimétricas afectarían a Telmex y Telcel y sus clientes actuales —y beneficiarían a los operadores competidores—, no hay razón para suponer que generaría beneficio alguno para los consumidores mexicanos.

Telefónica es el principal rival de América Móvil en México. Sin duda, Telefónica no necesita recibir un subsidio de los accionistas de América Móvil para convertirse en un competidor más fuerte en México. Telefónica goza de las mismas ventajas de las economías de escala en la compra de equipo, espectro, estaciones base, publicidad y adquisición de clientes con

<sup>30</sup> John R. Hicks, “Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly”, 3 *Econometrica*, 1935, pp. 1, 8.

las que cuenta América Móvil. Incluso si la OCDE sinceramente creyera que recibir subsidios sería benéfico para los consumidores mexicanos y otros competidores, ¿por qué la lógica es que la fuente de financiación de dicho subsidio han de ser los accionistas de América Móvil? Característicamente, la financiación de un bien público proviene del erario público, no de la confiscación de la propiedad privada. Y desde luego, el artículo 27 de la Constitución Mexicana estipula que la expropiación de la propiedad privada debe ser compensada.<sup>31</sup> Después de que Telcel compitió exitosamente en términos de precio y calidad para alcanzar su posición actual, sería absurdo que el gobierno mexicano le pidiera que subsidie a sus competidores en la creencia de que al hacerlo el mercado se tornará “más competitivo”. Y en el caso de Telmex, todos los beneficios de la incumbencia se habrían visto reflejados en el precio que el gobierno mexicano recibió de los inversionistas cuando privatizó la empresa.

En México, tanto el mercado de líneas fijas como el de celulares son oligopolios. Estos oligopolios han sido factiblemente competitivos durante el pasado decenio. Telcel ha sido el líder en la reducción de precios y el aumento de la calidad a manera de una mayor cobertura. Intencionalmente o por casualidad, los operadores competidores han cobrado precios mayores y se han rehusado a invertir en redes más extensas. El gran peligro que supone la propuesta de la OCDE de aplicar regulación asimétrica en las tarifas de terminación es que, por sí mismo, el gobierno mexicano podría restringir la capacidad de Telcel de bajar sus precios. Esta restricción regulatoria convertiría un oligopolio competitivo factible en un cártel impuesto por el Estado. Los reguladores de las telecomunicaciones y las autoridades en materia de competencia de todo el mundo se preguntarían, con justa razón: “¿por qué habría de desear este resultado la Cofetel?”

#### 4. *La OCDE recomienda reglas específicas que probadamente perjudican a los consumidores y desperdician recursos*

Yo critico varias reformas específicas que la OCDE defiende en su estudio. La regulación asimétrica *ex ante* del acceso incluye el obligar a Telmex a desagregar sus elementos de red y dar acceso mayorista a la banda ancha, así como la imposición de precios tope a las tarifas de terminación de te-

<sup>31</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27 (en lo sucesivo, Constitución Mexicana).

lefonía celular de Telcel. Las demás propuestas regulatorias se centran de manera similar en Telmex y Telcel: imposición de topes de espectro a Telcel, condicionamiento de la entrada de Telmex en la TV de paga al cumplimiento de Telmex (y Telcel) de otras reglas asimétricas, y otorgamiento a la Cofetel de la autoridad para imponer multas más altas y decretar la separación funcional y estructural de Telmex y Telcel. Estas propuestas de reforma son innecesarias para lograr la competencia en México y su instrumentación no haría más que obstaculizar la competencia y perjudicar a los consumidores.

a) *La desagregación obligatoria de infraestructura esencial a precios regulados*. La OCDE considera improductiva la intervención caso por caso que sigue actualmente la Cofetel en relación con las negociaciones de acceso entre los operadores. Le atribuye la supuesta falta de competencia en el mercado de líneas fijas a la ausencia de regulación de interconexión *ex ante*.<sup>32</sup> Evidentemente, la OCDE prefiere la regulación que tendría mayores elementos de planeación central. La OCDE recomienda que la Cofetel tenga la facultad de “declarar cuellos de botella e infraestructuras esenciales”, así como “establecer condiciones no discriminatorias de acceso a esta infraestructura”.<sup>33</sup> Específicamente, “el acceso a las infraestructuras esenciales debe incluir la desagregación del bucle local de la red del incumbente, así como la coubicación [...] a precios basados en costos”.<sup>34</sup> La OCDE recomienda que la Cofetel fije las tarifas de interconexión *ex ante* mediante un modelo basado en costos, tal como el modelo de costos incrementales a largo plazo (CILP).<sup>35</sup> Para ayudar a instrumentar esta política la Cofetel debería, según la OCDE, exigirle a Telmex que publique sus términos y condiciones de interconexión —de la misma manera en que varios reguladores de la UE requieren que los operadores dominantes publiquen sus ofertas de interconexión de referencia (OIR)—.<sup>36</sup> Al regular los términos y condiciones de interconexión *ex ante*, la Cofetel supuestamente “garantizar[ía] que se apliquen tarifas de interconexión no discriminatorias”.<sup>37</sup> Por consiguiente, la OCDE propone que el gobierno mexicano adopte un régimen de desagregación obligatoria de

<sup>32</sup> Estudio de la OCDE, pp. 72-73.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 74. La recomendación formal de la OCDE es la siguiente: “La Cofetel debe estar autorizada para regular las tarifas de interconexión *ex ante* para fomentar la competencia entre los operadores y facilitar el desarrollo y el crecimiento del sector”, *Ibid.*, p. 138.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>37</sup> *Ibid.*

los elementos de red a tarifas reguladas. Sin embargo, no existe evidencia de que esta política beneficiaría a los consumidores mexicanos —y no hay nada en el estudio de la OCDE que condicione esta intervención regulatoria a que el regulador demuestre que el acceso forzado aumentaría el excedente del consumidor.<sup>38</sup>

A pesar de la experiencia de la desagregación obligatoria en otros lugares, la compartición forzosa es innecesaria para el despliegue de redes en zonas “vírgenes”. Telefónica es tan capaz como Telmex de construir infraestructura en colonias nuevas. Estas áreas son legítimamente disputables. En las colonias más antiguas, el servicio inalámbrico podría ser más rentable para cualquier competidor que desee entrar al mercado.

Además, juristas y académicos respetables han analizado el efecto real de la compartición forzosa de las inversiones tanto de los incumbentes como de los entrantes.<sup>39</sup> En un dictamen independiente acerca del caso *AT&T Corporation v. Iowa Utilities Board*, el juez Stephen Breyer explicó la importancia de los incentivos a la inversión en innovación: “Y tampoco se puede garantizar que las empresas habrán de hacer la inversión necesaria para producir innovaciones tecnológicas complejas a sabiendas de que cualquier ventaja competitiva que se derive de dichas innovaciones se disipará debido al requisito de la compartición”.<sup>40</sup> No es lógico que un incumbente haga mayores inversiones si los entrantes pueden comprar el usufructo de la red del incumbente a precios de mayoreo (menos los costos que se evitan) más bajos que los precios de menudeo, como sucede en un esquema de desagregación obligatoria.<sup>41</sup> De hecho, Hazlett observó que los gastos de capital en la infraestructura de conmutación local de los Estados Unidos erogados por las operadoras regionales incumbentes de Bell (EORIB,) aumentaron de

<sup>38</sup> La propuesta de que la desagregación obligatoria esté condicionada a la evidencia de que el excedente del consumidor aumentaría dicha regulación se originó en Jerry A. Hausman y J. Gregory Sidak, “A Consumer-Welfare Approach to Mandatory Unbundling of Telecommunications Networks”, 109 *Yale Law Journal*, 1999, p. 417. Véase también Dennis L. Weisman, “A ‘Principled’ Approach to the Design of Telecommunications Policy”, 6 *Journal of Competition, Law and Economics*, 2010, p. 927.

<sup>39</sup> Véase, por ejemplo, Jerry A. Hausman y J. Gregory Sidak, “Did Mandatory Unbundling Achieve Its Purpose? Empirical Evidence from Five Countries”, 1 *Journal of Competition, Law and Economics*, 2005, p. 173; Marc Bourreau, Pinar Doan y Matthieu Manant, “A Critical Review of the ‘Ladder Investment’ Approach”, 34 *Telecommunications Policy*, 2010, p. 683; Rainer Nitsche y Lars Wiethaus, “Access Regulation and Investment in Next Generation Networks—A Ranking of Regulatory Regimes”, 29 *International Journal of Industrial Organization*, 2011, p. 263.

<sup>40</sup> 525 U.S. 366, 429 (1999) (Breyer, concuerda y discrepa en parte).

<sup>41</sup> Robert W. Crandall, *Competition and Chaos: U.S. Telecommunications since the 1996 Telecom Act 69-70*, Brookings Institution Press, 2004.

aproximadamente 22 mil millones de dólares en 1996 a 38 mil millones en 2000, cuando terminaron los programas de gastos de capital que habían comenzado antes de la aprobación de la Ley de Telecomunicaciones de 1996, pero posteriormente disminuyeron a 17 mil millones en 2003.<sup>42</sup> Grajek y Röller hallaron resultados en los estados de la UE que coinciden con lo sucedido en los Estados Unidos. Encontraron que la introducción de la regulación al acceso de 1997 a 2002 en la Unión Europea redujo la inversión en infraestructura de los incumbentes en aproximadamente 1.1 mil millones de euros de 1997 a 2006.<sup>43</sup> Por tanto, no es ninguna sorpresa que “cuando la Cofetel publicó nuevas regulaciones de interconexión que exigían a todos los operadores permitir el acceso a terceros, Telmex respondió con el recorte de una tercera parte de las inversiones planeadas para 2009”.<sup>44</sup> La reacción de Telmex de recortar la inversión es una respuesta racional para proteger a sus accionistas; respuesta totalmente congruente con la experiencia regulatoria que se vivió en los Estados Unidos.

Según la OCDE, la desagregación obligatoria fomentaría la entrada al mercado de líneas fijas y la inversión en éste: “la entrada [de competidores] basada en infraestructura puede ser una estrategia legítima de acceso de nuevos participantes. Además, facilitar la reventa puede aumentar el valor, y con él los incentivos para invertir en infraestructura nueva”.<sup>45</sup> La OCDE no aporta evidencia teórica ni empírica que sustente esta conjetura. La evidencia empírica indica que los entrantes hacen una inversión *reducida* en nuevas redes una vez que los reguladores les ofrecen acceso barato a la infraestructura de los incumbentes. Hausman y Sidak evaluaron los efectos de la compartición forzosa en los Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá y Alemania.<sup>46</sup> Su análisis halló que los entrantes estadounidenses dependían cada vez más del arrendamiento del acceso a los elementos de red desagregados (ERD) de los incumbentes como su modo de entrada predilecto a principios del decenio 2000.<sup>47</sup> De diciembre de 1999 a diciembre de 2002 el porcentaje de líneas ERD de los entrantes en relación con el total de líneas entrantes aumentó de

<sup>42</sup> Thomas W. Hazlett, “Rivalrous Telecommunications Networks With and Without Mandatory Sharing”, 58 *Federal Communications Law Journal*, 2006, pp. 477, 492-93.

<sup>43</sup> Michal Grajek y Lars-Hendrik Röller, *Regulation and Investment in Network Industries: Evidence from European Telecoms* 16, European School of Management & Technology, Artículo de Trabajo, 2009.

<sup>44</sup> Estudio de la OCDE, p. 89.

<sup>45</sup> *Ibid*, p. 132.

<sup>46</sup> Hausman y Sidak, *op. cit.*, p. 195.

<sup>47</sup> *Ibid*, pp. 200-204.

23.9 a 70.5%.<sup>48</sup> En otro análisis de los datos de los Estados Unidos, Hazlett también concluyó que la pauta de la entrada ERD en los Estados Unidos sugirió que la competencia lograda por medio de la compartición forzosa y los controles a los precios de mayoreo no llevaron a la entrada basada en infraestructura, sino que el crecimiento acelerado en el uso de elementos de red desagregados se convirtió rápidamente en la manera de entrada dominante.<sup>49</sup> Estos resultados muestran que la desagregación obligatoria fracasa en la creación de competencia basada en infraestructura, por lo cual retrasa la innovación que proviene de este tipo de competencia. Investigaciones más recientes confirman este efecto en la inversión. Friederiszick, Grajek y Röller hallaron que en Europa la introducción de reglas de acceso corresponde a una reducción en la inversión de los entrantes durante un periodo de cinco años de aproximadamente 112% de la reserva de infraestructura de los entrantes.<sup>50</sup> Es decir, los entrantes “aumentarían su infraestructura a más del doble en un periodo de cinco años si no tuvieran acceso regulado a los bucles locales del incumbente”.<sup>51</sup>

Hazlett también halló que los gastos de capital en redes de telecomunicaciones alámbricas se redujeron drásticamente tanto para los incumbentes como para los entrantes. Estimó que la correlación simple entre las líneas ERD y las líneas basadas en infraestructura que no dependen del servicio de cable era de aproximadamente  $-1$ .<sup>52</sup> Esta correlación negativa indica que a medida que aumentó el uso de elementos de red desagregados, disminuyó la construcción de líneas competitivas basadas en infraestructura. En los Estados Unidos, el número de líneas basadas en instalaciones que no dependen del servicio de cable disminuyó de 4.1 millones a fines de 2000 a 3.2 millones para mediados de 2003.<sup>53</sup> De manera similar, Grajek y Röller hallaron una base empírica para la correspondencia entre la inversión en infraestructura tanto de los incumbentes como de los entrantes y la regulación del acceso.<sup>54</sup> Estimaron que la introducción de reglas de acceso caracte-

<sup>48</sup> *Ibid*, p. 200.

<sup>49</sup> Hazlett, *op. cit.*, p. 488.

<sup>50</sup> Hans Friederiszick, Michal Grajek y Lars-Hendrik Röller, *Analyzing the Relationship Between Regulation and Investment in the Telecom Sector* 32-33, ESMT, Libro Blanco núm. WP-108-01, 2008. Véase también Bourreau, Doan y Manant, *op. cit.*

<sup>51</sup> Friederiszick, Grajek y Röller, *op. cit.*, p. 33.

<sup>52</sup> Hazlett, *op. cit.*, p. 433.

<sup>53</sup> *Ibid*.

<sup>54</sup> Grajek y Röller, *op. cit.*, en la que concluyen que la regulación del acceso disminuye la inversión de los incumbentes y aumenta la inversión total de los entrantes, pero disminuye la inversión de cada

rísticas en la Unión Europea de 1997 a 2002 generó pérdidas de inversión en infraestructura por 16 400 millones de euros de 1997 a 2006.<sup>55</sup> Hazlett explicó que lo más probable es que las redes competitivas se desarrollen a partir no de la regulación que obliga a la apertura de plataformas de entrega existentes a varios operadores, sino de las políticas que nutren el desarrollo de infraestructura competidora en mercados adyacentes o de la adopción de otras tecnologías, como las redes de banda ancha y de comunicaciones inalámbricas.<sup>56</sup>

Desde la perspectiva del beneficio para los consumidores, la ausencia de desagregación y regulación de la interconexión *ex ante* en México debería verse como una ventaja —y no como una desventaja— del sector de las telecomunicaciones en México. Las políticas de desagregación asimétricas de los Estados Unidos y otros países constituyeron una falla de políticas que consumió miles de millones de dólares en costos de instrumentación y administración, lo cual desalentó la inversión en infraestructura entre incumbentes y entrantes por igual y que prácticamente no creó ningún tipo de competencia local significativa o duradera.<sup>57</sup> El gobierno mexicano tiene la oportunidad de sacarle la vuelta a esta misma desgracia regulatoria. Dado que la competencia local telefónica por los servicios de telefonía inalámbrica y de banda ancha de siguiente generación ya existen, la desagregación obligatoria es improcedente.

b) *El acceso mayorista y obligatorio a la banda ancha a precios regulados.* Sin dar ninguna explicación la OCDE afirma que es probable que el supuesto peso en el mercado de Telmex y Telcel en los mercados de telefonía fija y celular “[...] restrinja en buena medida la competencia de banda ancha fija y móvil”.<sup>58</sup> Por consiguiente, la OCDE recomienda imponer la obligación de la desagregación de los bucles locales para fomentar la oferta competitiva de banda ancha. Requeriría que se le exija a “Telmex que ofrezca acceso a la banda ancha mayorista, a los bucles locales desagregados o a ambos”.<sup>59</sup> Además, la OCDE considera que “La obligatoriedad de acceso a la banda ancha mayorista también puede aplicarse a la empresa dominante de telefonía

entrante en lo individual, lo cual indica que la regulación del acceso induce a los entrantes a enfrascarse en la competencia basada en el servicio y no en la competencia basada en infraestructura.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>56</sup> Hazlett, *op. cit.*, pp. 490-491.

<sup>57</sup> Véase J. Gregory Sidak, “The Failure of Good Intentions: The WorldCom Fraud and the Collapse of American Telecommunications After Deregulation”, 20 *Yale Journal on Regulation*, 2000, p. 207.

<sup>58</sup> Estudio de la OCDE, p. 82.

<sup>59</sup> *Ibid.*

celular exigiendo la provisión de acceso a los operadores de redes celulares virtuales.<sup>60</sup> Estas recomendaciones son un desatino. Seguramente, la compartición forzosa de la banda ancha no es lo que obstaculiza la consecución de una mayor difusión de banda ancha en México.

La aparentemente baja tasa de difusión parece ser primordialmente un problema de demanda. En 2010, aproximadamente 25% de los hogares mexicanos informaron tener una computadora.<sup>61</sup> En contraste, en 2009, aproximadamente, 81% de los hogares del Reino Unido contaban con una computadora.<sup>62</sup> Dado que las computadoras son un insumo necesario para utilizar el servicio de banda ancha, el acceso a las computadoras es decisivo para aumentar la difusión de banda ancha. Otro impedimento potencial para la difusión de banda ancha es la falta de aplicaciones atractivas en español o de contenido para los clientes residenciales mexicanos. La desagregación obligatoria no aumenta el acceso a las computadoras ni hace que el contenido de banda ancha sea más atractivo.

La investigación empírica demuestra que las políticas de acceso abierto, una vez que se controla por otros factores que influyen en la difusión de banda ancha, no contribuyen positivamente a la difusión de banda ancha de manera significativa y duradera.<sup>63</sup> Mediante un modelo de regresión li-

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Boletín Informativo, S.A.B. de C.V., Teléfonos de México (28 de abril de 2010) (disponible en [http://www.telmex.com/mx/corporativo/salaPrensa\\_ComPrensa2010\\_280410.236.html](http://www.telmex.com/mx/corporativo/salaPrensa_ComPrensa2010_280410.236.html)). Véase también OECD *Factbook* 2011-2012, Mexico, Computer and Internet Access by Household (disponible en [http://stats.oecd.org/BrandedView.aspx?oeed\\_bv\\_id=factbook-data-en&doi=data-00589-en](http://stats.oecd.org/BrandedView.aspx?oeed_bv_id=factbook-data-en&doi=data-00589-en)) (accesado en línea el 21 de marzo de 2012), en donde se registra que en 2009, el 26.8% de los hogares mexicanos contaban con una computadora.

<sup>62</sup> OECD *Factbook* 2011-2012, *op. cit.*, El dato del porcentaje de hogares que tienen una computadora en los Estados Unidos y Canadá no estaba disponible para 2009. En 2008, aproximadamente, 79.4% de los hogares canadienses informaron tener una computadora. *Ibid.*

<sup>63</sup> Véase, por ejemplo, George S. Ford, Thomas M. Koutsy y Lawrence W. Spiwak, "The Frontier of Broadband Adoption Across the OECD: A Comparison of Performance", 25 *International Economic Journal*, 2011, p. 111; Harold Ware y Christian M. Dippon, "Wholesale Unbundling and Intermodal Competition", 34 *Telecommunications Policy*, 2010, p. 54; Jan Bouckaert, Theon van Dijk y Frank Verboven, "Access Regulation, Competition, and Broadband Penetration: An International Study", 34 *Telecommunications Policy*, 2010, p. 661; Scott Wallsten y Stephanie Hausladen, "Net Neutrality, Unbundling, and Their Effects on International Investment in Next-Generation Networks", 8 *Review of Network Economics* 90, 2009, pp. 102-107; Scott Wallsten, *Broadband and Unbundling Regulations in OECD Countries* 1, cuadros 1, 2, Joint Center AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Artículo de Trabajo 06-16, junio de 2006. Mario Denni y Harold Gruber, *The Diffusion of Broadband Telecommunications: The Role of Competition*, Artículo de Trabajo, 2005; Kenneth Flamm, *The Role of Economics, Demographics, and State Policy in Broadband Availability*, LBJ School of Public Affairs, Artículo de Trabajo, 2005; Debra J. Aron y David E. Burnstein, *Broadband Adoption in the United States: An Empirical Analysis* 7, 22, Artículo de Trabajo, marzo de 2003 (disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=386100](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=386100)); Johannes M. Bauer, Jung Hyun Kim y Steven S. Wild-

neal de datos de panel de 20 países de la OCDE de 2003 a 2008, Bouckaert, Van Dijk y Verboven hallaron una relación positiva y significativa entre la difusión de banda ancha y los factores basados en la demanda, incluyendo el PIB *per capita* y el porcentaje de familias que poseen computadoras personales.<sup>64</sup> En contraste, Bouckaert, Van Dijk y Verboven hallaron que la competencia entre plataformas basada en infraestructura (a través de la desagregación mayorista) no afecta significativamente la difusión de banda ancha y que la competencia entre plataformas basada en servicios (a través del acceso *bitstream* al menudeo) disminuye significativamente la difusión de banda ancha.<sup>65</sup> En un estudio econométrico de 16 países de la OCDE, Ware y Dippon hallaron una relación significativa y positiva entre la difusión de banda ancha y el porcentaje de hogares que cuentan con una computadora y la densidad poblacional.<sup>66</sup> No hallaron ninguna relación significativa entre la desagregación y la difusión de banda ancha.<sup>67</sup> Ford, Koutsky y Spiwak hallaron que los factores ajenos a las políticas (como son la edad, la desigualdad del ingreso y el número de teléfonos alámbricos *per capita*) explican virtualmente todas las variaciones de las suscripciones de banda ancha en los 30 países de la OCDE que se estudiaron.<sup>68</sup>

¿Por qué estos y muchos otros estudios no hallan ninguna evidencia de una contribución estadísticamente significativa de la desagregación obligatoria a la difusión de banda ancha? Una posibilidad es que los entrantes que utilizan la infraestructura de los incumbentes no pueden o no quieren hacer la inversión necesaria en el reconocimiento de su marca para atraer suscriptores. Otra posibilidad es que, efectivamente, la desagregación obligatoria ha bajado los precios de banda ancha, pero no al grado que induzca a un número significativo de clientes marginales a superar los factores del lado de la demanda de la adopción de la banda ancha y suscribirse. Es dudoso que la desagregación obligatoria y el acceso mayorista a la banda ancha tengan algún efecto significativo en la difusión de banda ancha en México.

c) *La regulación asimétrica ex ante en el mercado de la telefonía celular.*

man, "Broadband Uptake in OECD Countries: Policy Lessons from Comparative Statistical Analysis", preparado para una presentación durante la 31ª Conferencia de Investigación sobre Políticas de Comunicación, Información e Internet (2003).

<sup>64</sup> Bouckaert, Van Dijk y Verboven, *op. cit.*, p. 668.

<sup>65</sup> *Ibid*, pp. 663, 667-669. Bouckaert, Van Dijk y Verboven también hallaron que la competencia intermodal entre plataformas aumenta significativamente la difusión de banda ancha. *Ibid*, pp. 668-669.

<sup>66</sup> Ware y Dippon, *op. cit.*, pp. 60-62.

<sup>67</sup> *Ibid*, p. 61.

<sup>68</sup> Ford, Koutsky y Spiwak, *op. cit.*, pp. 118-120.

La OCDE recomienda encarecidamente que México imponga tanto reglas de acceso como regulación de precios en el mercado de la telefonía celular. Propugna que “la Cofetel debería estar facultada para regular *ex ante* las tarifas de interconexión, con el fin de fomentar la competencia entre operadores, así como para facilitar el desarrollo y crecimiento del sector, proporcionando certeza reguladora e igualdad de condiciones en el mercado móvil”.<sup>69</sup>

Las recomendaciones de la OCDE suscitan preguntas clave acerca del mercado de la telefonía celular. En primer lugar, ¿cuál es el objetivo de la regulación *ex ante* de las tarifas de terminación de telefonía celular? No puede ser el de evitar la eliminación de un competidor, porque la exclusión es imposible. El espectro es un activo perfectamente duradero, y las torres y estaciones base son activos relativamente de larga vida. En consecuencia, un nuevo competidor entraría tan pronto como salga un competidor viejo. Asimismo, el gobierno controla en último término la entrada por medio de sus decisiones de asignación de espectro.

En segundo lugar, ¿cómo define la OCDE la “igualdad de condiciones”? Este cliché de las telecomunicaciones y el combate a los monopolios se ha tornado célebre por ser una frase vacía y trillada.<sup>70</sup> ¿La igualdad de condiciones da la idea de igualdad de oportunidades o igualdad de resultados?<sup>71</sup> Actualmente, en México hay cuatro proveedores de telefonía celular: Telcel (con una participación de mercado de 70%), Movistar (propiedad de Telefónica México) (con una participación de mercado de 22%), Iusacell (con una participación de mercado de 4%) y Nextel (con una participación de mercado de 4%).<sup>72</sup> Las tarifas de terminación de telefonía celular han disminuido durante el pasado decenio,<sup>73</sup> sin embargo la OCDE afirma que

<sup>69</sup> Estudio de la OCDE, p. 13.

<sup>70</sup> El término “igualdad de condiciones” (*level playing field*) que emplea la OCDE es el quinto cliché más común de la lengua inglesa, según Oxford University Press, que ha “clasificado [los clichés] según su frecuencia en el Oxford English Corpus, una base de datos que consta de cientos de millones de palabras empleadas en el inglés contemporáneo escrito”. Oxford University Press, *Compact Oxford Thesaurus for Students*, “Avoiding Clichés”, <http://www.oup.com/uk/booksites/content/0199216290/streamline/clichebuster/> (accesado en línea el 9 de septiembre de 2011). Oxford University Press sugiere: “Trate de evitar el uso de clichés [...] Tienden a resultar molestos y pueden dar la impresión de pereza o falta de reflexión”. *Ibid.*

<sup>71</sup> Evidentemente, la OCDE está en favor de la competencia “justa”. Pero los mercados se distinguen por sus propiedades de eficiencia, no por la igualdad de sus resultados. Véase J. Gregory Sidak y Daniel F. Spulber, “Deregulation and Managed Competition in Network Industries”, 15 *Yale Journal on Regulation*, 1998, p. 117.

<sup>72</sup> Estudio de la OCDE, p. 105, cuadro 2.7.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp. 75-77. En 1999 las tarifas de terminación de teléfono fijo a celular y de teléfono celular

el mercado de la telefonía celular adolece de una falta de competencia. La igualdad de condiciones definida por la igualdad de resultados sugiere que la OCDE considera que el proceso competitivo produciría participaciones de mercado iguales para los proveedores de telefonía celular. Para alcanzar este resultado, la OCDE recomienda *i*) regulación asimétrica de las tarifas de terminación de telefonía celular de Telcel y *ii*) la eliminación de la discriminación de precios para llamadas dentro (*on-net*) y fuera (*off-net*) de su propia red.<sup>74</sup> Sin embargo, estas políticas perjudicarían a los consumidores.

*i) La regulación asimétrica ex ante de las tarifas de terminación de telefonía celular de Telcel.* La OCDE argumenta que “es probable que las tarifas de terminación negociadas bilateralmente se fijen a un monto mucho más alto que el costo, lo que a su vez pone un mínimo a los precios minoristas”.<sup>75</sup> En opinión de la OCDE, la regulación asimétrica de las tarifas de terminación de telefonía celular de Telcel es necesaria porque “las dañinas consecuencias de las altas tarifas para los competidores del mayor operador son muy graves cuando, como ocurre en México, ese operador tiene 78% de los suscriptores”.<sup>76</sup> Por ende, la OCDE sugiere “aplicar tarifas de terminación basadas en costos y obligaciones asimétricas autorizadas por las declaraciones de poder de mercado que hace la Cofeco”.<sup>77</sup> La OCDE sugiere que “una manera de hacerlo es fijar topes máximos a las tarifas de terminación, dejando a los operadores en libertad para negociar tarifas por debajo de estos topes”.<sup>78</sup> Siguiendo la lógica de la OCDE, los precios tope desembocarían en precios de menudeo más bajos.

La creación de tarifas de terminación asimétricas tendría el efecto de obligar a Telcel a subsidiar a un competidor cada vez que un suscriptor de Telcel haga una llamada a una red competidora. El subsidio se daría porque los competidores podrían cobrarle a Telcel un cargo por terminación mayor al que la Cofetel permitiría que Telcel les cobre a los competidores por terminación de llamadas en la red de Telcel. Esta asimetría en las tarifas de

a celular eran de 0.19 dólares. En 2007, la tarifa de terminación de Telcel era de 0.13 dólares. En 2008, la tarifa de interconexión entre Axtel y Telcel y entre Telefónica y Iusacell era de 0.05 dólares. En marzo de 2011 la Cofetel bajó la tarifa de terminación entre Telcel y Alestra a 0.03 dólares. Las tarifas de terminación actuales fijadas por el modelo de costos de la Cofetel son de 0.03 dólares (convertí las tarifas de pesos a dólares.)

<sup>74</sup> Estudio de la OCDE, p. 75.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>78</sup> *Ibid.*

terminación aumentaría artificialmente los costos de Telcel, lo cual obligaría a Telcel a cobrarles a sus suscriptores precios todavía mayores a los que cobraría en otras circunstancias. Por ende, la regulación propuesta crearía un paraguas de precios que aliviaría la presión sobre los competidores por bajar sus propios precios de suscripción (o por competir en términos de calidad).

Evidentemente, esta regulación ocasionaría una pérdida inmediata de excedente del consumidor. Suponiendo que la OCDE considera que la Cofetel tiene instrucciones de aumentar el excedente del consumidor, ¿cómo podría justificar su propuesta de imponer tarifas de terminación asimétricas? Cabe suponer que la OCDE concibe un modelo de regulación de dos periodos. En el primer periodo, está dispuesta a debilitar a Telcel como competidor y sacrificar el excedente del consumidor en la creencia de que dicha intervención es una “inversión” en la transformación de la estructura del mercado de las telecomunicaciones celulares en México. En este escenario, los competidores de Telcel supuestamente utilizarían el flujo de efectivo de los ingresos inesperados provenientes de las tarifas de terminación para convertirse en competidores más fuertes —por ejemplo, al invertir más en sus redes—. Posteriormente, en el segundo periodo del modelo regulatorio, la Cofetel esperaría que los competidores, habiendo adquirido nuevos bríos, lanzarían precios más bajos y mejoras a la calidad que capturarían parte de la participación de mercado de Telcel, para beneficio de los consumidores.

Hay tres motivos por los que este razonamiento de las tarifas de terminación asimétricas es inverosímil. En primer lugar, si verdaderamente pudiera esperarse que una mayor inversión en las redes de los competidores generara ganancias incrementales positivas para los operadores, incluyendo un rendimiento del capital competitivo, entonces los mercados de capitales aportarían los fondos necesarios. No habría necesidad de que el regulador de la industria creara un subsidio y desempeñara el papel de banca de inversiones.

En segundo lugar, el valor actual descontado de las ganancias futuras de excedente del consumidor debe ser suficientemente cuantioso como para recuperar el sacrificio inmediato del excedente del consumidor que resultaría del debilitamiento de Telcel como competidor. Solo así podría la “inversión” de la Cofetel comenzar a generar un rendimiento positivo. Sin embargo, incluso así todavía sería necesario comparar el rendimiento de la “inversión” de la Cofetel con el contrafactual adecuado —es decir, el excedente del consumidor que existiría en el segundo periodo del modelo si

Telcel no estuviera agobiada por la obligación regulatoria de subsidiar a sus competidores por medio de tarifas de terminación asimétricas—. Simplemente se trata de una cuestión matemática: no es probable, bajo ningún parámetro plausible, que los cálculos del flujo de efectivo descontado generen una utilidad positiva en términos de excedente del consumidor. Dicho de otra manera, el daño a corto plazo para los consumidores no estaría contrarrestado por una ganancia a más largo plazo.

En tercer lugar, como ya lo expliqué en la sección 1.3 en lo que se refiere a la regulación asimétrica en general, imponer topes a las tarifas de terminación de telefonía celular de Telcel no daría ninguna garantía de que los demás operadores de telefonía móvil habrían de competir más enérgicamente en términos de precio o calidad. La regulación derivaría en un cártel respaldado por el gobierno en el que los consumidores mexicanos perderían los beneficios de precios más bajos y mayor calidad que resultan de la competencia.

ii) *La prohibición de precios diferenciales para llamadas dentro y fuera de redes propias.* La OCDE apoya la eliminación de precios diferenciales entre tarifas de telefonía celular dentro y fuera de redes propias (aunque el estudio de la OCDE no deja en claro si se recomienda que la Cofetel imponga una prohibición a los diferenciales de precios para llamadas dentro y fuera de redes propias). Recientemente, Movistar bajó su precio de menudeo de 3.65 pesos por minuto a 1.98 pesos por minuto, “sin considerar si la llamada es en la red o fuera de la red, local o de larga distancia”<sup>79</sup> La OCDE señala que “aunque la tasa general final por minuto tal vez no haya disminuido en esa medida, es importante que desaparezca la diferencia entre los precios en y fuera de la red”.<sup>80</sup> El razonamiento de la OCDE que subyace en esta postura es que los precios diferenciales para llamadas dentro y fuera de la red “colocan a los operadores de mayor tamaño en una posición en la que pueden lograr una ventaja competitiva y pingües ganancias”.<sup>81</sup> La OCDE le atribuye esta ventaja a los “efectos club” (también conocidos como “externalidades de red por discriminación de tarifas”).<sup>82</sup> Por ejemplo, la OCDE afirma que la práctica de Telcel de “proporcionar un determinado número de llamadas gratuitas dentro de su propia red [...] provoca dificultades para que otras empresas entrantes en el mercado aumenten su participación en éste”.<sup>83</sup>

<sup>79</sup> *Ibid*, p. 76.

<sup>80</sup> *Ibid* (sin cursivas en el original).

<sup>81</sup> *Ibid*, p. 75.

<sup>82</sup> *Ibid*.

<sup>83</sup> *Ibid*, p. 31.

Contrario a lo que parece creer la OCDE, los efectos club no son fallas del mercado, son atributos del mercado. Muchos mercados exhiben dichas complementariedades de la demanda. Por ejemplo, los mercados bilaterales no “fracasan” debido a su bilateralidad. Un grupo de usuarios cerrado es un grupo de suscriptores en el que los individuos se preocupan no sólo por el costo en el que ellos incurren al hacer una llamada de telefonía celular, sino también por el precio que los demás suscriptores deben pagar por llamarles a ellos. Cuando la OCDE habla de un “efecto club”, yo lo entiendo como los efectos económicos que provienen de un grupo de usuarios cerrado. Por ejemplo, un grupo de usuarios cerrado puede consistir en un grupo de amigos y familiares que están interesados en mantener bajos, en general, los costos de las llamadas entre ellos. En un contexto de negocios, un grupo de usuarios cerrado podría estar formado por empleados y reflejaría el deseo del suscriptor comercial de minimizar el costo de las comunicaciones celulares entre dichos empleados. La consecuencia de un grupo de usuarios cerrado es que los suscriptores de telefonía celular ponen atención a los precios que pagan las personas que les llaman, lo cual ejerce una presión competitiva en los operadores de telefonía celular para que mantengan sus precios bajos.

Si la OCDE considera que no es probable que los clientes de Telcel cambien de operador de telefonía celular y se vayan con la competencia, ¿cómo puede la OCDE estar segura de que el motivo no es un fracaso de parte de los demás operadores por competir enérgicamente en términos de precio y calidad? La OCDE pasa por alto la posibilidad de que Telcel haya adquirido su participación de mercado mediante una estrategia de negocios más efectiva. Iusacell era el incumbente en el mercado de la telefonía inalámbrica en México, no Telcel.<sup>84</sup> La OCDE afirma que “los mercados de telecomunicaciones deben mantenerse en condiciones ‘impugnables’; es decir, que los competidores potenciales encuentren pocas barreras de entrada y salida”.<sup>85</sup> Pero Telcel ya ha demostrado la impugnabilidad del mercado de telefonía celular al rebasar a Iusacell. Sería un acto imperdonable de negligencia regulatoria que la OCDE afirmara haber hallado una falla del mercado si la verdadera razón por la que los consumidores se rehúsan a cambiar de operador es que su calidad y sus precios son inferiores a lo que ofrece Telcel.

Además, la discriminación de precios es omnipresente en los mercados competitivos. Baumol y Swanson afirman que “es la competencia, y no la

<sup>84</sup> *Ibid*, p. 110 (“Iusacell entró al mercado móvil a fines del decenio de los ochenta, antes que Telcel”).

<sup>85</sup> *Ibid*, p. 131.

ausencia, lo que en muchos casos sirve para imponer precios discriminatorios”.<sup>86</sup> La OCDE tiene que ofrecer un argumento muy convincente (cosa que no hace ni puede hacer) del porqué el uso de Telcel de esta política de precios habría de justificar la regulación precautoria de Cofetel de los precios de menudeo del servicio de telefonía celular, cosa que casi todos los demás países han abandonado o se han rehusado a imponer. Al adoptar esta regulación de los precios de menudeo para el servicio de telefonía celular, la Cofetel haría que México siguiera el ejemplo de Paraguay y Kenia, no el de los países de la OCDE.

Si el argumento de la OCDE es que el sistema de precios diferenciales se convierte en una amenaza a la competencia cuando la participación de mercado de una empresa determinada alcanza cierta dimensión, entonces en realidad la OCDE está condenando la escala. El argumento de la OCDE parecería ser: “una vez que alcanza cierto tamaño, Telcel se torna demasiado atractiva como para que sus clientes la abandonen”. Es difícil entender por qué la lealtad de los clientes es evidencia de una falla del mercado. Asimismo, Stigler, ganador del Premio Nobel, observó hace decenios que las distintas tareas productivas dentro de una empresa manifiestan diferentes economías de escala a diferentes niveles de producción.<sup>87</sup> El tipo de estructura que emerge depende de qué economías de escala dominan como cuestión empírica. La OCDE hace una suposición no declarada de que su conjetura respecto al efecto club tiene mayor significación empírica en términos de su influencia en la estructura del mercado que la que tienen las demás economías de escala en la producción del servicio de telefonía celular. No veo razón alguna para creer que ese supuesto sea cierto.

La solución que la OCDE propone al problema del efecto club que ésta hipotetiza es negarle a Telcel el derecho de explotar las economías de escala que legalmente adquirió mediante la conducta competitiva que construyó su base de clientes. La OCDE reduciría la cuota de acceso que Telcel puede cobrarles a sus competidores. Las tarifas reguladas de Telcel se basarían en el costo. Esta regulación se enfocaría en disminuir desvergonzadamente la ventaja de costos que tiene Telcel sobre sus competidores. En otras palabras, la Cofetel forzaría a Telcel a bajar su tarifa de terminación para que los ope-

<sup>86</sup> William J. Baumol y Daniel G. Swanson, “The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power”, 70 *Antitrust Law Journal*, 2003, pp. 661, 662.

<sup>87</sup> George J. Stigler, “The Division of Labor is Limited by the Extent of the Market”, 59 *Journal of Political Economy*, 1951, p. 185.

radores competidores puedan ofrecerles a sus propios suscriptores precios más bajos para las llamadas a personas suscritas a la red de Telcel, con lo que se disminuiría la ventaja de ser suscriptor de Telcel en lugar de suscriptor de una red distinta. Sin embargo, la negación de la Cofetel del derecho de Telcel de explotar sus eficiencias puede interpretarse de otra manera: la Cofetel estaría destruyendo un valor económico. La Cofetel reduciría la eficiencia económica con el pretexto de beneficiar a los operadores no dominantes. Lo más importante es que no hay garantía de que en algún momento los clientes de esos operadores lleguen a derivar algún beneficio, ya que esos operadores no necesitan usar la reducción de las tarifas de terminación de Telcel para bajar sus propios precios de menudeo ni para mejorar su servicio.

d) *La asignación de espectro para lograr una estructura competitiva “más equilibrada”*. La OCDE usaría la asignación de espectro como un instrumento de la política de competencia. Según la OCDE, “los principales retos para la política en materia de espectro son: proporcionar la capacidad para lograr los objetivos de banda ancha del país y alcanzar una estructura competitiva más equilibrada en el sector de las comunicaciones celulares”.<sup>88</sup> Por ende, la OCDE recomienda “establecer topes de espectro estrictos a Telcel” a fin de “limitar su capacidad para extender su dominación en servicios de voz móviles a datos móviles”.<sup>89</sup> Los objetivos y las recomendaciones de la OCDE son problemáticos por diversas razones.

Los dos objetivos declarados de la OCDE —satisfacer la demanda de servicios de datos de banda ancha celular y lograr una competencia “más equilibrada”— son contradictorios. Usar la política de espectro como instrumento de competencia desperdicia el espectro. Impide que las partes destinen el espectro a su uso de mayor valor. Es la asignación eficiente del espectro lo que mejor logrará la meta de satisfacer la demanda de banda ancha celular. En contraste, no hay razón para creer que la asignación equitativa del espectro entre todos los proveedores de servicios de telefonía móvil haya de acelerar el despliegue de servicios de datos de banda ancha celular.

No es de sorprender el hecho de que el “problema” clave que la OCDE identifica es que Telcel da cuenta de 70% de los suscriptores de telefonía celular. Todo parece indicar que la OCDE restringiría la capacidad de red de Telcel mediante la elaboración de las licitaciones de espectro de modo que el congestionamiento de la red limite el número de suscriptores de Tel-

<sup>88</sup> Estudio de la OCDE, p. 103 (sin cursivas en el original).

<sup>89</sup> *Ibid*, p. 52.

cel.<sup>90</sup> Al asignar el espectro de esta manera, la Cofetel limitaría o reduciría la participación de mercado de Telcel. Pero ¿cómo beneficiaría esto a los consumidores?

De hecho, la participación de mercado de Telcel no es, a primera vista, evidencia del tipo de falla del mercado que justificaría la recomendación de la OCDE de manipular la elaboración de las licitaciones de espectro. La OCDE jamás considera la posibilidad de que la participación de mercado de Telcel de 70% sea resultado de las diferencias entre las estrategias comerciales de Telcel y las de los demás operadores de telefonía celular. Nextel tiene el 4% del total de suscriptores de telefonía celular en México, pero se enfoca en “clientela de altos ingresos medios por usuario (ARPU) [...], principalmente la comunidad empresaria”.<sup>91</sup> Por tanto, no es ninguna sorpresa que la participación de mercado de Nextel del 4% del total de los suscriptores dé cuenta de 13% del total de los ingresos de los servicios de telefonía celular. Las empresas buscan maximizar las utilidades, no el número de suscriptores. Nextel preferiría no aumentar su participación de mercado si para hacerlo fuera necesaria la reducción de sus precios y sus utilidades. Las dos licitaciones de espectro de 2010, la licitación 20 y la licitación 21, “fueron creadas para promover la competencia”.<sup>92</sup> Por esa razón, Iusacell, Telcel y Telefónica estuvieron sujetas a topes de espectro,<sup>93</sup> mientras que Nextel aumentó su acumulación de espectro de 22 MHz a 53 MHz.<sup>94</sup> Sin embargo, si Nextel está satisfecha con el 4% del total de los suscriptores de telefonía celular que tiene, ¿acaso hará uso de la totalidad del nuevo espectro que ha adquirido?

Durante las licitaciones de 2010, la Cofetel también “hizo intentos explícitos para alentar a un nuevo entrante internacional a ingresar al mercado. Estos esfuerzos resultaron infructuosos”.<sup>95</sup> Esta falla regulatoria lo dice todo acerca de la ausencia de una falla del mercado en el sector de banda ancha móvil en México. El hecho de que la Cofetel no haya podido atraer a nuevos entrantes indica que no es atractivo para los inversionistas entrar al mercado mexicano de telefonía celular y ofrecer tarifas más bajas

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 107, cuadro 2.7. Antes de las subastas, después de la licitación 20 y después de la licitación 21, las participaciones de espectro de Telcel eran de 54 MHz, 54 MHz y 77 MHz; las de Telefónica eran de 39 MHz, 55 MHz y 61 MHz; las de Iusacell eran de 44 MHz, 54 MHz y 53 MHz. *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 105.

que la empresa dominante. Entonces, tal vez las tarifas de la empresa dominante no son tan altas. La OCDE dice que “Probablemente un poderoso disuasivo para la entrada haya sido la dominación de Telcel y la percepción de que el régimen regulatorio no había logrado inhibir su conducta anticompetitiva”.<sup>96</sup> La lógica de la OCDE es un equívoco. Su causalidad va en el sentido opuesto. Si Telcel estuviera explotando el poder de mercado, entonces sus precios serían altos. Esos precios altos atraerían a inversionistas externos. La ausencia de entrada indica que existe una falta de rentas por ganar al entrar.<sup>97</sup> Por ende, es probable que la diferencia en las participaciones de mercado entre los proveedores de telefonía celular sea el resultado de estrategias de negocios competitivas diferentes y contrapuestas.

No existe ningún principio económico ni ninguna prueba empírica que apoyen la premisa de la OCDE según la cual los gobiernos son más capaces de determinar las estructuras competitivas óptimas de lo que lo son los mercados. No obstante, la OCDE se desviaría de los mecanismos del mercado y fomentaría enfoques novedosos, como por ejemplo un requisito de espectro mínimo, como el que la Ofcom instrumentó recientemente en el Reino Unido.<sup>98</sup> La OCDE no ofrece ninguna prueba de que el nuevo enfoque de la Ofcom haya aumentado el bienestar de los consumidores. La OCDE parece apoyar un requisito de espectro mínimo, ya que “da preferencia a una oferta menor de un entrante sobre una mayor de un incumbente” al ofrecer “una cantidad especificada de espectro a un recién llegado, cuando menos”.<sup>99</sup> Si bien este enfoque lograría garantizar un número determinado de competidores en el mercado de banda ancha celular, ¿lograría la competencia efectiva? Desde luego que no, si el mercado ya es un oligopolio competitivo.

Cuando la OCDE —y en último término la Cofetel— hablan de una estructura competitiva “más equilibrada” en la banda ancha celular, ¿prevén participaciones de mercado iguales para cada proveedor de telefonía celular? Quizá esta sea la meta ya que la OCDE propone que el gobierno “asigne parte importante del espectro de 700 MHz a un operador que, en vez de tener una integración vertical en el mercado minorista de aguas abajo

<sup>96</sup> *Ibid*, p. 108.

<sup>97</sup> Véase, por ejemplo, Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, 4ª ed., Eddison-Wesley 2005, pp. 61-62.

<sup>98</sup> Estudio de la OCDE, 1, p. 189.

<sup>99</sup> *Ibid*.

(*downstream*), sirva de plataforma para los MVNO contendientes”.<sup>100</sup> La OCDE quiere la compartición forzada; los MVNO equivalen a la desagregación del espectro. Sin embargo, los MVNO pueden negociarse comercialmente. Insisto, ¿por qué es el gobierno más capaz de estimular la entrada de los MVNO eficientes de lo que lo son los mecanismos del mercado? El enfoque que emplea la OCDE en la elaboración de las licitaciones de espectro favorece a los competidores en detrimento de los consumidores. El objetivo regulatorio debería ser asignarles espectro a las empresas que puedan destinarlo a su uso de mayor valor. A diferencia de la visión de la OCDE de una estructura competitiva “más equilibrada”, ese objetivo arraigado en la eficiencia económica beneficiaría a los consumidores.

e) *El aumento a las multas para disuadir los comportamientos anticompetitivos.* La OCDE recomienda ampliar las facultades de la Cofetel para imponer multas: “Se debe facultar a la autoridad reguladora para que imponga multas significativas que sean lo bastante elevadas (mucho más altas que las actuales) para que resulten disuasorias y garanticen la observancia de la regulación vigente, así como el cumplimiento de sus objetivos”.<sup>101</sup>

Esta propuesta es problemática por dos razones importantes. En primer lugar, la Cofetel no es un tribunal; sin embargo, la OCDE la facultaría para imponer multas sin las protecciones habituales del debido proceso. Es bastante evidente que la OCDE prevé multas que ascenderían a cientos de millones, si no es que miles de millones de dólares, si se considera que la OCDE encomió la multa de mil millones de dólares que la Cofeco le impuso a Telcel por un supuesto estrangulamiento de márgenes.<sup>102</sup> Aunado a la propuesta de la OCDE de que las acciones reguladoras no pueden suspenderse mientras se espera la resolución de una apelación, la Cofetel podría extraerle grandes cantidades de dinero a la empresa hasta que esta logre demostrar su derecho a que se le rembolsé el dinero por el hecho de haberse declarado inválida la decisión regulatoria por la razón que fuere. Evidentemente la OCDE prevé otorgarle facultades a la Cofetel que son tanto punitivas como confiscatorias.

En segundo lugar, la OCDE hace caso omiso de las lecciones aprendidas de la investigación económica acerca de multas óptimas, mismas que restringirían el poder de la entidad reguladora de imponer multas descabelladas. La teoría económica general de multas óptimas fue establecida a principios del

<sup>100</sup> *Ibid*, p. 108.

<sup>101</sup> *Ibid*, p. 12.

<sup>102</sup> *Ibid*, p. 126.

decenio de los sesenta por economistas y académicos jurídicos; cristaliza importantes intuiciones respecto a los efectos de las sanciones monetarias en el comportamiento.<sup>103</sup> Según esta teoría, el punto de referencia para la multa óptima es el daño ocasionado por el infractor. En un mundo en el que la aplicación de las reglas fuera perfecta, una multa que estuviera a la altura del daño lograría disuadir los comportamientos indebidos: para las empresas que estuvieran considerando ese tipo de comportamiento, la multa nulificaría los beneficios que obtendrían. Asimismo, una empresa que estuviera pensando realizar actividades lícitas no les tendría miedo a las multas, ya que en un mundo en el que la aplicación de las reglas fuera perfecta, nunca se le impondrían multas. Si suponemos que el costo de imponer la multa es 0, la multa óptima debería equivaler al daño ocasionado dividido entre la probabilidad de ser detectado.<sup>104</sup> Si el costo de imponer la multa es no trivial, entonces se le sumará a la multa óptima el costo de aplicarla.<sup>105</sup>

Sin embargo, en realidad, pueden darse dos tipos de errores importantes y que afectan la multa óptima.<sup>106</sup> El primero es el de un *falso negativo*, es decir, una empresa que en realidad ocasiona daño no tiene que responder por ese daño debido a que la infracción de la empresa no se detecta o porque la empresa no se considera responsable después de que su infracción se ha detectado. Esta posibilidad debilita el poder del efecto disuasorio. La importancia de este tipo de error depende de la magnitud del daño que resulta del acto indebido (cuanto mayor sea el daño, más problemático será el falso negativo).

El segundo tipo de error es el de un *falso positivo*, lo que quiere decir que se considera responsable a una empresa a pesar de que ésta no haya ocasionado ningún daño. La posibilidad y los costos sociales de los falsos positivos se admiten ampliamente en las leyes antimonopólicas.<sup>107</sup> Este re-

<sup>103</sup> Gary Becker fue ganador del Premio Nobel en Economía en gran parte debido su contribución al análisis económico de las sanciones. Véase Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 75 *Journal of Political Economy*, 1968, p. 169. La bibliografía subsiguiente de sanciones óptimas se analiza en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell, "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", 38 *Journal of Economic Literature*, 2000, p. 45.

<sup>104</sup> Polinsky y Shavell, *op. cit.*, p. 58.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> Véase, por ejemplo, I.P.L. Png, "Optimal Damages and Subsidies in the Presence of Judicial Error", 6 *International Review of Law and Economics*, 1986, p. 101; A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell, "Legal Error, Litigation, and the Incentive to Obey the Law", 5 *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1989, p. 99; Louis Kaplow, "Optimal Proof Burdens, Deterrence, and the Chilling of Desirable Behavior", 101 *American Economic Review: Papers and Proceedings*, 2011, p. 277.

<sup>107</sup> Véase, por ejemplo, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 414-15 (2004); *Pacific Bell Telephone Company v. linkLine Communications*, 129 S. Ct. 1109, 1120 (2009).

sultado puede desalentar a las empresas que estén considerando participar en actividades beneficiosas por las que podrían verse obligadas (falsamente) a asumir una responsabilidad. La significación de haber desalentado a esas empresas depende de la magnitud de los beneficios para la sociedad que se pierden por haberlas disuadido.

La multa óptima reflejará los dos errores descritos líneas arriba. En la medida en que los falsos negativos sean un problema, la multa debería aumentarse para compensar la dilución del efecto disuasorio. Si este fuera el único tipo de error, la multa debería sobrepasar el daño. Por ejemplo, si la posibilidad de evadir la responsabilidad valiera una mitad, la multa tendría que valer al doble del daño para tener un efecto disuasorio adecuado. Sin embargo, en la medida en que el riesgo de los falsos positivos sea aplicable, la multa debería reducirse para aminorar el efecto desalentador del comportamiento socialmente deseable. Si el falso positivo fuera el único tipo de error, la multa óptima sería menor que el daño.

Aunque su recomendación acerca de las multas es que “se debe aumentar su monto hasta el punto de que tengan efectos disuasorios aun sobre las grandes compañías”,<sup>108</sup> la OCDE omite especificar cómo es que la Cofetel habría de llegar a esos puntos. Definir los principios para determinar la magnitud de las multas es difícil. El monto óptimo de una multa dependerá de los hechos del caso específico. La conclusión simplista de la OCDE de que todas las multas tienen que ser más altas para disuadir los comportamientos anticompetitivos es arbitraria y presupone que esta tarea no representa ningún problema significativo.<sup>109</sup>

f) *La sumisión a la regulación asimétrica como condición de la entrada de Telmex a la televisión.* La Cofetel ha tomado una postura en la cual Telmex no puede ofrecer servicios de televisión de paga actualmente ni usar su red de telefonía o banda ancha para ofrecer servicios de televisión gratuita. En consecuencia, Telmex no puede ofrecer paquetes tipo *triple play* de telefonía, internet y televisión de paga.<sup>110</sup> La OCDE reconoce que “la convergencia es una tendencia tecnológica cada vez más importante.”<sup>111</sup> Sin embargo, la

<sup>108</sup> Estudio de la OCDE, p. 136.

<sup>109</sup> La OCDE tampoco logra aclarar cómo es que la Cofetel impondría multas más grandes. Si las decisiones de la Cofetel ya no se suspenden sino hasta después de una revisión judicial, ¿la Cofetel le pediría a la empresa que pague la multa primero y luego le reembolsaría a la empresa si el tribunal anula la decisión?

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>111</sup> *Ibid.*

OCDE argumenta que “el mercado mexicano tiene determinadas características que deberían obligar a las autoridades a considerar cuidadosamente si Telmex tiene derecho a prestar servicios de televisión de paga”.<sup>112</sup> La OCDE cree que “Telmex está en posición de hacer uso de su poder de mercado en banda ancha y telefonía para el mercado de televisión de paga, aprovechando el empaquetamiento de servicios”.<sup>113</sup> Además, la OCDE observa que: “Telmex ha tenido gran éxito hasta ahora al impugnar la regulación asimétrica en los tribunales.”<sup>114</sup> La OCDE argumenta que, por tanto, a Telmex se le debería permitir prestar servicios de televisión de paga únicamente si

Telmex y Telcel aceptan la regulación asimétrica y, en particular, presentan una oferta de interconexión de referencia basada en el modelo de interconexión de la Cofetel, mediante un convenio de provisión de servicios en condiciones de calidad (incluido el acceso a infraestructura pasiva, como ductos, postes, torres y edificios para coubicación), aceptando la total desagregación del bucle local y la eliminación de zonas no competitivas al proporcionar interconexión local.<sup>115</sup>

Según la OCDE, la condición de que Telmex y Telcel acepten la regulación asimétrica “contribuiría a sortear finalmente las tácticas dilatorias de las que ha hecho uso [Telmex]” en los tribunales.<sup>116</sup>

Aunque la propuesta quizá se describa mejor (a juzgar por las admisiones de la propia OCDE acerca del éxito de las apelaciones de Telmex) como una evasión de los derechos constitucionales de Telmex, también dañaría el bienestar de los consumidores. La experiencia de los Estados Unidos con las cuarentenas regulatorias a las líneas de negocios similares es que se sacrificaron las ganancias de excedente del consumidor en el mercado, al cual se habría de ingresar a cambio de las ganancias conjeturales o inexistentes que tal vez habrían de obtenerse en el mercado actual de la empresa regulada.<sup>117</sup>

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*, en otras partes de su estudio, la OCDE generalmente recomienda: “Telmex no debe recibir autorización para prestar servicios de televisión, a menos que esté sujeto a una adecuada regulación asimétrica, que exista evidencia de que cumple con ésta y de que no recurre a impugnaciones o apelaciones judiciales para demorar o suspender su cumplimiento”. *Ibid.*, pp. 13-139.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Véase, por ejemplo, Jerry A. Hausman, Gregory K. Leonard y J. Gregory Sidak, “Does Bell Company Entry Into Long-Distance Telecommunications Benefit Consumers?”, 70 *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 463; Robert W. Crandall y Charles L. Jackson, “Antitrust in High-Tech Industries”, 38, *Review of Industrial Organization*, 2011, p. 319.

i) *La experiencia estadounidense con las restricciones a las líneas de negocios.* Antes de 1984 la mayoría de los consumidores y negocios de los Estados Unidos recibían su servicio de telefonía fija a través de AT&T y sus subsidiarias, un grupo conocido como el “Sistema Bell”. Los clientes del Sistema Bell emplearon su red para hacer y recibir llamadas tanto “de larga distancia” como “locales”. La era moderna de la política de telecomunicaciones de los Estados Unidos comenzó en 1984, cuando el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DJ) desintegró AT&T de conformidad con el arreglo extrajudicial de una demanda antimonopolio que el DJ había entablado 10 años antes. Los términos del arreglo se reflejaron en una orden emitida por el tribunal con el título “Modificación de una sentencia definitiva” (MSD). La MSD obligó a AT&T a deshacerse de sus subsidiarias, las Bell Operating Companies (BOC), que prestaban servicios de conmutación local y les prohibió a las BOC, entre otras cosas, ofrecer servicios de larga distancia.

Como en el caso de la justificación de la OCDE del condicionamiento de la entrada de Telmex como proveedor de televisión de paga a que Telmex y Telcel cumplan con la regulación asimétrica, el razonamiento subyacente en la MSD fue la “teoría de la cuarentena”.<sup>118</sup> Antes de la desinversión, se pensaba que las empresas locales tenían un poder de mercado debido a un monopolio natural, pese al hecho de que estaban reguladas a nivel tanto estatal como federal para limitar el ejercicio del poder de mercado que pudieran tener. La teoría de la cuarentena sugirió que, en ausencia de la restricción a la entrada, las BOC usarían los ingresos obtenidos de sus servicios locales para subsidiar los servicios de larga distancia competitivos y, además, discriminarían contra las compañías competidoras proveedoras de servicios de larga distancia al momento de proporcionar la conexión a la red local.

La MSD incluía un procedimiento de exención mediante el cual las BOC presentarían una petición de exención de la MSD para servicios específicos siempre y cuando “no [existiera] ninguna posibilidad considerable de que [la BOC peticionaria] pueda emplear su poder de monopolio para impedir la competencia en el mercado al que desea ingresar”.<sup>119</sup> Sin embargo, el proceso de exención de la MSD se empantanó debido al retraso, lo que impidió

<sup>118</sup> Véase Michael K. Kellogg, John Thorne y Peter W. Huber, *Federal Telecommunications Law*, 1992, pp. 199-248, 401-428; J. Gregory Sidak y Daniel F. Spulber, *Deregulatory Takings and the Regulatory Contract: The Competitive Transformation of Network Industries in the United States*, Cambridge Univ. Press, 1999, pp. 55-99; William J. Baumol y J. Gregory Sidak, *Toward Competition in Local Telephony*, MIT Press, 1994, p. 130.

<sup>119</sup> Modification of Final Judgment, § VIII.C., Sup. Fed. 522, p. 231.

la evolución de nuevas tecnologías eficientes.<sup>120</sup> Las partes habían acordado una revisión trienal de la MSD y la primera de estas revisiones comenzó en 1987. Esta revisión tuvo como resultado la eliminación de la prohibición de la MSD respecto a la prestación de servicios de información por las BOC. Sin embargo, la primera revisión trienal seguía inconclusa en 1990 e incluso en 1993, cuando la segunda y la tercera revisiones estaban programadas. Nunca se realizó una segunda revisión trienal.

La MSD perjudicó importantemente a los consumidores. La investigación empírica ha encontrado que las restricciones a las líneas de negocios impuestas por la MSD hicieron que los consumidores perdieran miles de millones de dólares en excedente del consumidor cada año debido al retraso en la introducción de nuevos servicios de telecomunicaciones.<sup>121</sup> Por ejemplo, AT&T propuso ofrecer servicios de mensajería de voz por primera vez a fines del decenio de los setenta, antes de la desintegración del Sistema Bell. Al principio, la FCC se negó a permitir que las BOC ofrecieran servicios de mensajería de voz de manera integrada con el resto de sus servicios de telecomunicaciones. Las restricciones a las líneas de negocios subsiguientes de la MSD prohibieron que las BOC prestaran servicios de mensajería de voz (entre otros servicios).

No fue sino hasta 1988 que el tribunal de la MSD anuló la restricción a la línea de negocios aplicable a los servicios de información (que incluían los servicios de mensajería de voz). Las BOC empezaron a ofrecer estos servicios en 1989, más de 10 años después de que AT&T pretendiera ofrecerlos por vez primera. Los servicios están ampliamente disponibles desde 1990 y en 1996 unos 16 millones de consumidores los compraron. Si, tal como lo calculó Jerry Hausman, el excedente del consumidor derivado de estos servicios fue de 1 270 millones de dólares tan sólo en 1994,<sup>122</sup> entonces al de-

<sup>120</sup> En 1993 la petición de exención promedio llevaba 36 meses pendiente de resolución, a pesar de que el DJ se había opuesto a la exención en tan sólo 6 de las 266 peticiones de exención presentadas por las RBOC. Véase Paul H. Rubin y Hashem Dezhbakhsh, "Costs of Delay and Rent-Seeking Under the Modification of Final Judgment", 16 *Managerial and Decision Economics*, 1995, pp. 385, 385-387. Para fines de 1993 el tiempo de espera promedio para la resolución de las peticiones de exención ante el tribunal de distrito había aumentado a 54.7 meses, pese al hecho de que el tribunal dictaminador había aprobado plenamente el 96% de todas las peticiones de exención presentadas. Véase *Ibid.*, pp. 389, 392.

<sup>121</sup> Véase Jerry A. Hausman, "Valuing the Effect of Regulation on New Services in Telecommunications", *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*, 1997, pp. 1, 13-24.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 2. Véase también Jerry A. Hausman, "Valuation of New Goods Under Perfect and Imperfect Competition", Timothy F. Bresnahan y Robert J. Gordon (comps.), *The Economics of New Goods*, p. 209, University of Chicago Press 1997; Jerry A. Hausman, "Mobile Telephone", Martin E. Cave, Ingo Vogelsang y Sumit K. Majumdar (comps.), *Handbook of Telecommunications Economics*,

cenio de demora regulatoria les costó muchos miles de millones de dólares a los consumidores. Comparado con las pérdidas de excedente del consumidor ocasionadas por el retraso en la introducción de mensajería de voz, en México se podrían esperar pérdidas cuantiosas similares de excedente del consumidor si las restricciones a las líneas de negocio propuestas por la OCDE para Telmex hubieran de retrasar la introducción de tecnologías, productos y servicios nuevos o mejorados en los mercados mexicanos de televisión gratuita o de paga.

Asimismo, la entrada de las BOC al sector de la telefonía de larga distancia no tuvo como resultado precios más altos. La Ley de Telecomunicaciones de los Estados Unidos de 1996 conservó la prohibición de la MSD a la entrada de las BOC a los servicios de larga distancia.<sup>123</sup> Sin embargo, la sección 271 de la Ley estableció un proceso mediante el cual las BOC podían obtener la aprobación regulatoria de las PUC estatales, la FCC y el DJ para ingresar al mercado de servicios de larga distancia en sus regiones de conmutación local.<sup>124</sup> Contrario a las predicciones de la teoría de la cuarentena, los precios de los servicios de larga distancia bajaron; la entrada de las BOC no impidió la competencia en el mercado de servicios de larga distancia. Los estados en los que entraron las BOC al mercado de servicios de larga distancia experimentaron un ahorro promedio para el consumidor de entre 8 y 11 mensual en las cuentas de larga distancia en comparación con las cuentas de los consumidores en los estados en los que no entraron las BOC al mismo mercado.<sup>125</sup> Asimismo, la cuenta de telefonía local promedio (excluyendo las llamadas de larga distancia y los servicios de llamadas interurbanas) no experimentaron ningún cambio significativo en los estados en donde entraron las BOC.<sup>126</sup>

ii) *La entrada de Telmex a la televisión beneficiaría a los consumidores.* Las lecciones de la experiencia de los Estados Unidos con las restricciones a las líneas de negocios ponen de manifiesto los riesgos de la propuesta de la OCDE para restringir la entrada de Telmex a la televisión de paga. Si bien hace hincapié en el aumento potencial en el poder de mercado de Telmex, la OCDE hace caso omiso de las ganancias en términos del bienestar de los consumi-

p. 585, North Holland, 2002; Jerry A. Hausman, "Sources of Bias and Solutions to Bias in the CPI", 17 *Journal of Economic Perspectives*, 2003, p. 23.

<sup>123</sup> Ley Pública núm. 104-104, 110 estatuto 56.

<sup>124</sup> 47 U.S.C. § 271.

<sup>125</sup> Hausman, Leonard y Sidak, *op. cit.*, pp. 464, 477-478.

<sup>126</sup> *Ibid.*, pp. 464, 480.

dores que traería la entrada de Telmex. En uno de los pasajes más insólitos de su estudio, la OCDE lamenta que “[...] la red nacional y el poder financiero de Telmex lo hacen capaz de desplegar ampliamente los servicios de televisión de paga en un intervalo muy corto. Además, Telmex está muy activo en el mercado de contenidos en español en América Latina, de modo que tiene capacidad para entrar rápido al mercado de la televisión en México”.<sup>127</sup>

¿Por qué son una amenaza para el mercado de televisión de paga estas condiciones? El hecho de que Telmex cuente con los recursos para desplegar servicios de televisión de paga rápida y ampliamente significa que sería un competidor eficiente dentro del mercado de televisión de paga. Podría ofrecer servicios más baratos a más consumidores y podría ofrecer paquetes *triple play* de telefonía, internet y televisión de paga de mayor calidad y a precios más bajos. Este pasaje indica la brecha que hay entre los intereses de los consumidores y la visión que la OCDE tiene de la competencia.

Consideremos, por ejemplo, la asociación de Dish con Telmex en 2008 para prestar servicios de televisión de paga directa al hogar, usando los servicios de facturación y puntos de venta de Telmex para vender las suscripciones. Con esta asociación, Telmex comenzó a vender un paquete a bajo precio que incluía telefonía fija y televisión de paga (proporcionada por Dish pero facturada por Telmex). La OCDE hace hincapié en las quejas de los competidores que argumentan que Telmex ha estado participando en prácticas discriminatorias y que el paquete Telmex-Dish es predatorio; específicamente, los competidores han alegado que “el precio en paquete es inferior a la suma de los precios independientes por cada uno de los servicios prestados”.<sup>128</sup> Es un argumento risible, ya que si se tomara en serio, prohibiría las economías de alcance. Por definición, las economías de alcance se presentan cuando una empresa puede producir un paquete de productos a un precio inferior a la suma de los costos aislados de elaborar los productos por separado.<sup>129</sup> La capacidad para explotar las economías de alcance y ofre-

<sup>127</sup> Estudio de la OCDE, p. 96.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>129</sup> Véase, por ejemplo, Carlton y Perloff, *op. cit.*, p. 52. Véase también David E. M. Sappington y J. Gregory Sidak, “Competition Law for State-Owned Enterprise” 71 *Antitrust Law Journal*, 2003, pp. 479, 510 (donde se explica que las economías de alcance en la provisión de los productos *A* y *B* hacen que el “costo marginal en la producción de *B* disminuya a medida que el suministro [por parte de la empresa] del producto *A* aumenta”); Sidak y Spulber, “Deregulatory Takings and the Regulatory Contract”, *op. cit.*, p. 22 (una empresa “exhibe economías de alcance cuando es menos costoso para una empresa producir un conjunto de bienes de manera conjunta de lo que sería para otras empresas producir bienes aislados o subgrupos de bienes por separado”).

cer un menú de servicios no es anticompetitiva a primera vista y tampoco nos dice nada del poder de mercado. En todo caso, la presencia de diferenciación y heterogeneidad de productos en un mercado debe tratarse como un atributo de un mercado efectivamente competitivo.<sup>130</sup> A los consumidores no se les debería negar el beneficio de precios de menudeo más bajos provenientes de las economías de alcance a fin de garantizarle rentabilidad a un competidor que ofrece un rango de servicios más limitado que no alcanza a generar economías de alcance.

Las economías de alcance benefician a los consumidores. Por medio de su asociación con Telmex, Dish “se planteó como objetivo el segmento de precios más bajos del mercado de la televisión de paga. Ofrece un menor número de canales con una drástica reducción en el precio”.<sup>131</sup> Por consiguiente, “En dos años [Dish] consiguió dos millones de suscriptores y redujo 70% el precio de suscripción a televisión de paga directa al hogar”.<sup>132</sup> Esos resultados constituyen beneficios considerables para los consumidores. La OCDE no toma en cuenta la posibilidad de que, al ofrecer un paquete con menos canales a un precio más bajo, Dish haya satisfecho la demanda de los consumidores que anteriormente estaban excluidos del mercado debido a precios inasequibles. La asociación Dish-Telmex es un ejemplo impresionante de las ganancias que los consumidores obtienen de la diferenciación de productos y de los precios diferenciales. Podrían producirse ganancias similares en el bienestar de los consumidores si Telmex estuviera en posibilidades de ingresar al mercado de la televisión de paga.

iii) *¿Es constitucional restringir la entrada de Telmex a la televisión?* Por último, la propuesta de la OCDE es una afrenta al debido proceso, ya que requeriría que Telmex renunciara a su derecho de impugnar o apelar otras reglas que considerara ilegales a cambio de que se le otorgara la entrada a la televisión. El artículo 8 de la Constitución Mexicana les concede el derecho de petición a todos los ciudadanos: “Los funcionarios y empleados públicos respetarán el derecho de petición [que la Constitución les otorga a los individuos] siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho

<sup>130</sup> Sidak y Spulber, “Deregulatory Takings and the Regulatory Contract”, *op. cit.*, p. 22 (“si bien el monopolio natural implica economías de alcance, no sucede lo mismo en el caso opuesto. La mayoría de las empresas que producen una gama de productos derivan economías de alcance de la producción conjunta”).

<sup>131</sup> Estudio de la OCDE, p. 94.

<sup>132</sup> *Ibid.*

los ciudadanos de la República”.<sup>133</sup> Es una “condición anticonstitucional” exigir que alguien renuncie a un derecho protegido por la Constitución a cambio de recibir algún beneficio del gobierno. Asimismo, la Constitución Mexicana explica que “nadie podrá ser privado de [...] sus [...] derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.<sup>134</sup> Leídas en conjunto, estas dos disposiciones indican que privar a alguien del derecho constitucional de petición (o apelación) sólo es permisible mediante el debido proceso legal, que forzosamente incluye un juicio en el que se haga cumplir el debido proceso. Privar a una entidad de su derecho de petición sin ese juicio —incluyendo la privación del derecho de petición simplemente a cambio de algún beneficio— no concuerda con el lenguaje de la Constitución Mexicana.

Este argumento es incluso más contundente si el derecho constitucional mexicano reconoce que la propuesta de la OCDE tendría el efecto de obligar a Telmex a intercambiar un derecho protegido por la constitución, el debido proceso, para recibir otro derecho constitucional ya garantizado, la libertad de expresión. En su informe de 2010 de la libertad de expresión en México, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo hincapié en que “la asignación de licencias de radio o televisión es una decisión que tiene un efecto definitivo en el derecho a la libertad de expresión en su doble dimensión: el derecho a expresarse libremente y el derecho de la sociedad a recibir ideas y opiniones diversas”.<sup>135</sup> Además, en el caso de *Chesapeake & Potomac Telephone Co. v. los Estados Unidos*,<sup>136</sup> un tribunal federal de distrito de los Estados Unidos determinó que una prohibición de la prestación del servicio de televisión por cable por parte de las empresas de telefonía era “aparentemente anticonstitucional como una violación del derecho [de las compañías telefónicas] garantizado por la Primera Enmienda [de la Constitución de los Estados Unidos] a la libre expresión”.<sup>137</sup> El tribunal explicó que la prohibición no se ajustaba estrechamente para servir los intereses del gobierno en “la promoción de la competencia en el mercado de la programación de video y la conservación de la diversidad en la propiedad de los medios de

<sup>133</sup> Artículo 8 de la Constitución Mexicana.

<sup>134</sup> *Ibid*, art. 14.

<sup>135</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en México, 2010, p. 70.

<sup>136</sup> 830 Sup. Fed. 909 (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia 1993).

<sup>137</sup> *Ibid*, p. 932.

comunicación”.<sup>138</sup> Más bien, la prohibición restringió la expresión más de lo necesario para impulsar estas metas (de hecho, cabría preguntarse cómo es que una prohibición como ésta lograría impulsar la competencia y la diversidad, si acaso así lo hiciera.) Dada la migración generalizada de la expresión en medios impresos hacia los formatos electrónicos, se podría esperar que en la Constitución Mexicana la entrada a la televisión se clasificara de la misma manera en la categoría de formas de expresión protegida.<sup>139</sup> Si, en efecto, la entrada a la televisión constituye una manera de expresión protegida, entonces la propuesta de la OCDE obligaría a Telmex a escoger qué derecho constitucional sacrificar: la libertad de expresión o el debido proceso.

*5. La OCDE no reconoce que la disponibilidad de capacidad de transmisión en la red de la CFE obvia la regulación asimétrica*

Un problema importante y recurrente en la política de telecomunicaciones es la cuestión de si una empresa habrá de invertir miles de millones de dólares para construir una red de tecnología de punta que conecte los negocios y los hogares mediante fibra óptica si es probable que esta nueva red se sujete inmediatamente a la regulación de los precios de menudeo, el acceso obligatorio a los competidores a precios de mayoreo regulados y otras obligaciones regulatorias asimétricas y onerosas. Los encargados de formular políticas de todo el mundo han empleado la justificación del “cuello de botella persistente” para perpetuar dicha regulación, con frecuencia con resultados calamitosos.

El razonamiento del cuello de botella persistente para seguir regulando las redes de fibra óptica se reduce a una proposición asombrosamente prosaica: es costoso cavar hoyos y remover tierra para tender cables de fibra óptica. Este problema no es exclusivo ni de las externalidades ni de la “convergencia” de las telecomunicaciones o de la red. El argumento del “cuello de botella persistente” es fundamentalmente análogo al que se habría podido aplicar a los constructores romanos de la Vía Apia. Este argumento, que abunda en el estudio de la OCDE, ha descarriado la política de telecomunicaciones durante varios decenios. No se debe permitir que distraiga a la próxima generación de políticas de las telecomunicaciones en México.

La OCDE observa correctamente que la Comisión Federal de Electricidad

<sup>138</sup> *Ibid*, pp. 927, 931-932.

<sup>139</sup> *Ibid*, pp. 931-932.

(CFE), una empresa estatal, opera una red nacional de fibra óptica con “una sobrecapacidad considerable”.<sup>140</sup> En 2010 la CFE subastó una participación en su red que ganó un consorcio conformado por Televisa, Telefónica y Megacable (el único postor). El consorcio, el Grupo de Telecomunicaciones de Alta Capacidad (GTAC),<sup>141</sup> puede venderles capacidad a otros operadores de la red pero no a los usuarios finales.<sup>142</sup> La OCDE reconoce que esta red “reduce la dependencia que las tres empresas tienen de Telmex [...] como proveedor de servicios de transmisión, y da a otros operadores una opción adicional importante”.<sup>143</sup> No obstante, respecto a la provisión del acceso a la red de la CFE, la OCDE asevera que “las tarifas deben basarse en una metodología de costos incrementales a largo plazo”.<sup>144</sup> Esta conclusión demuestra que la OCDE no comprende lo esencial. La capacidad excedente de la red de la CFE debería obviar la regulación del precio de acceso, no perpetuarla.

Tender un excedente de capacidad de fibra óptica es barato y hace posible la entrada en el futuro, sobre todo en el contexto de un consorcio. Se podría decir que la zanja es la infraestructura esencial; si el gobierno financiara la excavación de zanjas y permitiera que terceros operadores de red instalaran su fibra en esas zanjas, entonces el efecto sería que el gobierno habría garantizado resultados competitivos impuestos por la amenaza creíble de la entrada inmediata. La OCDE reconoce que “la disponibilidad de fibra oscura representa un incremento significativo de la oferta de un producto de interconexión clave”.<sup>145</sup> Específicamente, “el continuo excedente de capacidad de reserva en la red [de la CFE] significa que, en principio, es posible desarrollar mayor competencia mediante una licitación posterior bien elaborada”.<sup>146</sup> En consecuencia, la capacidad de la red de fibra óptica de la CFE “posee un importante potencial para aumentar la competencia en el mercado de servicios de transporte y de *backhaul* [red de retorno]”.<sup>147</sup>

En lugar de regular el acceso a la red de la CFE, el gobierno de México podría permitir que la CFE licite periódicamente el derecho de usar esta fi-

<sup>140</sup> Estudio de la OCDE, p. 78.

<sup>141</sup> *Ibid*, p. 66.

<sup>142</sup> *Ibid*, p. 78.

<sup>143</sup> *Ibid*.

<sup>144</sup> *Ibid*, p. 128.

<sup>145</sup> *Ibid*, p. 79.

<sup>146</sup> *Ibid*, p. 79.

<sup>147</sup> *Ibid*, p. 100.

bra oscura y así generar un precio determinado por el mercado para el valor justo vigente en ese momento de la capacidad de banda ancha. En contraste, en los Estados Unidos el intento por evaluar el acceso a la red de cobre de banda estrecha enfascó a la Corte Suprema de los Estados Unidos y al Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito de D.C. durante 10 años en acciones entabladas después de la promulgación de la Ley de Telecomunicaciones de 1996, debido a que la FCC intentó reproducir la información de precios que las transacciones reales del mercado habrían generado. Además, este ejercicio resultó ser no sólido cuando los precios de los productos básicos subieron, lo que hizo que el costo prospectivo de un bucle de cobre desagregado rebasara su costo histórico.<sup>148</sup>

La regulación de los precios de la próxima generación de la red sería completamente innecesaria si se licitara el excedente de capacidad. En lugar de regular los precios, el regulador sencillamente emitiría una opinión en el sentido de que es tiempo de licitar otro incremento en la capacidad de la fibra óptica. En esencia, la CFE y el consorcio que posee (parte de) su red podrían comprometerse creíblemente a un modelo de entrada tipo “precios límite” mediante la forma de los incrementos adicionales de fibra oscura que se estén licitando y activando. La discusión anodina del costo prohibitivo de cavar hoyos en la tierra (o instalar cableado aéreo) dejaría de enturbiar el debate.

## II. LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE DE AMPLIAR LAS FACULTADES DE LA COFETEL SON ERRÓNEAS

La OCDE propone que la Cofetel usurpe los poderes de los tribunales, la SCT y la Cofeco. Sin embargo, la Cofetel no tiene pericia ni ninguna ventaja comparativa en la interpretación de la ley, en la toma de decisiones políticas ni en la evaluación de la competencia.

### 1. *La denuncia de la OCDE acerca del amparo es incorrecta por razones económicas y jurídicas*

Las partes pueden apelar las decisiones regulatorias de la Cofetel fundamentándose en la Constitución mediante la presentación de una solicitud

<sup>148</sup> Jerry A. Hausman, J. Gregory Sidak y Timothy J. Tardiff, “Are Regulators Forward-Looking? The Market Price of Copper versus the Regulated Price of Mandatory Access to Unbundled Local Loops in Telecommunications Networks”, 61 *Federal Communications Law Journal*, 2008, p. 199.

de amparo. La OCDE atribuye los problemas que supuestamente existen en el sector de las telecomunicaciones en México al uso que hacen los operadores regulados de los amparos para impugnar las decisiones de la Cofetel. La OCDE argumenta:

Este abuso de los amparos ha frustrado y retrasado la regulación diseñada para promover la competencia [...] El problema del proceso de amparo no es tanto que se puedan revisar las decisiones; [...] El problema radica en que los amparos desembocan en la suspensión de la acción reguladora. Los amparos que congelan o retrasan las decisiones de regulación socavan la aplicación oportuna y la seguridad jurídica, dos aspectos de vital importancia en un mercado regulado.<sup>149</sup>

Así la OCDE recomienda que se aplique una regla —en lugar de que se suspenda— durante la revisión del amparo ante los tribunales. Las críticas del sistema de amparo hechas por la OCDE son infundadas y, de lo contrario, las decisiones regulatorias deberían suspenderse mientras los tribunales decidan anular o ratificar esas decisiones.

La interposición de un recurso de amparo no puede ser abusiva en sí, incluso si el tribunal ratifica la regla impugnada después de haberla suspendido. Una limitación constitucional estándar del alcance de la ley de competencia (conocida como doctrina Noerr-Pennington en los Estados Unidos) es que las leyes de competencia no pueden usarse para impedir que las partes invoquen su derecho constitucional de presentar peticiones ante el gobierno.<sup>150</sup> Igual que en los Estados Unidos, en México existe una garantía explícita en la Constitución para el derecho de presentar peticiones

<sup>149</sup> Estudio de la OCDE, 1, p. 133.

<sup>150</sup> Véase, por ejemplo, Section of Antitrust Law de la American Bar Association, Monografía 25, “The Noerr-Pennington Doctrine”, 2009. Las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961) y *United Mine Workers of America v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965), establecieron la doctrina según la cual una empresa no puede considerarse responsable de los daños y perjuicios en materia de competencia que resultan de las acciones de petición que sean “razonablemente calculadas o que tengan la intención genuina de pedirles algún desagravio a los responsables de la toma de decisiones gubernamentales”. “Noerr-Pennington Doctrine”, *op. cit.*, 150, pp. 1-2. De manera similar, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea sostuvo que los criterios para determinar los casos en que una acción es de carácter ficticio (o “abusivo”) “deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre la aplicación del principio general de tutela judicial[.]” ya que “la posibilidad de hacer valer los derechos propios en vía judicial [...] es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros[.]” Asunto T-111/96, *ITT Promedia NV. v. Comisión de las Comunidades Europeas*, 1998 E.C.R. II-02937, sumario ¶ 1, ¶ 72.

ante el gobierno.<sup>151</sup> Si se supone que la OCDE no está recomendando que se impida que las partes participen en esfuerzos legítimos por proteger sus derechos constitucionales, el problema que alega la OCDE ha de ser que los operadores regulados están haciendo uso de lo que en ocasiones se denomina abuso del derecho de acción (*sham litigation*), en las que la parte que interpone el recurso pretende usar el proceso judicial en sí y no el resultado de ese proceso, para perjudicar a los competidores o a la competencia. Para considerarse un abuso de derecho de acción, el litigio debe “carecer de fundamento objetivo”, es decir, que “ningún litigante razonable podría, siendo realista, esperar que tenga éxito por méritos propios”.<sup>152</sup> ¿Carecen de fundamento objetivo las peticiones de amparo de Telmex y Telcel?

Ningún recurso de amparo que tenga como resultado la suspensión de una regla puede carecer de un fundamento objetivo. A mi entender, el proceso de amparo en México está conformado por dos etapas fundamentales. Primero, el tribunal decide si el amparo interpuesto es abusivo y, si así lo considera, lo rechaza. Si el tribunal no rechaza el amparo por considerarlo no abusivo, entonces la regla impugnada se suspende hasta que el tribunal decida si ratificar o anular la decisión regulatoria.<sup>153</sup> La OCDE omite todo análisis de la primera etapa del proceso de revisión, pero esa etapa es decisiva para poder evaluar si el sistema de amparo es o no un abuso anticompetitivo del proceso. Cabe destacar que una decisión regulatoria impugnada no se suspende sino hasta que el tribunal determine que el recurso de amparo no es abusivo. Un recurso abusivo es prácticamente lo mismo que una demanda que carece de fundamento objetivo. El mecanismo para negar los recursos de amparo abusivos antes de que las reglas se suspendan sirve como medida preventiva contra la suspensión indebida de las decisiones regulatorias. Si un recurso de amparo se declara abusivo y se niega, la decisión regulatoria impugnada no se habrá pospuesto, así que la existencia del proceso de amparo no habrá causado ningún daño. Por otra parte, si el amparo se concede en la primera etapa, ha de tener posibilidades de éxito con base en sus propios méritos. Por ende, ninguna petición de amparo que derive en la suspensión de una regla puede considerarse una petición ficticia.

<sup>151</sup> Art. 8 de la Constitución Mexicana (“Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa”) [en lo sucesivo, Constitución Mexicana].

<sup>152</sup> *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Indus., Inc.*, 508 U.S. 49, 60 (1993).

<sup>153</sup> Véase, por ejemplo, Bruce Zagaris, “The Amparo Process in Mexico”, *U.S.-Mexico Law Journal*, 6, 1998, p. 62.

Más importantemente, un litigio exitoso jamás será una acción ficticia. La OCDE afirma que “México tiene un número sorprendentemente alto de amparos que acarrearán no sólo suspensiones, sino la anulación de decisiones reguladoras”.<sup>154</sup> Esta admisión es impresionante ya que refuta el argumento de la OCDE de que los amparos han ocasionado los supuestos problemas en el sector de las telecomunicaciones en México. Si los recursos de amparo de Telmex y Telcel se han concedido, no es posible argumentar convincentemente —como hace la OCDE— que las empresas están abusando del sistema de amparo para lograr resultados anticompetitivos.

La alta proporción de casos en los que el tribunal ha anulado decisiones de la Cofetel tiene dos consecuencias importantes. En primer lugar, muestra que la primera etapa del proceso de amparo logra eliminar los amparos abusivos (o que carecen de fundamento objetivo) y, por ende, logra minimizar el daño ocasionado por la suspensión errónea de las reglas. En segundo lugar, dado que hay una mayor probabilidad de que un amparo que llegue a la segunda etapa de la revisión se conceda, se justifica la suspensión de todas las decisiones reguladoras impugnadas y pendientes de revisión jurídica en la segunda etapa. Es decir, la alta tasa de revocación de las decisiones de la Cofetel que se han anulado vindica la suspensión automática de las decisiones de la Cofetel durante la revisión jurídica.

Al afirmar, no obstante, que: “el crítico problema implícito consiste en que la regulación antimonopolio es objeto de reiteradas anulaciones o suspensiones en los tribunales de México”,<sup>155</sup> la OCDE está insinuando que los tribunales mexicanos se equivocan cuando suspenden y anulan las decisiones de la Cofetel. ¿En qué se basa la OCDE para hacer esta acusación? ¿No es más probable que las decisiones de la Cofetel se anulen porque son aplicaciones imperfectas de la ley? La OCDE hace caso omiso de la posibilidad de que el regulador tal vez *i*) cometa errores en su análisis de los hechos o los fundamentos o *ii*) tenga una intención que se aparta del propósito establecido de la oficina regulatoria. La OCDE sucumbe a la “falacia del nirvana” de condenar los “mercados imperfectos” para luego suponer la existencia de una regulación perfecta.<sup>156</sup> Contrario a la suposición de la OCDE de que las

<sup>154</sup> Estudio de la OCDE, p. 133.

<sup>155</sup> *Ibid*, p. 91. La OCDE afirma que “el hecho de que los tribunales [mexicanos] no deleguen en la entidad reguladora ni en las instituciones encargadas del diseño de políticas públicas es en sí un problema”. *Ibid*, p. 133.

<sup>156</sup> Véase Harold Demsetz, “Information and Efficiency: Another Viewpoint”, 12 *Journal of Law and Economics*, 1969, p. 1.

entidades regulatorias siempre tienen la razón, el Tribunal de Apelaciones para el Circuito de D.C. ha revocado las decisiones de la FCC (el regulador del sector de las telecomunicaciones más experimentado del mundo) en muchas ocasiones. En uno de estos casos, el juez Robert Bork escribió que la FCC había “rebatido la presunción de su propia pericia”.<sup>157</sup>

Del mismo modo, la OCDE peca de ingenua al suponer que los reguladores tienen intenciones nobles. Lo contrario, los reguladores pueden actuar de manera oportunista y así lo han hecho. El expresidente de la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos (FCC, por sus siglas en inglés), Reed Hundt, dijo lo siguiente de la interpretación de la FCC de las disposiciones de la desagregación obligatoria de la Ley de las Telecomunicaciones de los Estados Unidos de 1996:

Las [...] concesiones habían producido un cúmulo de ambigüedades que por lo general se inclinaban en favor de las compañías telefónicas locales. Pero según los principios de la interpretación legal, nosotros (la FCC) teníamos [...] amplias facultades discrecionales para escribir las reglas de aplicación. De hecho, como los ingenieros modernos que intentan enderezar la Torre de Pisa, podríamos aspirar a darles a los nuevos entrantes a los mercados de telefonía local una oportunidad más justa de competir que la que podrían hallar en alguna disposición explícita de la ley.<sup>158</sup>

No existe razón para creer que la Cofetel, dada la autoridad casi ilimitada que la OCDE prevé, nunca abusaría de sus facultades discrecionales para lograr metas que favorezcan los intereses de los competidores particulares por encima del interés público.

## *2. La solución de la OCDE eliminaría la obligación de la Cofetel de rendir cuentas*

La OCDE le transferiría a la Cofetel la autoridad que tiene la SCT para tomar decisiones políticas.<sup>159</sup> Sin embargo, la OCDE jamás ofrece una base factual para el problema implícito según el cual la SCT ha estado anulando

<sup>157</sup> *Alltel Corp. v. FCC*, 838 F.2d 551, 562 (circuito de D.C. 1988).

<sup>158</sup> Reed E. Hundt, *You Say You Want a Revolution: A Study of Information Age Politics* (2000), p. 154.

<sup>159</sup> Estudio de la OCDE, p. 134 (“la SCT [...] no debería tener el derecho de [...] anular las decisiones de la Cofetel. La responsabilidad de tomar una decisión debe ser atribución exclusiva de la Cofetel”).

las decisiones de la Cofetel. Además, si bien la OCDE sostiene que la SCT “debe ocuparse de elaborar políticas públicas”,<sup>160</sup> nunca aclara la distinción entre la elaboración de las políticas y la toma de decisiones políticas. No logra replantear de manera clara la distinción entre los papeles de la SCT y la Cofetel y solo insiste en que la Cofetel necesita más independencia. De manera similar, la OCDE recomienda que la Cofeco sólo ayude a la Cofetel a “entender las repercusiones de su regulación en ese ámbito [la competencia]”, pero la Cofetel “debe estar facultada” para declarar el poder de mercado.<sup>161</sup> Entonces ¿qué autoridad realmente les queda a la Cofeco y la SCT?

La OCDE parece equiparar la “independencia” de un regulador con su capacidad para deshacerse de cualquier responsabilidad política o jurídica. Los conceptos de tolerancia, moderación y —en el extremo opuesto del espectro— abuso de las facultades discrecionales, son ajenos a la visión de lo que según la OCDE implicaría para México adoptar las “mejores prácticas de la OCDE”.<sup>162</sup> Para la OCDE, la independencia consiste únicamente en el ejercicio inapelable de la Cofetel del poder de coaccionar a quienes estén sujetos a su jurisdicción. En lo que respecta a la SCT, la OCDE condena el hecho de que las facultades de la Secretaría no residen en una jerarquía inferior del gobierno, es decir, en la Cofetel:

La independencia de la Cofetel es insuficiente y no coincide con las mejores prácticas de la OCDE. Esto se debe a que su función, en gran medida, es fundamentalmente consultiva y se subordina a la SCT en asuntos como la renovación y modificación de los términos y condiciones de licencias y permisos. La Cofetel no puede imponer multas a los operadores, pero sí puede recomendar tal acción a la SCT. En realidad, la Cofetel carece de facultades para llevar a cabo efectivamente su cometido de supervisar, evaluar y promover la competencia y eficiencia en el desarrollo del sector de las telecomunicaciones.<sup>163</sup>

La OCDE parece argumentar que estas actividades son tan importantes que debieran hundirse aun más en la burocracia.

Una interpretación de la crítica de la OCDE es que no confía en que la SCT

<sup>160</sup> *Ibid.*

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>163</sup> *Ibid.*

actúe de manera independiente. La OCDE quizá tenga razón en el sentido de que coincide con las prácticas prevalecientes de las naciones de la OCDE para devolverles —desde las jerarquías superiores del gobierno— a los burocratas de carrera las facultades para renovar las licencias de telecomunicaciones, para modificar sus términos y condiciones, y para imponer multas. Sin embargo, no se puede deducir ni por lógica ni conforme a la experiencia común que la reducción de la obligación de rendir cuentas de los reguladores de las telecomunicaciones sea una forma de “independencia” que haya de provocar la envidia de todo el mundo, salvo por aquellos que esperen liberarse de esa obligación. De nueva cuenta, la OCDE define su visión de “independencia” en términos de acción y despreocupación en lugar de moderación y circunspección:

Debe reconocerse que en el pasado [la Cofetel] tuvo varias oportunidades de utilizar sus limitadas facultades para tomar medidas, pero no lo hizo, en espera de impugnaciones a las decisiones de la Cofeco. Este fue el caso cuando la Cofeco identificó que Telmex y Telcel tenían una posición dominante en 2009, pero no tomó la iniciativa de someter a estos operadores a regulaciones asimétricas sino hasta el tercer trimestre de 2011, cuando dictó medidas para los operadores dominantes en el mercado de enlaces dedicados (en la actualidad, sujeto a consulta pública de la Cofemer). La Cofetel temía que los tribunales pudieran suspender el proceso de imponer la regulación asimétrica, como ocurrió durante un intento previo que empezó en el año 2000.<sup>164</sup>

Para la OCDE, el “temor” del regulador por la revisión judicial es algo que debe eliminarse. Una dependencia encargada de “mejores prácticas” podría imponer la regulación de manera mucho más expedita a cómo lo ha hecho la Cofetel hasta ahora si los jueces mexicanos simplemente dejaran de insistir en que las acciones de la dependencia se conformen al estado de derecho. La OCDE no da consideración alguna a la posibilidad de que las apelaciones judiciales anteriores en contra de las decisiones de la Cofeco quizás aporten información valiosa para la Cofetel de si un posible curso de intervención regulatoria que se esté considerando actualmente sería legal. Resulta revelador el hecho de que la recomendación de la OCDE de aumentar las facultades de la Cofetel para regular sea, al mismo tiempo, una recomendación

<sup>164</sup> *Ibid.*

para reducir el poder que tienen los tribunales mexicanos para definir qué es la ley. La OCDE entiende muy bien que para un regulador ningún poder es tan embriagante como aquel por el cual no existe ninguna obligación de rendir cuentas.

### CONCLUSIONES

Los cambios radicales que recomienda la OCDE para las instituciones regulatorias y jurídicas no fomentarían la competencia. Lo contrario, la propuesta de la OCDE de imponer reglas asimétricas *ex ante* perjudicaría a los consumidores mexicanos al crear un cártel de proveedores de telecomunicaciones en México autorizado por el gobierno. Las recomendaciones de la OCDE protegerían a los competidores ineficientes y reducirían los incentivos a la inversión tanto para los incumbentes como para los entrantes.

La solución para aumentar el despliegue y la adopción de tecnologías de telecomunicaciones de próxima generación no radica en apoyar a los competidores en lo individual, sino en eliminar las barreras regulatorias a la entrada a los mercados de televisión y telefonía celular. Hacer esto fomentaría la innovación en los productos diferenciados y la oferta de servicios en paquete, lo que habrá de beneficiar a los consumidores mexicanos y facilitar la adopción de banda ancha.