

# COMPETENCIA *INCOMPETENTE*

Francisco González de Cossío\*

*If you fear monopolies ...  
open the borders.*

—Milton Friedman

I.	INTRODUCCIÓN .....	1
II.	DIAGNÓSTICO .....	2
	A. EFECTOS DE LA DOMINANCIA DE TELMEX.....	2
	B. ORÍGENES Y ESTATUS.....	2
	C. TEORÍA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA .....	4
III.	UNA SOLUCIÓN DE MERCADO: ELIMINAR EL CUELLO DE BOTELLA LEGAL.....	7
IV.	COMENTARIO FINAL .....	10

## I. INTRODUCCIÓN

La disciplina de la competencia económica es la más importante para lograr bienestar (en su sentido económico<sup>1</sup>). México está repleto de mercados que distan de ser competitivos. Un área importante en la que la competencia ha fallado es telecomunicaciones.

---

\* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. ([www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)). Observaciones bienvenidas a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx)

<sup>1</sup> Para conocer su significado, ver González de Cossío, Francisco, *Nueva Política de Competencia: Alumbramiento, Pubertad y Madurez de una Idea*, en Mena y Xopa, México, D.F., Ed. Porrúa, 2007.

## II. DIAGNÓSTICO

### A. EFECTOS DE LA DOMINANCIA DE TELMEX

Teléfonos de México, S.A. de C.V. (“Telmex”) es un agente económico con dominancia en diferentes segmentos del mercado de telecomunicaciones en México.<sup>2</sup> Ello significa que tiene la habilidad de incrementar el precio de sus productos sin que competidores puedan contrarrestar la misma, o que el consumidor cambie de proveedor.

Como toda firma dominante, Telmex realiza actos y omisiones que incrementan sus ingresos y participación de mercado, y evitan que nazca o florezca competencia. Como resultado, el consumidor mexicano sufre los efectos normales de un mercado que dista de ser competitivo: paga precios altos (supra-competitivos) por productos subóptimos.

De diferentes maneras, las autoridades de competencia han buscado frenar el poder de mercado de Telmex, y su abuso del mismo. Mientras que algunos intentos han fracasado, otros están empantanados dadas las complicaciones de la materia.

La hora ha llegado para analizar una solución alternativa.

### B. ORÍGENES Y ESTATUS

La posición dominante de Telmex deriva, *grosso modo*, de dos fuentes: un monopolio legal y uno natural.

El monopolio *legal* es el resultado de que, antes de ser privatizada, Telmex era la única entidad que podía prestar los servicios de telefonía en México. El monopolio *natural* deriva de barreras de entrada consistentes en tecnología y monto de inversión.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Ver resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFC) de los siguientes expedientes: DC-02-2007, DC-03-2007 (servicios de terminación de tráfico público conmutado de voz (redes fijas)), DC-04-2007 (servicios de originación de tráfico público conmutado de voz (redes fijas)), DC-05-2007 (servicios de tránsito local de tráfico conmutado de voz (redes fijas)), DC-07-2007 (servicios de terminación en redes móviles), DC-08 – 2007 (servicios de voz mediante telefonía móvil al usuario final).

<sup>3</sup> En el pasado, el estado de tecnología requería una infraestructura física tal que implicaba una inversión importante para prestar el servicio de telefonía. Por ejemplo, cableado a nivel nacional.

Mientras que el segundo ha dejado de existir,<sup>4</sup> el primero subsiste.<sup>5</sup> Como resultado, Telmex es dominante en cinco mercados.<sup>6</sup>

El problema es tan apremiante que ha sido litigado ante la Organización Mundial de Comercio (“OMC”). En fechas recientes, un tribunal arbitral OMC<sup>7</sup> determinó que México había incumplido las siguientes obligaciones que adquirió bajo el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios<sup>8</sup> (GATS):<sup>9</sup>

1. El compromiso de hacer que el proveedor nacional dominante (Telmex) dé a proveedores de Estados Unidos acceso (vía interconexión) a las redes nacionales, y, por ende, acceso a mercado nacional, para suministro tras-fronterizo de servicios de telefonía.
2. Tomar las medidas apropiadas para prevenir prácticas anti-competitivas entre los proveedores nacionales que impidan el acceso a proveedores extranjeros;
3. Asegurar el acceso a, y utilización de, las redes públicas de telecomunicaciones, en términos razonables a los proveedores de Estados Unidos.

En forma relevante, Telmex ha sido denunciado e investigado por prácticas diversas que implican la existencia de poder de mercado.<sup>10</sup>

Es ante el *statu quo* anterior que considero que una estrategia alternativa debe ser examinada. Pero antes, una digresión sobre la teoría de la regulación económica es procedente.

---

<sup>4</sup> Es decir, el estado de desarrollo de la tecnología permite que, hoy por hoy, sin la necesidad de una inversión de la importancia que antes se necesitaba (cablear todo el país), se pueda prestar el servicio de telefonía.

<sup>5</sup> Es necesario contar con una concesión para prestar el servicio de telefonía.

<sup>6</sup> Así lo ha declarado la CFC. Los mercados (o segmentos) en los que se identificó dominancia son: (1) telefonía básica local; (2) acceso; (3) larga distancia nacional; (4) transporte interurbano; y (5) larga distancia internacional. (*vid.* Expediente AD-41-97.)

<sup>7</sup> Dentro del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, dichos tribunales arbitrales son denominados “Grupos Especiales”.

<sup>8</sup> Conocido como “GATS” por *General Agreement for Trade in Services*.

<sup>9</sup> Informe WT/DS204/R del 2 de abril de 2004 (*Measures Affecting Telecommunications Services*).

<sup>10</sup> Por ejemplo, discriminación de precios, establecimiento de ventajas exclusivas, incremento de costos de rivales, negativas de trato, trato discriminatorio y restricciones de abasto.

### C. TEORÍA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

En términos generales, en un mercado donde rige el principio *laissez-faire*, la regla general es ausencia de regulación económica. Son los particulares quienes determinan *qué hacer, cómo y para quién*.<sup>11</sup> En forma excepcional, el Estado influye en dicha toma de decisiones. La teoría económica de la regulación<sup>12</sup> nos dice que ello debe tener lugar *grosso modo* sólo en los siguientes casos: (a) en un caso de monopolio natural;<sup>13</sup> y (b) cuando existen externalidades<sup>14</sup> a combatir.

Lo anterior en cuanto a las *circunstancias* que justifican intervenir. Sobre los *métodos*, las teorías más aceptadas sostienen que puede tener lugar

---

<sup>11</sup> El precio determina para quién. Como decía A. Flanagan: “no existe la escasez ni el exceso, sólo el precio”.

<sup>12</sup> Una de las teorías que en forma inicial justificaron que exista regulación económica es la teoría del interés público (“*public interest theory*” o “*normative análisis as a positive theory* (NPT)”). Pero no es la única. Existe también la Teoría de la Captura (“*capture theory*”) y la teoría económica de la regulación (“*economic theory of regulation*”). En términos generales, la **Teoría del Interés Público** sostenía que debe existir regulación económica para resolver los casos de fracasos del mercado. La **Teoría de la Captura** sostiene que la entidad gubernamental que regula una industria es capturada por dicha industria y lo que acaba haciendo es regulándola de tal forma que se logren los intereses de la misma, incluyendo el incremento de rentas. La implicación es que la regulación promueva las ganancias de la industria en cuestión más que el bienestar social (¿suena familiar?). La **Teoría Económica de la Regulación** analiza el impacto que los grupos de interés tienen en la formación de legislación. La misma predice que la regulación beneficiará a grupos de interés pequeños y bien organizados más que a (o a costa de) la colectividad. Ello obedece, *inter alia*, a los incentivos que enfrentan los legisladores y la forma en que los grupos influyen en los mismos. (La descripción dada es genérica. Las teorías son ricas y llenas de escenarios distintos.)

<sup>13</sup> Un “monopolio natural” existe cuando, al nivel socialmente óptimo de abasto, el costo de la industria es minimizado únicamente si sólo existe un solo productor. Es decir, el mercado en cuestión no soporta más de una firma. En términos más formales: cuando la curva de costo promedio (*average cost curve*) declina siempre, no obstante la cantidad.

<sup>14</sup> Una “externalidad” existe cuando la totalidad de los costos de producción de un producto no son reflejados en su precio; alguien tolera un costo sin ser remunerado, o recibe un beneficio sin pagar por el mismo. Existen externalidades positivas y negativas. Ejemplos de negativas son el ruido, la contaminación, etcétera.

mediante (a) regulación; (b) franquicias;<sup>15</sup> y (c) creación de una empresa pública.<sup>16</sup>

Sobre nuestro tema es cierto que las *circunstancias* que justifican intervenir están presentes: se trata de una actividad que podría calificarse de “monopolio natural” pues el costo medio a largo plazo<sup>17</sup> declina en la medida en que incrementa abasto. A su vez, dado que es una actividad que afecta a muchos, podría pensarse que existen externalidades.

Sobre los *métodos*. Me concentraré en la regulación. La regulación económica puede tomar varias formas. Puede involucrar controles de precios, cantidad, la entrada o salida de agentes económicos,<sup>18</sup> entre otras variables. Mucho puede decirse sobre la regulación. Sin embargo, lo relevante para este comentario es que *la regulación es con frecuencia una alternativa sub-óptima, una vez comparada con el mercado*.

El mercado tiene un mecanismo auto-correctivo. Es decir, dados los incentivos que propicia en los agentes económicos que participan en el mismo, los problemas de un mercado particular tienden a auto-corregirse sin la necesidad de intervención gubernamental. El motivo es claro: el deseo de obtención de rentas incentiva la creatividad para resolver los mismos. La regulación con frecuencia entorpece—más que ayuda—la solución de los problemas de un mercado.

Además, la regulación implica monitoreo continuado por una burocracia de los pasos y decisiones tomadas por agentes económicos. Ello invita cuellos de botella, anquilosamiento, retrasos, costos, medidas artificiales y (con frecuencia) sub-óptimas para resolver problemas económicos, y, en general, reducción de la eficiencia con la que un agente económico ataca un mercado. Por ello, con frecuencia, el mercado—con todos sus bemoles—es superior a la mejor de las intervenciones.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Mediante la franquicia de una actividad pública se privilegiará al interesado que se comprometa a ofrecer el precio más bajo por el servicio. De esta manera, dado que no puede competir sobre precio, lo tendrá que hacer sobre calidad. Además, dado que el precio está fijo, estará incentivado para producir eficientemente.

<sup>16</sup> Una empresa pública es lo opuesto a una empresa privada. Mientras que ésta tiene como fin último optimizar ganancias de los accionistas, aquella tiene como fin último maximizar el bienestar de la sociedad.

<sup>17</sup> El *Long-Run Average Cost* o “LRAC”.

<sup>18</sup> Mediante, por ejemplo, requiriendo que se cuente con una concesión.

<sup>19</sup> En caso de desear abundar sobre esto, véase García Alba Iduñate, Pascual, *Regulación y Competencia*, en *Competencia Económica en México*, Ed. Porrúa, 2004, pg. 105.

Obviamente existen instancias en las que se justifica regular. No deseo insinuar que el liberalismo *total* es la solución a *todos* los problemas económicos. Pero tampoco es la regulación la solución a todos los problemas económicos. ¿Cómo distinguir?

El análisis económico del derecho enseña que, para que una regulación se justifique y sea positiva, debe afectar la actividad a la que va dirigida de una manera costo-efectiva. Para determinar si ello sucede, deben sopesarse los costos impuestos por la regulación a la luz de los resultados que se busca que genere, y los que en verdad genera. Si los costos pesan más, o los resultados no se logran, o se logran en una medida inferior a la que se desea, la regulación es inefectiva. Ya sea porque sobre-regula, regula mal o simplemente no se justifica.

En mi opinión, este es el caso con la concesión para prestar servicios de telefonía.

Podría contestarse que en mi exposición anterior están los elementos que refutan la postura presentada: se trata de una rama que muestra características de un monopolio natural y que genera externalidades. Ello es cierto, pero no conclusivo.

Sobre el **monopolio natural**, es cierto que podría considerarse que la industria en cuestión tiende al monopolio por tratarse de una en la que el costo medio a largo plazo decrece en todos los niveles de abasto. Sin embargo, ello es un indicador de dicha estructura, no el calificativo final. Lo cierto es que los elementos para la solución del problema están también presentes: el mercado mexicano puede soportar más agentes económicos. La *verdadera* circunstancia que genera un monopolio natural es que el mercado en cuestión no admita a más de un agente económico en la misma industria. Y ello es inexistente en este caso. Es cierto que ello ocurre, *inter alia*, cuando el costo medio a largo plazo es siempre decreciente. Pero en el caso de México, el mercado es lo suficientemente grande como para justificar la presencia de más de un competidor. Tan es así que, aún en la presencia de un dominante, existen competidores, y que a la fecha no han sido desplazados.

En relación con las **externalidades**, no es tan claro que existan. No debe confundirse el que la actividad involucre al público en general, con que la actividad genere una externalidad. En el caso de telefonía, lo primero ocurre; lo segundo no. Y aunque fuera el caso, habría que analizar si las mismas están mejor abordadas abriendo las puertas a la competencia.

Por lo anterior, veamos la alternativa de una solución de mercado.

### III. UNA SOLUCIÓN DE MERCADO: ELIMINAR EL CUELLO DE BOTELLA LEGAL

La eliminación del requisito de concesión para prestar el servicio de telefonía<sup>20</sup> es una opción que puede reducir el problema de ausencia de competencia que sufre el mercado mexicano de telefonía.

Como se detalló, la posición dominante de Telmex deriva de dos fuentes: una legal y una fáctica. La legal consiste en los requisitos legales para prestar el servicio (concesión). La *fáctica* es una barrera de entrada: el monto de inversión necesario dado el estado de la tecnología. Mientras que la primera subsiste, la segunda ha perdido importancia. En forma creciente, la tecnología ha hecho más fácil (y barato) prestar servicios de telefonía.<sup>21</sup> Por consiguiente, ¿por qué no liberar la realización de la actividad? De eliminarse el requisito de concesión, serían únicamente barreras de entrada, y su altura, las que determinarían el nivel de competencia en el mercado en cuestión. Ello aguijonearía la inversión en investigación y desarrollo (R&D), lo cual propiciaría la reducción de la barrera. Se alinearían los incentivos de tal forma que se comenzaría una espiral de inversión en tecnología que reduciría la altura de la barrera de entrada, mejorando el servicio de telefonía a favor del consumidor mexicano.

Dicho de otra manera, se utilizaría el poder de mercado de Telmex en su contra. Las rentas supra-competitivas que genera se convertirán en un imán de competidores, propiciando competencia en dicho mercado.

Es natural anticipar que la propuesta encontrará renuencia. Después de todo, se trata de una actividad altamente regulada y bienes del dominio público, por lo que su liberalización podría no parecer ser una opción viable. No sólo eso, chocaría con la predisposición que se tiene a siempre cobrar por la utilización de un bien público.

Entiendo la postura, pero invito a que se re-visite. Con respecto a la explotación de un bien público, el mismo objetivo puede lograrse mediante un impuesto.

Con respecto a la actividad, ¿porqué debe ser la explotación del espectro radioeléctrico una actividad altamente regulada? ¿Porqué no regularla sin

---

<sup>20</sup> Me refiero a la explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico y redes públicas de telecomunicaciones (artículos 11, 14 *et seq* y 24 *et seq* de la Ley Federal de Telecomunicaciones.)

<sup>21</sup> Es decir, si bien la industria es intensiva en capital, no es —ni por mucho— lo que era dada la anterior necesidad de contar con una infraestructura física importante (cableado nacional).

necesidad de contar con un permiso de entrada (la concesión) sino únicamente fijando directrices, como ocurre en otras áreas?<sup>22</sup>

Un parangón puede ser ilustrativo: las calles. Las calles, como el espectro radioeléctrico, son propiedad de la Nación, fueron construidas por ella, y tienen un ingrediente de interés público: su correcta utilización es importante (al igual que el espectro radioeléctrico). Sin embargo, el acceso a las mismas no está concesionado. Cualquiera puede utilizarlas. Al hacerlo, deberá observarse la legislación que sea (directa<sup>23</sup> o indirectamente<sup>24</sup>) aplicable.

Toda proporción guardada, en su esencia se trata de lo mismo. Es un recurso público que, si bien existe un interés nacional o de orden público en que sean utilizados de manera apropiada, el establecer el embudo de una concesión, tiene como resultado propiciar la existencia de un agente económico dominante —como es el caso de Telmex.

Podría contestarse que, aunque no es concesión, para utilizar las calles sí es necesario contar con un “permiso”, ya sea para transitar o para prestar servicios de transporte. Contestaría que lo importante será que el permiso sea ampliamente disponible, de tal forma que se evite generar un embudo legal, como actualmente acontece.

Además, deben de considerarse las opciones. En primer lugar, considérese el estado actual de las cosas. No obstante los múltiples esfuerzos regulatorios y administrativos, lo cierto es que el problema no se ha logrado remediar. Y lo que es más, ha motivado que México sea demandado (y condenado) ante tribunales OMC.

En segundo lugar, en caso de que los esfuerzos continúen, se arribará a una situación que cuestiono que sea la más conveniente: la regulación económica. Es decir, el monitoreo y regulación de sus precios, abasto, y comportamiento de negocios.

La coyuntura de esta propuesta es ideal. Recientemente se ha declarado la dominancia de Telmex en diferentes mercados.<sup>25</sup> Ante ello, la duda surge

---

<sup>22</sup> Como de hecho ocurre con el espectro radioeléctrico de uso libre (vid. artículo 10.I de la Ley Federal de Telecomunicaciones).

<sup>23</sup> V.gr, el Reglamento de Tránsito, Ley de Vías Generales de Comunicación.

<sup>24</sup> Por ejemplo, debe transitarse a una cierta velocidad, evitando estacionarse en lugares que generen un obstáculo para las demás personas que transiten, y en ocasiones deben observarse precauciones adicionales (cuando se trata de una calle que pasa en frente de una zona escolar, hospital, etc.).

<sup>25</sup> Resoluciones DC-02-2007, DC-03-2007, DC-04-2007, DC-05-2007, DC-07-2007, y DC-08 – 2007.

sobre la medicina. ¿Regular? ¿Fragmentar?<sup>26</sup> Ambas medidas son no sólo extremas, sino cuestionables. Mientras que regular tiende a ser una solución subóptima,<sup>27</sup> desmembrar un agente económico no solo es una medida draconiana, sino difícil. ¿Cómo dividir? ¿Dónde debe establecerse una línea que fracture lo que ha demostrado ser un agente económico funcional? Recuérdese que el éxito del todo depende de sus partes. Su exitosa participación de mercado a través del tiempo bien puede ser resultado de superior eficiencia. Fragmentarla podría tener un efecto asemejable a la amputación de un miembro. Lo que es más, puede tener efectos negativos desde la perspectiva del consumidor: mermar eficiencias.

Hay quien se ha opuesto a la idea manifestando que la inversión en la actividad por los agentes actuales es tal que debemos no liberarlo aún para permitir que amorticen su inversión. Al hacer el argumento se hace una alusión a las fuentes de empleo involucradas.<sup>28</sup> Contestaría que ello lastima la eficiencia dinámica<sup>29</sup> y es contrario a la esencia misma del capitalismo. Ya lo hacía ver Schumpeter, un gran economista, al acuñar una de las ideas que más eco ha recibido en la literatura económica:<sup>30</sup>

Al tratar con el capitalismo estamos tratando con un proceso evolucionario...

---

<sup>26</sup> Técnicamente, ‘desincorporar’. La ‘desincorporación’ es la más seria e importante de las sanciones en materia de competencia económica. Fragmenta a la empresa, ya sea forzando la venta de activos o desconcentrando control. Otras jurisdicciones (v.gr., E.U.) la han utilizado en casos importantes (la fragmentación de AT&T) y tiende a reservarse para casos serios y como último recurso.

<sup>27</sup> Pues será un órgano burocrático, y no el mercado, quien tome decisiones importantes sobre, por ejemplo, precios, nivel de abasto, decisiones de estratégicas, et cétera. Ello invita aun más problemas: el monitoreo de precios necesariamente anquilosa las respuestas a los estímulos del mercado.

<sup>28</sup> No es de extrañar. El ingenio y astucia del manto con el que se cubren intereses siempre ha mostrado ser envidiable.

<sup>29</sup> Para entender la ‘eficiencia dinámica’ es necesario adoptar una postura sobre qué es ‘eficiencia’, lo cual ha mostrado ser complicado y controvertido. Si bien el tema merece mucha explicación (para ello, *confere* González de Cossío, Francisco, Nueva Política de Competencia: Alumbramiento, Pubertad y Madurez de una Idea, en Mena y Xopa, Ed. Porrúa, 2007), me ceñiré a decir que eficiencia es maximizar es ‘bienestar’. Y mientras que la eficiencia puede verse estáticamente (en un sólo periodo) también puede procurarse dinámicamente: sumando todos los periodos. Ello hace relevante a la tecnología, una fuente de eficiencia dinámica. Existen diferentes manera de fomentar la eficiencia dinámica (por ejemplo, mediante los derechos de propiedad industrial). (para ver porqué, *confere* González de Cossío, Francisco, *Competencia Económica Y Propiedad Intelectual ¿Complementarios o Antagónicos?* Visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/competencia](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/competencia))

<sup>30</sup> Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, HarperPerennial, USA, 1950, p. 82 y 83.

El capitalismo es por naturaleza una forma o método de cambio económico ... que nunca es fijo...

Este proceso de Creación Destructiva es un hecho esencial sobre el capitalismo. Es en lo que consiste el capitalismo y dentro de lo que cada interés capitalista debe vivir...

[In dealing with capitalism we are dealing with an evolutionary process...

Capitalism ... is by nature a form or method of economic change ... never can be stationary ...

This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism. It is what capitalism consists in and what every capitalist concern has got to live in.]

#### IV. COMENTARIO FINAL

Este ensayo inicia con un pensamiento de (el premio Nobel de Economía) Milton Friedman que es relevante y aplicable en materia del problema de México sobre servicios de telefonía. El comentario completo es: *If you fear monopolies, instead of creating a commission, open the borders.*

Como tantas abstracciones, existe mucho que podría decirse sobre la misma. Lo mismo ocurre con el problema de Telmex. Es cierto que la solución propuesta a este problema implicaría resolver otras complejidades técnicas que no he descrito. Sin embargo, creo que no obsta para que se analice. No hacerlo propiciará que la legislación de telecomunicaciones y competencia se utilicen anticompetitivamente. En detrimento del bienestar.

Ya lo decía un gran microeconomista estadounidense, Dennis Carlton:<sup>31</sup>

A las firmas les molesta la competencia y pueden utilizar las leyes de competencia económica para limitarla.

[Firms dislike competition and can use the antitrust laws to limit it. If used this way, the antitrust laws will wind up harming consumers.]

Ello debe evitarse so pena de controvertir su misión. Para ello, las autoridades regulatorias tienen una opción para convertir lo que a muchos ha parecido como una batalla perdida. Si es que Telmex ha tenido en jaque a las autoridades, el mate no está dado. Existe una movida que permite ganar la

<sup>31</sup> González de Cossío, Francisco, *Competencia Económica: Aspectos Jurídicos y Económicos*, Ed. Porrúa, México, D.F. 2005, p. xv y xvii.

partida: un gambito. Como todo gambito, hay algo que sacrificar. En este caso, se trata de una preconcepción: la concesión. De relajarse el requisito, se utilizaría el poder de mercado de Telmex en su propia contra. Y el beneficiario será el consumidor mexicano.