

CARLOS SEMPÉ MINVIELLE
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
(retirado)

¿MÁS COMPETENCIA O MÁS BUROCRACIA?



CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE LA LIBRE EMPRESA, A. C.

CARLOS SEMPÉ MINVIELLE

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (retirado)

Fue profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Subdirector General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, habiendo participado en la elaboración y revisión de más de 400 iniciativas de ley y de reformas a la Constitución.

Obtuvo la licenciatura con mención honorífica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Cursó los doctorados en Finanzas Públicas en la Universidad de París II (Panthéon), y en Gestión y Economía de la Empresa en la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne).

Realizó estudios en el West London College de Londres, Inglaterra; en la Universidad de Salzburgo y en Innsbruck, Austria, así como en Friburgo, Alemania.

Carlos Sempé Minvielle formó parte del equipo que a finales de los 80 y principios de los 90 instrumentó la simplificación del marco jurídico, la reducción del número de leyes y la derogación de disposiciones obsoletas que constituían cargas a los particulares y trabas a la inversión.

Participó en las reformas que dieron la plena propiedad de sus tierras a los ejidatarios y acabaron con el reparto agrario que daba lugar a una gran inseguridad jurídica en el campo. También intervino en la elaboración o modificación de múltiples leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Canadá

Obras: Técnica Legislativa y Desregulación, publicada por Editorial Porrúa. Coautor de los libros: La Renovación Nacional a través del Derecho y Técnica Legislativa

Artículos publicados por la Suprema Corte: Nombramientos inconstitucionales y parlamentarismo; Colegiación obligatoria de los abogados ¿remedio contra la deshonestidad y falta de preparación? Iniquidad en tipos penales; Riesgos en materia de derechos humanos; Distorsión de la equidad y proporcionalidad tributarias; Inconvenientes de las acciones colectivas sobre derechos difusos.

Actualmente es asesor jurídico.

¿MÁS COMPETENCIA O MÁS BUROCRACIA?

CARLOS SEMPÉ MINVIELLE

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (retirado)

Centro de Investigaciones Sobre la Libre Empresa, A.C.
JULIO 2015

INDICE

Introducción

I. Sanciones trascendentales

A. Multas excesivas

B. Clausuras

II. ¿Combate a monopolios?

III. Nerviosismo legislativo

IV. Restricciones al Amparo y suspensión del acto

V. Falta de uniformidad en la terminología
órgano-organismo

VI. Inconvenientes de la proliferación de organismos constitucionales autónomos

VII. Inconvenientes desde el punto de vista laboral

VIII. Intervención de las Cámaras en el nombramiento de funcionarios ajenos al poder legislativo.
Crítica

IX. Aumento del número de comisionados y consejeros

X. Dispendio de recursos y retribución de los comisionados

XI. Facultades de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones

XII. Comisión Federal de Competencia Económica

XIII. Instituto Federal de Telecomunicaciones

A) Competencia económica

B) Concesiones

C) Concesiones al gobierno federal

D) Licitación y contraprestación por concesiones

E) Revocación de concesiones

XIV. Sesiones de IFT y COFECE

XV. Servicio público de telecomunicaciones

XVI. Servicio público de radiodifusión

XVII. Derecho a difundir ideas en los medios

XVIII. Propaganda

XIX. Regalo de televisiones y programas asistenciales

XX. Artículos transitorios

Conclusión

INTRODUCCIÓN

En 2013 se hicieron trascendentales reformas a la Constitución en materia de telecomunicaciones y competencia económica (D.O.F. 11-VI-2013), las cuales tienen entre sus finalidades garantizar la libre competencia y concurrencia y combatir los monopolios.

Las finalidades buscadas son dignas de encomio, pero pueden implicar una intervención excesiva del Estado en la vida económica y, en cierto sentido, un regreso a los años 70. Si bien la rectoría económica del Estado ya se encontraba plasmada en la Carta Magna (art. 25), las facultades de que se dota a los órganos constitucionales autónomos que se crean son exorbitantes, y pueden afectar el funcionamiento de las empresas y agravar la ya de por sí delicada situación por la que atraviesa la economía del país, en un momento en el que lo que se necesita es seguridad jurídica.

El Estado ni siquiera cumple con sus obligaciones esenciales, como son: garantizar la seguridad pública y la educación. Respecto de esta última, al bajo nivel de enseñanza se suma el gran dispendio y el gran número de “aviadores”. En vez de primeramente meter orden en el ejercicio del gasto y fijar responsabilidades a los funcionarios y empleados

responsables, se cede a los chantajes de un número proporcionalmente reducido de sedicentes maestros (vándalos), se aumenta el gasto en servicios educativos y se señala como gran logro haber plasmado en la Ley General de Educación que el Estado debe destinar 8% del producto interno bruto (PIB) a la educación pública (art. 25).

En las recientes evaluaciones, el nivel de matemáticas resultó bajísimo. El de inglés de los alumnos de las escuelas públicas es prácticamente de “0”, no obstante haber obtenido calificaciones de 9.

La reforma constitucional dio lugar a la expedición de nuevas leyes y a la modificación de más de 10 leyes. Esa nueva regulación se tradujo en más obligaciones y prohibiciones a los particulares, así como en el incremento de las multas. A mayor intervención del Estado en la vida económica mayor corrupción.

La corrupción en México no es exclusiva del sector público, pero en éste prolifera. Es práctica común que en la adquisición de bienes y contratación de obra pública que realizan el Gobierno y las empresas propiedad del “pueblo”, como es el caso de PEMEX y CFE, se exija al contratista un porcentaje. En las empresas privadas es menos usual.

La corrupción es tal que con la finalidad de combatirla existe una normatividad muy compleja para la asignación de contratos de obra pública y adquisiciones,

lo que da lugar a una ineficiencia que impide el ágil funcionamiento del sector público, sin que ello evite los actos de corrupción pero sí retrasa la realización de obras y adquisiciones. En muchas ocasiones los asuntos terminan en tribunales con su consecuente demora. Las leyes que regulan esas materias se aplican al Poder Ejecutivo, pero no a los otros poderes ya que éstos expiden sus propias reglas.

Aunado a la corrupción, la mayoría de los funcionarios que administran las empresas del Estado no tienen experiencia empresarial y son designados por criterios políticos a sabiendas de que su paso por la empresa es efímero.

I.- SANCIONES TRASCENDENTALES

A. MULTAS Y DISCRECIONALIDAD EXCESIVAS

En la Ley Federal de Competencia Económica se establecen multas de hasta el 10% de los ingresos brutos del infractor (art. 127), así como multas de hasta 1.500,000 veces el salario mínimo (art. 128). Ni siquiera se prevé en la ley expresamente el monto mínimo de la multa lo que deja una gran discrecionalidad a la autoridad y conduce a arbitrariedades y hasta a absurdos. La autoridad por una misma infracción puede imponer una multa de un peso o de miles de millones, como ya ha sucedido.

Esas multas son excesivas y desproporcionadas, y por tanto contrarias al artículo 22 de la Constitución. Las penas trascendentales y las multas excesivas se encuentran prohibidas por el artículo 22 de la Carta Magna. El principio constitucional de que la pena debe “ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”, es aplicable a las sanciones administrativas de conformidad con lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia.¹

Las multas no deben ser “de tal magnitud que se vuelvan confiscatorias”, debe existir un “criterio de proporcionalidad que resulta del equilibrio entre la infracción y la sanción”.²

Hay quienes argumentan que en países desarrollados también existen multas sobre un porcentaje de los ingresos, pero no toman en cuenta la realidad de nuestro país y la gran corrupción que impera.

Ni la misma Comisión de Competencia de la Unión Europea ha estado exenta de críticas por ser

1 MULTA EXCESIVA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL. NO ES EXCLUSIVAMENTE PENAL (Anexo al Informe de 1995, Pleno, tesis de jurisprudencia núm. 7/95, p. 14). INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALES. EL ARTÍCULO 41, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, NO PREVÉ UNA MULTA EXCESIVA NI UNA CONSECUENCIA DESPROPORCIONAL A UNA CONDUCTA OMISIVA O ILEGAL (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2013) (Sem. Jud. Fed., 10ª época, libro 10, tomo I, septiembre de 2014, 1ª Sala, tesis núm. CCCXXIII/2014, p. 581).

2 ENERGÍA ELÉCTRICA. EL ARTÍCULO 40, PÁRRAFO PRIMERO, EN RELACIÓN CON SU FRACCIÓN VI, DE LA LEY DEL SERVICIO PÚBLICO RELATIVA, ESTABLECE UNA MULTA DESPROPORCIONADA Y EXCESIVA, POR TANTO, VIOLA EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. (Sem. Jud. Fed., 9ª época, tomo XXX, julio de 2009, 2ª Sala, tesis núm. LXXI/2009, p. 465). PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. EL ARTÍCULO 994, FRACCIÓN V, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, NO VIOLA TAL PRINCIPIO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 30 DE NOVIEMBRE DE 2012). (Sem. Jud. Fed., 10ª época, libro 3, tomo II, febrero de 2014, 2ª Sala, tesis núm. XX/2014, p. 1518).

selectiva en sus investigaciones a empresas americanas: Google, Microsoft, Apple, Facebook y Amazon. Claro que también las autoridades americanas han sido criticadas en ese sentido, al extremo de haber casos en que jefes de gobierno europeos han manifestado su preocupación ante el Gobierno americano.

¿Qué podemos esperar de las autoridades mexicanas cuando no nos caracterizamos por ser un ejemplo de imparcialidad? Ojalá que el IFT y la COFECE no caigan en esos vicios.

Es muy común escuchar a los legisladores decir que hay que dar “dientes” a las autoridades. El empleo de ese desafortunado vocablo encierra una realidad: multas elevadas dan lugar a más mordidas y corrupción. Siempre que se revisan las sanciones es para elevarlas.

En las leyes, las multas generalmente se fijan en días de salario mínimo, por lo que su monto se actualiza anualmente de manera automática. Pero para nuestros legisladores y autoridades ello no es suficiente y las incrementan de manera exorbitante.

Con motivo del incremento que se prevé al salario mínimo, hay quienes dicen que para evitar efectos inflacionarios, es necesario modificar previamente un sinnúmero de leyes que establecen las multas en días de salario mínimo. Quienes eso afirman, desconocen que es muy común que de un día para otro nuestros

legisladores dupliquen o tripliquen el monto de las multas, sin que ello incida en el índice inflacionario.

A continuación se citan algunas de las leyes en las que el monto de las multas establecidas en días de salario se multiplicó hasta por los siguientes factores:

- a) Ley General de Salud200
- b) Ley de Instituciones de Crédito:.....20
- c) Ley Federal del Trabajo:16
- d) Ley Federal de Protección al Consumidor:..14³
- e) Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios financieros.....10
- f) Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente:2.5

Con la reforma laboral de 2012 supuestamente se iban a crear millones de empleos, lo que no se logró, pero sí se aumentó en 16 veces el monto de la casi totalidad de las multas y se intensificaron las inspecciones para verificar que los empleados se encuentren afiliados a la seguridad social. A raíz de dichas inspecciones el Secretario del trabajo reconoció que “formalizar empleos no es nuevo empleo”.⁴

Se habla mucho del terrorismo fiscal, pero en materia administrativa también existen regulaciones y sanciones exorbitantes. Las facultades de las autoridades

3 Esta ley pone el monto de las multas en pesos, por lo que para su cálculo se hizo la conversión

4 Crónica, 16 de septiembre de 2015.

llegan a tal grado que los particulares no se atreven a criticar las medidas draconianas o lo hacen con mucha mesura, como sucedió ante los cambios fiscales y de competencia económica.

Las multas excesivas tienen repercusiones económicas negativas que generalmente no vislumbran los legisladores y las autoridades:

a) Impuesto sobre la renta: Las multas no son deducibles para el ISR, por lo que puede haber utilidad fiscal y en consecuencia se tenga que pagar este impuesto aunque en realidad haya pérdidas.

b) Reparto de utilidades: Las multas no son deducibles para determinar la utilidad fiscal que es la base para calcular el reparto de utilidades, por lo que éste se puede tener que pagar no obstante existir pérdidas.

c) Repercusiones económicas: Las multas excesivas pueden llevar a las empresas a la quiebra. Hay quienes creen que debilitando a las grandes empresas se beneficia a la micro y pequeñas, pero no reparan en el hecho de que se daña gravemente no solo a los dueños de las empresas sino también a sus trabajadores, ya que la plantilla laboral se puede ver reducida tanto en su número como en sus percepciones. Los proveedores también se ven afectados al igual que los empleos indirectos.

d) Acceso a crédito: El Gobierno insiste en la necesidad de que la banca otorgue más créditos, pero la imposición de multas excesivas no coadyuvan a ello. En tanto se confirma o revoca una multa cuantiosa en tribunales, se dificulta la obtención de crédito en condiciones favorables.

e) Inversionistas: Pueden verse afectadas miles de personas en su patrimonio. Comúnmente las grandes empresas cotizan en bolsa y forman parte de los portafolios de inversión de miles de pequeños inversionistas, ya sea directamente o a través de fondos de inversión o de las AFORES.

f) Inversiones: Se pueden retrasar y hasta cancelar importantes proyectos de inversión, incluidos los de infraestructura, que son los que se busca promover con la Ley de Asociaciones Público Privadas.

g) Desempleo: Al afectarse a las empresas se perjudica a los demandantes de empleo. Según datos del Banco Mundial, México está por alcanzar el nada honroso primer lugar mundial por el número de emigrantes, por encima de países como la India que tiene un ingreso per cápita muy inferior y una población 10 veces mayor.

Las multas establecidas en las leyes federales de Competencia Económica y de Protección al Consumidor sobre un porcentaje de los ingresos de las empresas, no toman en cuenta la capacidad

económica del infractor. El Pleno de la Suprema Corte ha determinado que la capacidad económica es un elemento que se debe tomar necesariamente en cuenta para fijar la multa.⁵ Los ingresos de una empresa no son indicativos de la capacidad económica, los ingresos pueden ser muy elevados pero sus gastos superiores.

Si bien se debe tomar en cuenta la capacidad económica del infractor para no dañar en demasía al infractor, la capacidad no debe ser un elemento para aumentar el monto de la multa. Por ejemplo, no sería muy adecuado que las multas de tránsito variaran según la capacidad económica del infractor. La autoridad administrativa debe poder reducir o aumentar el monto de las multas atendiendo a diversas circunstancias, tanto personales del infractor como las de comisión del ilícito, pero no aumentarlas por el simple hecho de que el infractor sea rico.

El Premio Nobel de Economía en 1992, Gary S. Becker sostiene:

“Si el objetivo es disminuir la pérdida social en ingresos derivados de la infracción, y no vengarse ni dañar a los infractores, entonces las multas deberían depender del daño total causado por el infractor, y no directamente de sus ingresos, raza, sexo, etc. En el mismo sentido, el valor monetario

⁵ MULTAS FIJAS. LAS LEYES QUE LAS ESTABLECEN SON INCONSTITUCIONALES. (Sem. Jud. Fed. 9ª época, tomo II, julio de 1995, Pleno, p. 19).

de la sentencia de prisión óptima y otros castigos, depende del daño, costo y elasticidad de respuesta, pero no directamente de los ingresos del infractor”.⁶

En la práctica no siempre es fácil para la autoridad conocer la capacidad económica del infractor persona física, y en el caso de empresas, el tamaño no determina necesariamente su capacidad económica.

Hay posturas ideológicas que satanizan a las grandes empresas. Creen que la solución a la desigualdad social es que el Gobierno distribuya la riqueza quitándosela a los que la generaron. Con esa pretendida finalidad Hugo Chávez y su discípulo Nicolás Maduro han llevado a Venezuela al caos.

Algo semejante al reparto agrario, por el que se dieron tierras a millones de campesinos, buena parte de los cuales, a pesar de los múltiples programas de apoyo y derroche de recursos, han tenido que emigrar a nuestro vecino país del norte, a pesar de los abusos de que pueden ser objeto por su carácter de ilegales.

Otros han abandonado sus tierras o dejado sus trabajos en el ejido o comunidad, en los que ganaban míseros jornales, para irse a los estados del norte. Tal es el caso de los oaxaqueños que emigraron a San Quintín, Baja California, una minoría de los cuales es manipulada para realizar bloqueos y actos vandálicos

⁶ Gary S. Becker., *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996, p. 65.

con el pretexto de que son explotados y trabajan en condiciones de esclavitud. En realidad, perciben mejores salarios que en su lugar de origen, tan es así que a pesar de que el Gobierno Federal les ha ofrecido transportarlos de manera gratuita a sus lugares de origen, casi todos se han rehusado.

Existe la idea de que la riqueza se genera por los millones de personas que viven en pobreza extrema, cuando que la realidad es que desgraciadamente éstas generan una mínima parte del PIB. Algunos llegan a pensar que los dueños de los grandes capitales consumen los alimentos y ropa que de otra forma llegaría a los más desprotegidos.

Esas posturas castigan el crecimiento de las empresas y van en contra del libre mercado. La Revolución Industrial permitió a una parte importante de la población acceder a bienes que estaban fuera de su alcance, claro que tuvo también como consecuencia en un primer momento la pérdida de empleos, pero en el mediano plazo permitió a un sector importante de la población acceder a bienes que anteriormente ni el “Rey Sol” tenía.

Hay dependencias gubernamentales que anuncian con bombo y platillo, el aumento del monto de las multas impuestas en el año. Hasta se exige a los funcionarios duplicar anualmente dicho monto.

Además, existen incentivos perversos. Hay leyes que permiten que las dependencias encargadas de vigilar el cumplimiento de las leyes se vean beneficiadas con el producto de las multas, tal es el caso del artículo 3°. del Código Fiscal de la Federación:

Los aprovechamientos por concepto de multas [...] que no sean de carácter fiscal, podrán ser destinados a cubrir los gastos de operación e inversión de las dependencias encargadas de aplicar o vigilar el cumplimiento de las disposiciones cuya infracción dio lugar a la imposición de la multa, cuando dicho destino específico así lo establezcan las disposiciones jurídicas aplicables.

También apunta en esa dirección el artículo 175 bis de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente el cual dispone el destino de los ingresos por multas a programas vinculados con la inspección y vigilancia. Disposiciones de esa naturaleza permiten beneficiar a los encargados de imponer las multas.

Si el servidor público que interviene en la imposición de una multa se beneficia del ingreso obtenido, existirían “intereses en conflicto”, el cual se presenta “cuando los intereses personales [...] del servidor público puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión” (art. 8° fr. XII, Ley

Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos).

Es muy difícil que un servidor público sea imparcial al realizar una inspección o imponer una multa, si ello le puede implicar un beneficio.

La excesiva discrecionalidad de las autoridades da lugar a verdaderos abusos. La PROFECO, que también interviene en la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica, se ha prestado a verdaderas extorsiones dizque en defensa del consumidor, obligando a vender mercancías en precios irrisorios.

En Campeche en 2014 la PROFECO presionó a una tienda -so pena de imponerle una sanción de hasta 2 millones y medio de pesos- a vender una televisión en 69 centavos, aduciendo que el letrero que señalaba su precio tenía un punto antes de la cantidad y se leía: “.6,900 pesos”.

B. CLAUSURAS

Proliferan las leyes que establecen sanciones de suspensión y clausura. En el extranjero es excepcional ver establecimientos con sellos de clausura, en cambio en nuestro país es muy común. En el Distrito Federal en la llamada “Zona Rosa”, proliferan los establecimientos con sellos de clausura y como consecuencia inmuebles en total abandono. El número

de clausuras en esa entidad federativa llegó a tal grado, que el 9 de enero de 2015 el Jefe de Gobierno declaró: “acabaremos con el cierre de negocios sin ton ni son”.

En la presente administración la PROFECO ha querido mostrar su celo de defender al consumidor poniendo sellos de suspensión a varios de los hoteles más lujosos, así como a las principales aerolíneas mexicanas y extranjeras, bajo el argumento de no tener a la vista del público sus tarifas.

Si los funcionarios de la PROFECO pagaran sus boletos de avión y el hospedaje en hoteles, se darían cuenta de que no solo en México sino a nivel mundial -excluyendo países como Venezuela-, las tarifas varían constantemente dependiendo de la época del año, día y hora, así como de la anticipación con que se adquieran.

Cuando se preguntó a su titular si iba a hacer lo mismo con los ambulantes que venden artículos piratas, robados o caducos, su titular respondió que no, ya que la gente sabe que ellos no cumplen con la normatividad. Actitud semejante asumen las autoridades del D.F. ya que los informales son un semillero de votos.

Si las multas elevadas tienen repercusiones económicas muy perjudiciales, las clausuras tienen un

impacto mayor, pues pueden dar lugar a que de un día para otro queden sin empleo muchas personas.

En contraste, las autoridades, por un malentendido respeto a la libertad de expresión, no aplican la ley y permiten que impunemente vándalos roben autobuses, productos de las tiendas y de los camiones, tomen las casetas de peaje y se roben las cuotas, destruyan comercios y quemen inmuebles, incluidos los de valor histórico.

Cuando se trata de particulares no violentos, por simples faltas administrativas se les aplica “todo el peso de la ley” si no se “arreglan” con la autoridad.

A raíz del derrame de sustancias tóxicas en Sonora por parte de una minera del Grupo México, antes de evaluar con certeza el monto de los daños y el número de afectados, se presionó a la empresa por no decir extorsionó, para constituir un fondo de 2 mil millones de pesos para indemnizar a los afectados, bajo la amenaza de sanciones mayores y la revocación de concesiones.

Por supuesto que se debe sancionar severamente la negligencia de las empresas, pero no cometer atropellos.

II. ¿COMBATE A MONOPOLIOS?

Uno de los objetivos de la reforma al artículo 28 constitucional es garantizar la libre competencia y concurrencia, y combatir los monopolios y prácticas monopólicas, lo cual es congruente con lo establecido en el primer párrafo del artículo 28 constitucional el cual continúa disponiendo que “quedan prohibidos los monopolios”.

A pesar de que en la exposición de motivos de la reforma constitucional se destaca el daño que ocasionan los monopolios, el propio artículo 28 constitucional conserva diversos monopolios y dispone que “no constituyen monopolios”, los monopolios del Estado en una serie de “áreas estratégicas”: correos, telégrafos y radiotelegrafía, entre otros, así como los sindicatos y las sociedades cooperativas de productores.

Es un anacronismo que todavía se dé el carácter de estratégicas y por tanto monopolio del Estado: al correo y al telégrafo. Le preguntaría al lector cuando fue la última vez que envió o recibió un telegrama o si sabía que todavía existe el telégrafo.

Lejos de suprimirse el monopolio del Estado en telegrafía, en el transitorio 15° del decreto de reformas se ordena a la Comisión Federal de Electricidad ceder a Telecomunicaciones de México, -organismo

descentralizado que requiere de cuantiosos subsidios- la concesión para instalar y explotar una red pública de telecomunicaciones y transferirle los recursos y equipos necesarios.

Tampoco se justifica permitir monopolios aunque se trate de sindicatos y cooperativas. Los sindicatos gubernamentales y los de las empresas paraestatales son de los más poderosos y corruptos del país, incluida la CNTE que ni a sindicato llega.

El correo continúa siendo monopolio del Estado y la Constitución le da el carácter de área estratégica. El servicio no es un ejemplo de eficiencia, por decir lo menos. Hasta el propio Gobierno Federal utiliza los servicios privados de mensajería. Después de años de no recibir ninguna carta, me llegó una el pasado mes de enero procedente de Alemania con un retraso de más de 2 meses.

En buena parte de los países europeos se suprimió el monopolio estatal del correo. En Suecia desde 1993, Gran Bretaña en 2006, Holanda en 2008 y Suiza y España en 2009. En el resto de los países de la Unión Europea la apertura total del correo debió realizarse en 2011.⁷

En Alemania, la Deutsche Post dejó de ser monopolio del Estado. Actualmente se cotiza en bolsa y el gobierno solo controla el 30% de su capital. Reinventó

⁷ Cfr. Le Figaro, 5 y 6 de julio de 2008, No. 19884, p. 18.

las oficinas postales, vendió 29,000 edificios y se quedó con 24, y suprimió 100,000 plazas.⁸ Su filial DHL es reconocida a nivel mundial por su eficiencia.

Para evitar que los servicios de mensajería y paquetería se consideraran correspondencia y por tanto monopolio del Estado, en la Ley del Servicio Postal Mexicano (art. 13) se dispuso que no son correspondencia los sobres que excedan de 458 milímetros de largo (casi medio metro) y 324 de ancho o un kilo de peso. Eso explica el gran tamaño de los sobres de las empresas de mensajería lo que aumenta el costo y afecta al ambiente, tanto por el consumo de papel como por la basura que se genera.

A pesar de que en la reforma constitucional se modificó la fracción XVII del artículo 73 relativo a las facultades del Congreso, permaneció intocado lo relativo a “postas”. Ese vocablo no se refiere a los rifeos de postas, sino al conjunto de caballerías que se apostaban en los caminos a distancia de 2 ó 3 leguas para que los correos pudiesen ser renovados. En la Ley del Servicio Postal Mexicano ya ni siquiera se hace referencia a ellas por ser una cuestión obsoleta.

Entre las prácticas monopólicas absolutas sancionadas severamente por la Ley Federal de Competencia Económica se encuentra: la celebración de convenios para elevar el precio de venta de bienes u obligarse a

⁸ New York Times News Service, noviembre 2011.

disminuir su producción. Esa conducta se sanciona hasta con el 10% de los ingresos del agente económico (arts. 53, frs. I y II y 127, fr. IV) y hasta con 10 años de prisión (art. 254 bis, Código Penal Federal).

Pero el propio Gobierno Federal realiza ese tipo de conductas. En 2014 funcionarios del Gobierno mexicano se reunieron con representantes de Arabia Saudita, Venezuela y Rusia antes de la sesión de la OPEP, con la finalidad de disminuir la producción y elevar el precio del petróleo.⁹

III. NERVIOSISMO LEGISLATIVO

La reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia económica y sus leyes reglamentarias buscan promover una sana competencia, pero para ello introducen una regulación excesiva que reviste graves inconvenientes.

Se llevaron a la Constitución materias que no debieran estar en ella sino en una ley o reglamento. En ningún país desarrollado la Constitución llega a ese detalle. Introduce una rigidez innecesaria en un sector que se transforma constantemente por lo que la legislación se vuelve obsoleta rápidamente.

La Constitución por definición, es: la ley fundamental de un Estado que contiene “el régimen básico de

⁹ Reuters, 26 de noviembre de 2014.

los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española).

En años recientes se han llevado a la Constitución normas de un detalle excesivo, disposiciones que podrían ir hasta en un simple reglamento. Es en parte por ello que se ha tenido que modificar continuamente nuestra ley fundamental.

De los 136 artículos de que consta la Constitución, solo el 17.6% no ha sufrido cambios. Hay artículos que han sido modificados más de 10 veces: el 73 que contiene las facultades del Congreso ha sido objeto de 69 reformas para aumentar sus facultades; el 123 que regula las relaciones laborales 22; y el 27 relativo a la propiedad nacional y agraria 19.

Muchas de las reformas constitucionales han abarcado múltiples artículos. La última reforma electoral (D.O.F.10-II-2014) abarcó: 31 artículos, es decir, más del 20% del total; una reforma electoral anterior: 18 (D.O.F. 22-VIII-96); la relativa al Poder Judicial (D.O.F. 31-XII-94): 27. Tan solo esos 3 decretos modificaron más de la mitad de los artículos de la Constitución.

El 5 de febrero de cada año es día de descanso obligatorio para conmemorar la promulgación de la Constitución. Cabría preguntarse qué Constitución

se conmemora, ya que a la fecha ésta ha sido objeto de 222 reformas (D.O.F. 27-V-2015).

Cobra actualidad lo que dijo el politólogo italiano Giovanni Sartori, condecorado por el presidente de la República con la Orden Mexicana del Águila Azteca en junio de 2015: “en su mayoría, las nuevas reformas de los últimos 30 años en Latinoamérica han sido peores que las anteriores”. Las constituciones “en todo el mundo fueron hechas por expertos, contrario a lo que sucede en estos días, en que los legisladores pretenden erigirse como redactores de las leyes fundamentales”.¹⁰

Pero más grave aún, es que sean los políticos quienes redacten las reformas constitucionales. Las más recientes reformas han sido producto de negociaciones entre políticos de diversas tendencias e ideologías.

El “nerviosismo legislativo” no es exclusivo de nuestro país, 4 países latinoamericanos encabezan la lista de países que más constituciones han tenido: la República Dominicana 32; Venezuela 26; Ecuador 20. El promedio de vida de las constituciones en América Latina es de 16.5 años mientras que en Europa Occidental es de 77.¹¹

10 Carlos Sempé Minvielle, *Técnica Legislativa y Desregulación*; Editorial Porrúa, 6ª Edición, México 2009, p. 6.

11 *The Economist*, vol. 410, núm. 8878, 15-21 de marzo de 2014, p. 15.

Hay constituciones que llegan a detalles excesivos y hasta absurdos. La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia dispone que el “Estado protege a la coca originaria y ancestral como patrimonio cultural” y “como factor de cohesión social, en su estado natural no es estupefaciente” (art. 384). La de Brasil ordena un salario más alto para los trabajos nocturnos.¹²

En cambio, la Constitución americana es breve. En ella se inspiró nuestro Constituyente para las garantías individuales y nuestras principales instituciones, comenzando por el nombre: Estados Unidos Mexicanos, el sistema federal, la división de poderes, el Congreso bicameral, la Suprema Corte de Justicia, traducción literal del inglés “Supreme Court of Justice”. Normalmente en español diríamos “Corte Suprema”, así como decimos “Tribunal Superior” y no “superior tribunal”. Cuando traducimos al español “White House” no decimos la “blanca casa”, sino la “Casa Blanca”.

Incorporar al texto constitucional detalles excesivos rigidiza innecesariamente materias que evolucionan y requieren su frecuente actualización y se difulta la supresión de normas obsoletas.

No se puede reducir el gasto público sin reducir el número de leyes y demás normas. Es así que

¹² The Economist, vol. 410, núm. 8878, 15-21 de marzo de 2014. p. 16.

ni el progreso técnico ni el internet han servido para disminuir el número de empleados públicos en nuestro país. Entre más leyes hay, más especialistas, técnicos e inspectores se requieren para aplicarlas.

La llegada de un nuevo funcionario a la cabeza de una dependencia, con frecuencia da lugar a la elaboración de los mismos estudios ya efectuados bajo la dirección de su antecesor o a sacarlos del fondo de los archivos. Dichos estudios comúnmente sirven para justificar modificaciones a la estructura administrativa y al marco jurídico. Paradójicamente, los funcionarios que llegan normalmente no tienen ninguna experiencia en el área que se les encomienda.

En contraste con esa situación, la Constitución americana que data de 1787 ha sufrido 27 enmiendas, la última en 1992 para prohibir que los senadores y representantes (diputados) se aumenten sus remuneraciones sin que haya antes una elección de éstos. Con ello se impide que los legisladores se aumenten su sueldo a su antojo, pudiendo el electorado no reelegir a esos legisladores.

En cambio en nuestro país, en los cuatro últimos años, la Carta Magna ha sufrido 32 reformas, y en 1982 se suprimió de su artículo 127 la prohibición de aumentar las compensaciones de los funcionarios federales de “nombramiento popular” durante “el

período en que un funcionario ejerce el cargo”. Es por ello que nuestros legisladores se pueden aumentar sus “dietas” a su libre albedrío.

Los candidatos que dicen tener vocación de servicio deben demostrarlo reduciendo sus prestaciones, como son entre otros muchos los gastos en restaurantes y viajes.

El nerviosismo legislativo se hace patente tanto en el número de leyes como en la extensión de éstas. El número de leyes federales no ha cesado de aumentar, únicamente disminuyó en el periodo de 1987 a 1995.

NÚMERO DE LEYES FEDERALES	
AÑO	NÚMERO
2001	212
2015	291

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal es todavía más prolija, el número de leyes se duplicó.

NÚMERO DE LEYES DEL D. F.	
AÑO	NÚMERO
2001	63
2015	139

Es posible evitar la proliferación de leyes. En Alemania para aprobar una ley, es obligatorio suprimir una o dos.

Con motivo de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia económica se expidieron nuevas leyes reglamentarias y se reformaron más de una docena de leyes. Las reglamentarias aumentaron considerablemente su articulado respecto de las anteriores leyes:

LEY	NUEVA	ANTERIOR
Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión	315	180
Ley Federal de Competencia Económica	138	39

En parte la proliferación de leyes se debe al excesivo número de comisiones ordinarias en ambas Cámaras del Congreso de la Unión que justifican su existencia generando leyes y reformas a éstas. Los legisladores no reparan en que establecer nuevas obligaciones y prohibiciones tiene un alto costo para los particulares y afecta al sano desarrollo de la economía.

El elevado número de comisiones no tiene por objeto una mejor división del trabajo, sino que más diputados y senadores puedan ser presidentes de comisiones y tener prestaciones adicionales: oficinas, automóvil, chofer, asesores y pago de gastos. En el Senado la mitad de los senadores preside una

comisión. En otros países el número de comisiones es mucho menor.

NÚMERO DE COMISIONES LEGISLATIVAS

MÉXICO

Cámara de Diputados	56
Cámara de Senadores	64

FRANCIA

Asamblea Nacional	6
Senado	6

GRAN BRETAÑA

Cámara de los Comunes	3
-----------------------	---

ALEMANIA

Bundestag	22
Bundesrat	16

ESTADOS UNIDOS

Senado	16
Cámara de Representantes	24

CUBA

Asamblea Nacional	10
-------------------	----

La proliferación de comisiones da lugar al “turismo legislativo” con el pretexto de foros en el país y en el extranjero, así como para supuestamente estrechar relaciones, por lo que sería conveniente reducir su número, fusionando unas y desapareciendo otras. Pero lejos de ello, su número continúa aumentando.

El “nerviosismo legislativo” da lugar a una serie de errores. Tal es el caso del artículo 32 de la Ley del Sistema Público de Radiodifusión que derivó de las reformas constitucionales. En él se dispone erróneamente que las relaciones de trabajo del Sistema “se regirán por la Ley Federal del Trabajo, Reglamentaria del Apartado B del Artículo 123 de la Constitución”, cuando que la Ley Federal del Trabajo no es reglamentaria del apartado B sino del A, ya que la reglamentaria del apartado B es la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Las leyes que sujetan las relaciones laborales de los organismos con sus trabajadores al apartado B del artículo 123 de la Carta Magna, han sido tachadas de inconstitucionales por nuestro máximo tribunal.¹³

13 TRABAJADORES DEL SERVICIO POSTAL MEXICANO. EL ARTICULO 16 DEL DECRETO PRESIDENCIAL DE CREACION DE DICHO ORGANISMO, EN CUANTO ESTABLECE QUE SUS RELACIONES LABORALES SE REGIRAN POR LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA EL ARTICULO 123 DE LA CONSTITUCION. (Sem. Jud. Fed., 9ª época, tomo II, agosto de 1995, Pleno, tesis de jurisprudencia núm. 15/95, p. 59). ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS DE CARACTER FEDERAL. SU INCLUSION EN EL ARTICULO 10. DE LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, ES INCONSTITUCIONAL (Sem. Jud. Fed., 9ª época, tomo III, febrero de 1996, Pleno, tesis de jurisprudencia núm. 1/96, p. 52).

IV. RESTRICCIONES AL AMPARO Y SUSPENSIÓN DEL ACTO

La fracción VII del artículo 28 restringe el acceso de los particulares a medios de defensa en contra de actos de los organismos, los cuales pueden “ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto”. No existen recursos ordinarios para impugnar esos actos a pesar de que pueden implicar una gravísima afectación para el particular.

No se debiera eliminar la posibilidad de impugnar las resoluciones de esos organismos. Anteriormente existían recursos ordinarios en sede administrativa, los cuales permitieron, en no pocas ocasiones, modificar las resoluciones.

La Primera Sala ha sostenido que una de las formalidades esenciales del procedimiento es que existan medios ordinarios de impugnación de los actos definitivos de los tribunales que lesionen los derechos de una de las partes.¹⁴ Por mayoría de razón, los actos de las autoridades no judiciales debieran también ser impugnables mediante un recurso ordinario, sobre todo tratándose de las resoluciones de organismos

14 PRINCIPIO DE IMPUGNACIÓN DE LAS SENTENCIAS. CONSTITUYE UNA DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. (Sem. Jud. Fed., 9ª época, tomo XII, agosto de 2005, 1ª Sala, tesis núm. LXXVI/2005, p. 299) DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. (Sem. Jud. Fed., 10ª época, tomo I, libro 3, febrero de 2014, 1ª Sala, tesis de jurisprudencia núm. 11/2014, p. 396)

como el IFT y la COFECE que impliquen un grave daño para el particular.

Regular en el artículo 28 constitucional aspectos relativos al amparo, introduce desorden ya que la propia Constitución dejó al artículo 107 f jar “las bases” a que se debe sujetar la materia de amparo.

En la fracción VII que se comenta se da al juicio de amparo el tratamiento de simple medio de impugnación, cuando que el amparo es más que eso, las sentencias que en él se pronuncian amparan y protegen al quejoso en el caso especial sobre el que verse la demanda (arts. 107, fr. II, Const. y 73, Ley de Amparo).

Pero todavía más criticable es que la fracción VII excluya del beneficio de la suspensión en el amparo a los actos del IFT. En cambio, las resoluciones respecto de multas o desincorporación de activos dictadas por la COFECE no se pueden ejecutar sino hasta que se resuelva el juicio de amparo. No se puede decir que esa disposición sea inconstitucional al estar contenida en la propia Constitución, pero sí es francamente discriminatoria.

Es verdad que en el pasado se abusó del amparo por parte de algunos concesionarios, en particular en materia de telecomunicaciones, ya que presentaban múltiples demandas empresas de un mismo grupo, en ocasiones docenas, con la finalidad de obtener la

suspensión en uno de los juicios y evitar la ejecución del acto reclamado.

Pero para evitar los abusos no era necesario llegar al extremo de impedir la suspensión de los actos del IFT, había otras vías: se hubieran podido introducir en la Ley de Amparo limitantes para conceder la suspensión cuando exista un verdadero perjuicio al interés social (arts. 128, fr. II y 129), pero no cuando no exista ese perjuicio, como puede ser en el caso de multas y revocación de la concesión.

La revocación de la concesión es una medida extrema que implica prácticamente una confiscación de los bienes afectos a la concesión, ya que éstos son casi siempre indispensables para la prestación del servicio. Ello ocasionaría graves daños al concesionario el cual si obtiene que se le conceda el amparo podrá exigir una indemnización multimillonaria con fundamento en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

El argumento de proscribir la suspensión para evitar se alarguen los juicios, pierde fuerza con la existencia de tribunales especializados en radiodifusión, telecomunicaciones y competencia económica, los cuales pueden resolver los asuntos de manera más expedita y, por economía procesal, disponer la acumulación de autos, aun cuando esa figura ya no se encuentre expresamente prevista en la nueva Ley de Amparo.

V. FALTA DE UNIFORMIDAD EN LA TERMINOLOGÍA ÓRGANO-ORGANISMO

En la reforma constitucional no se respeta la acepción jurídica de los términos órgano y organismo. Los vocablos órgano y organismo en su acepción jurídica se tomaron de la anatomía. El Diccionario de la Real Academia define al organismo como “conjunto de órganos del cuerpo” mientras que órgano es “cada una de las partes del cuerpo que ejercen una función”.

Lo correcto es reservar el término organismo a los que tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, a diferencia de los órganos. Es por ello que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal denomina órganos administrativos desconcentrados a los que forman parte de una Secretaría de Estado y se les dota de cierta autonomía, pero no de personalidad jurídica distinta de la del Estado.

Por tanto, no es correcto que en la reforma constitucional (art. 28) se dé al IFT y a la COFECE el carácter de órgano, ya que la propia Constitución les otorga autonomía, personalidad jurídica y patrimonio propio.

Pero ni siquiera existe uniformidad en la terminología empleada en la reforma constitucional, utiliza los términos órgano y organismo como si fueran sinónimos. La fracción VII del propio artículo 28 al

referirse al IFT y a la COFECE les denomina organismo que es lo correcto, y en las fracciones VI y XII utiliza acertadamente el término órgano al referirse a los órganos de gobierno del IFT y la COFECE.

A los organismos constitucionales autónomos, la Constitución les da indistintamente el carácter de organismo u órgano:

a) Denomina “organismo” a los siguientes:

Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE) (art. 3º, fr. IX)

Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) (art. 6º, apdo. A, fr. VIII)

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (art. 26, apdo. B)

Instituto Nacional Electoral (INE) (art. 41, fr. V, apdo. A)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) (art. 102, apdo. B)

Banco de México (art. 28) su ley le da el carácter de persona de derecho público.

b) Denomina “órgano” a los siguientes:

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) (art. 26, apdo. C)

Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) (art. 28)

Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) (art. 28)

Fiscalía General de la República (art. 102, apdo. A)

VI. INCONVENIENTES DE LA PROLIFERACIÓN DE ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Con la reforma constitucional, los órganos administrativos desconcentrados: Comisión Federal de Telecomunicaciones y Comisión Federal de Competencia se transformaron en Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) y Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), con el carácter de órganos constitucionales autónomos con personalidad jurídica y patrimonio propio, independientes en sus decisiones y funcionamiento.

Existe una tendencia a sacar de la esfera de competencia del Ejecutivo Federal funciones administrativas de gran importancia. En ocasiones hay una evolución paulatina: en una primera etapa, se dota de cierta autonomía a una unidad administrativa de una secretaría de Estado y se le convierte en órgano administrativo desconcentrado, y en una segunda, se le transforma en organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio o en organismo constitucional autónomo.

Los organismos constitucionales autónomos proliferan en nuestra Carta Magna, ya son 10. Existen otros entes con un cierto grado de autonomía, pero no se les puede considerar como tales.

Una cierta dosis de autonomía puede ser positiva, pero una autonomía total, como es el caso del IFT y de la COFECE que dejaron de formar parte de la Administración Pública Federal no es adecuada ya que por la naturaleza de sus atribuciones debieran depender del Ejecutivo.

La creación de ese tipo de organismos presenta inconvenientes. So pretexto de que se integren por ciudadanos ajenos a influencias políticas y de que gocen de independencia, generalmente se les dota de muy elevadas percepciones y de un numeroso personal.

Hay quienes pretenden que también tengan el carácter de organismo constitucional autónomo: el SAT y autoridades que realizan la supervisión de bancos y seguros, así como las que otorgan concesiones de: zona federal, minería, pesca, y construcción de carreteras, entre otras.

La multiplicidad de organismos constitucionales autónomos en materias de muy diversa naturaleza se contraponen con el régimen presidencial establecido en el artículo 80 de la Carta Magna que dispone que el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo se deposita en un solo individuo que se denominará Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, y de lo previsto en el artículo 90 constitucional que deja “los negocios del orden administrativo de la Federación” a cargo

de las secretarías de Estado, las cuales dependen directamente del Ejecutivo Federal.

La excesiva autonomía da lugar a una dispersión del Poder Ejecutivo en verdaderas islas, con la consecuente falta de coordinación. En el caso de los organismos descentralizados, a diferencia de lo que sucede con los organismos constitucionales autónomos, no existe esa dispersión, ya que en términos del artículo 90 constitucional el Ejecutivo Federal interviene en su operación. Esa intervención se realiza por conducto del secretario de Estado coordinador del sector, el cual cuenta con facultades para “coordinar la programación y presupuestación, conocer la operación” y evaluar los resultados de las entidades paraestatales (arts. 48 y 49, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

No se debieran crear organismos constitucionales autónomos para la realización de funciones que deben corresponder directamente a la Administración Pública Federal. Se justifica la autonomía constitucional en casos como el del Banco de México que buscó frenar los abusos de emisión monetaria descontrolada por parte del Gobierno y que llevó en el pasado a altas tasas de inflación y devaluaciones.

La situación había llegado a tal extremo que un Presidente de la República se jactaba de que la

economía se manejaba desde Los Pinos. Se hacía necesario un banco central fuerte que pudiera hacer frente al excesivo poder presidencial que de hecho existía.

También se puede justificar la autonomía constitucional del Instituto Nacional de Transparencia al que se encomendó vigilar a los tres poderes de la Unión y a los partidos políticos. Paradójicamente el nombramiento de los comisionados de ese organismo corresponde al Senado cuando que los legisladores son de los más reticentes a transparentar su gasto.

Es común la creación de nuevas estructuras gubernamentales sin un análisis previo del costo-beneficio. En materia de telecomunicaciones se creó el Registro Nacional de Usuarios de Telefonía Móvil (RENAUT) (art. 7, fr. XIII, Decreto de Reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones, D.O.F. 9-II-2009) para supuestamente combatir más eficazmente la delincuencia. Los concesionarios de telefonía expusieron las razones por las que el registro no iba a servir y tendría, como en efecto tuvo, un costo muy elevado. Tuvieron que pasar más de 3 años para suprimir el registro (D.O.F. 17-IV-2012), sin que por supuesto se indemnizara a las empresas por los gastos incurridos.

No es inusual que la excesiva autonomía de los organismos dé lugar a conflictos con sus mismos

promotores. El Senado de la República interpuso la controversia constitucional 117/2014 en contra de uno de los primeros actos del IFT: el Acuerdo que establece las Reglas de Portabilidad Numérica. El Senado argumentó que dicho acuerdo invadía la esfera de competencia del Congreso de la Unión y el principio de reserva de ley, pero el Pleno de la Suprema Corte declaró infundados sus argumentos.

También acaeció un conflicto entre el organismo autónomo denominado Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE) y el Ejecutivo a raíz de la suspensión indefinida del proceso de evaluación para el ingreso y permanencia en educación básica y media superior. El instituto exigió dejar sin efecto la suspensión ya que la medida invadía su esfera de competencia y vulneraba su autonomía constitucional. El Ejecutivo tuvo que dar marcha atrás.

VII. INCONVENIENTES DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL

Los organismos constitucionales autónomos al no formar parte de los poderes de la Unión se rigen por el apartado “A” del artículo 123 de la Carta Magna. Caso especial es el del Banco de México y las entidades de la Administración Pública Federal que forman parte del sistema bancario mexicano, los cuales se rigen por el apartado B del artículo 123 por disposición

expresa de la fracción XIII bis. Otro caso de excepción es el del INE en que la propia Constitución (art. 41, fr. V, apdo. A) dejó a la Ley Electoral y al estatuto del organismo regular sus relaciones de trabajo.

Los demás organismos constitucionales autónomos no están regidos por el apartado B del artículo 123 de la Carta Magna, lo cual presenta una serie de inconvenientes:

a) Cambio de régimen laboral

Las relaciones laborales de las dependencias de la Administración Pública Centralizada se rigen por el apartado B del artículo 123 constitucional.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estableció que las relaciones laborales de los organismos con sus trabajadores no están sujetas al apartado B de dicho artículo. Por consiguiente, los trabajadores y sus sindicatos podrían exigir que la relación laboral se rija por el apartado A del artículo 123 constitucional, y ya no por el B, con el consiguiente impacto presupuestario y laboral.

b) Huelgas

Existe un riesgo mucho mayor de huelgas, ya que para su legalidad en las del apartado A del artículo 123 constitucional, no se requiere la violación de manera general y sistemática de los derechos laborales ni que la huelga sea declarada por 2/3 de los

trabajadores, sino que basta con alegar falta de equilibrio entre los factores de la producción y mayoría simple de los trabajadores (arts. 123, apdo. A, fr. XVIII y apdo. B, fr. X, Const.; 94 y 99 Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; y 450 y 451, Ley Federal del Trabajo).

c) Pluralidad de sindicatos

Al regirse la relación laboral por el apartado A, podrían formarse varios sindicatos independientes, a diferencia de lo que sucede en las dependencias en que solo puede existir uno, adherido a la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado (arts. 388, LFT; y 68, LFTSE).

Lo anterior sin desconocer que la disposición que obliga a que sólo exista un sindicato por dependencia fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte.

d) Contrato colectivo en vez de condiciones generales de trabajo

En el apartado B, las condiciones generales de trabajo son fijadas unilateralmente por el titular de la dependencia, tomando en cuenta la opinión del sindicato (art. 87, LFTSE). En cambio, en el apartado A, el sindicato puede exigir con emplazamiento a huelga, la firma de un contrato colectivo que es un convenio entre el sindicato y el patrón (arts. 386 y 387 LFT).

e) Cláusula de exclusión

En el apartado A, el sindicato puede exigir que en el contrato colectivo se incluya la cláusula de exclusión (art. 395, LFT), según la cual sólo se puede contratar a miembros del sindicato y su expulsión o renuncia a éste, implica su separación del organismo. En cambio, en el apartado B el Estado no puede aceptar la cláusula de exclusión (art. 76, LFTSE).

Si bien la Suprema Corte ha declarado la inconstitucionalidad de la cláusula de exclusión por separación, subsistiría el peligro de que se emplace a huelga al organismo, para que se incluya esa cláusula en el contrato colectivo.

f) Indemnización y prima de antigüedad

En caso de cese sin causa justificada, los trabajadores de confianza podrían exigir la indemnización consistente en 3 meses de salario y 20 días por cada año de servicios prestados (arts. 48 y 50, Ley Federal del Trabajo).

Por lo que hace a la prima de antigüedad, la Suprema Corte determinó que el trabajador de un organismo que haya laborado bajo el régimen del apartado B, “no tiene derecho” a esa prima “establecida en el artículo 162 de la Ley Federal del Trabajo”.¹⁵

15 ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS FEDERALES. SI SUS TRABAJADORES LABORARON BAJO EL RÉGIMEN DEL APARTADO B DEL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL, NO TIENEN DERECHO A LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD ESTABLECIDA EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO. (Sem. Jud. Fed., 10ª época, tomo 1, libro VI, marzo de 2012, 2ª Sala, tesis de jurisprudencia núm. 21/2012, p. 498).

g) Competencia jurisdiccional

En las controversias laborales dejaría de ser competente el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, para pasar a serlo la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje que es la que conoce de los conflictos laborales regidos por el apartado A del artículo 123 constitucional.

h) Pasar del ISSSTE al IMSS

Al formar parte del apartado A, los trabajadores del organismo tendrían que pasar del ISSSTE al IMSS, lo que presenta dificultades, tanto por lo que hace al régimen de pensiones, que es diferente en cada instituto, como respecto de los servicios médicos.

No obsta a lo anterior el hecho de que la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (arts. 141 a 148), prevea la transferencia de las pensiones entre el ISSSTE y el IMSS, ya que la situación económica de ambos institutos es deficitaria, por decir lo menos.

VIII. INTERVENCIÓN DE LAS CÁMARAS EN EL NOMBRAMIENTO DE FUNCIONARIOS AJENOS AL PODER LEGISLATIVO. CRÍTICA

Cada vez más las Cámaras del Congreso de la Unión intervienen en el nombramiento de funcionarios ajenos al Poder Legislativo, para supuestamente asegurar su idoneidad y honestidad.

Es paradójico que quienes se asignan la tarea de velar porque se nombren funcionarios honestos y capaces sean los legisladores, cuando que en la encuesta sobre corrupción realizada por el INEGI en 2013, fueron los que salieron peor calificados, no lejos de la policía. A la policía judicial se le cambió su denominación a policía ministerial, en parte, para tratar de modificar su mala imagen.

Ese tipo de facultades de las Cámaras del Congreso deja ver una tendencia hacia un “semiparlamentarismo” que se marcó claramente con la reforma constitucional que introdujo los gobiernos de coalición, figura de los sistemas parlamentarios (D.O.F. 10-II-2014).

Anteriormente se criticaba en México el excesivo poder presidencial. Ahora hay quienes se quejan de la ingobernabilidad, y proponen como solución, dirigirse hacia un “semiparlamentarismo” para fortalecer al Poder Legislativo, sin reparar en que son

precisamente los legisladores los funcionarios más desprestigiados.

No es verdad que el sistema parlamentario asegure la gobernabilidad, sobre todo cuando existen múltiples partidos, como es el caso de México. Cuando son muchos los partidos para formar gobierno generalmente se tiene que recurrir a coaliciones, lo que implica “comprar” a los líderes de otros partidos con puestos en el Gobierno.

Francia -país que nuestros legisladores toman como modelo- tiene un régimen híbrido en el que al lado del Presidente que goza de un gran poder, hay un Primer Ministro, el cual, en no raras ocasiones, paga los platos rotos. El presidente socialista Mitterrand tuvo 7 primeros ministros, y su sucesor Jacques Chirac 4.¹⁶

Los sistemas electorales europeos basados en la filosofía del siglo XIX de representación proporcional, permite a los partidos pequeños obtener escaños en el Parlamento, lo que impide un liderazgo suficientemente sólido. Cada corriente o grupo crea su propio partido para pretendidamente mantener su pureza ideológica o acceder a beneficios económicos. Para evitar la proliferación de partidos pequeños, en países como Alemania, Polonia, Bélgica, Estonia, Letonia, Lituania, República Checa, Rumanía y

¹⁶ The Economist, 8 de marzo de 2014, vol.410, núm. 8877, p. 53.

Nueva Zelanda, entre otros, se requiere que el partido obtenga el 5% de la votación para tener derecho a diputados en el Parlamento. En México basta el 3% para que los partidos conserven el registro.

Los países europeos con formas de representación proporcional -como es el caso del nuestro- han visto el surgimiento de partidos con posturas radicales. En España los nacionalistas: vascos, catalanes; en Bélgica: valones, flamencos, o xenófobos como en Austria y Francia.

Para formar Gobierno los grandes partidos tienen que ceder en ocasiones a posturas extremas de los pequeños, así como concederles puestos a nivel ministerial. Los partidos pequeños gozan de un peso político significativo en los parlamentos de Austria, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Holanda, Hungría, Letonia, Suecia y hasta en el Parlamento Europeo.

De los 28 países miembros de la Unión Europea en sólo 3 se formó gobierno con un solo partido: Reino Unido, España y Malta. Todos los demás son gobiernos de coalición.¹⁷

Los gobiernos de coalición son generalmente inestables. En Italia no es raro que en un mismo año existan varios gobiernos diferentes. De fines de la II guerra mundial a 2004, hubo 59 gobiernos distintos. Giulio Andreotti fue primer ministro 7 veces, es

¹⁷ El País, España, 29 de mayo de 2015, año LX, núm. 13,843, edición América.

decir, conformó 7 gobiernos. Debido a esa ingobernabilidad, en el referéndum de 1993, la población votó masivamente por un “nuevo sistema electoral para reducir el número total de partidos y diluir su influencia”.¹⁸

Muchas veces la inestabilidad impide poner en práctica un programa de gobierno. Esa degeneración que algunos en México pretenden tomar como modelo, es lo que se ha venido a denominar en Italia “partitocrazia”. Distorsión que ya padecemos en nuestro país, al extremo de haberse castellanizado ese término.

En 2010, a Holanda le tomó meses formar gobierno, dado que los resultados de las elecciones no arrojaron un claro ganador. Pero más patético fue el caso de Bélgica, en 2011 rompió el récord europeo de 208 días que detentaba Holanda, así como el mundial de 249 que correspondía a Irak. El Rey Alberto II nombró y aceptó la renuncia de un mediador tras otro, sin lograr poner de acuerdo a los partidos a pesar de las manifestaciones que presionaban para acabar con el “impasse”. Le tomó año y medio a Bélgica formar Gobierno.

Japón, país de régimen parlamentario con un alto grado de civilidad, como lo demostró con el tsunami, tuvo 6 primeros ministros en el lapso de 5 años (2006-2011).

¹⁸ Newsweek; 15 de enero y 12 de febrero de 1996 y 26 de julio de 2004

Es importante aprovechar las experiencias de regímenes parlamentarios como el holandés, el belga, y en particular el italiano, en que su propio presidente se quejaba de la ingobernabilidad y debilidad del poder ejecutivo. No existe razón para pensar que nuestros legisladores van a ser un ejemplo de civilidad.

Sin necesidad de recurrir a gobiernos de coalición, el partido en el poder sacó la reforma fiscal con el voto del PRD y la energética con el del PAN, y con el voto de ambos partidos la de competencia y telecomunicaciones. En los tres casos se adicionaron disposiciones que no proyectaba incluir el PRI.

Nos dirigimos a un desmembramiento del Poder Ejecutivo, cada vez más las Cámaras del Congreso o, en su caso, la Comisión Permanente, intervienen en el nombramiento de autoridades ajenas al Poder Legislativo.

Los nombramientos en que intervienen los legisladores normalmente se politizan y no es raro, como hemos visto en múltiples ocasiones, que los partidos se los repartan por cuotas y tome mucho tiempo para que los aprueben. Fue por ello que en la Constitución (art. 28 en relación con el transitorio 6º.) se estableció un procedimiento farragoso para el nombramiento de los comisionados del IFT y la COFECE, en vez de dejarlo a la ley reglamentaria.

La Cámara de Diputados interviene en el nombramiento de:

a) Consejeros del Instituto Nacional Electoral (INE) (art. 41, fr. V, apartado A);

b) Consejeros del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) (art. 26, apdo. C);

c) Secretario de Hacienda, salvo si es gobierno de coalición; así como de los demás empleados superiores de Hacienda (art. 74, fr. III). Equivocadamente la fracción III del artículo 89 deja al Senado la aprobación del nombramiento de estos empleados.

d) Titulares de los órganos internos de control de los organismos con autonomía reconocida en esta Constitución que ejerzan recursos del Presupuesto de Egresos de la Federación (arts. 28, fr. XII y 74, fr. VIII).

El Senado interviene en el nombramiento de:

a) Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (arts. 76, fr. VIII, 89, fr. XVIII y 96);

b) Magistrados de las salas Superior y regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: (art. 99);

c) Dos consejeros del Consejo de la Judicatura Federal (art. 100);

- d) Gobernador y subgobernadores del Banco de México (art. 28);
- e) Comisionados del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) (arts. 6°, fr. VIII y 76, fr. XII);
- f) Miembros de la Junta de Gobierno del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (art. 26, apdo. B);
- g) Comisionados de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) (art. 28);
- h) Comisionados del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) (art. 28);
- i) Fiscal General de la República y objetar el nombramiento de los fiscales especializados en Delitos Electorales y Combate a la Corrupción (art. 102, apdo. A y 76, fr. XIII);
- j) Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y Consejeros del Consejo Consultivo (art. 102, apdo. B);
- k) Comisionados de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) (arts. 28, 76, fr. II y 89, fr. III)
- l) Comisionados de la Comisión Reguladora de Energía (CRE) (arts. 28, 76, fr. II y 89, fr. III);

m) Presidente y consejeros del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano (art. 6º, apdo. B, fr. V);

n) Secretario de Relaciones, embajadores, cónsules generales y empleados superiores del ramo de Relaciones (art. 76, fr. II y 89, fr. III);

ñ) Secretarios de Estado, en caso de que se opte por un gobierno de coalición, con excepción de los titulares de los ramos de Defensa Nacional y Marina (art. 76, fr. II);

o) Secretario responsable del control interno del Ejecutivo Federal;

p) Coroneles y demás jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales (arts. 76, fr. II y 89, fr. IV);

q) Jefe de Gobierno del Distrito Federal en los supuestos previstos en la Constitución (art. 76, fr. IX);

r) Gobernador provisional de un Estado cuando hayan desaparecido sus poderes constitucionales (art. 89, fr. V);

s) Integrantes de la Junta de Gobierno del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE) (art. 3º, fr. IX);

t) Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (Art. 73, fr. XXIX-H).

En el IFT y la COFECE no se designó a ninguno de los anteriores comisionados, todos fueron removidos de sus cargos como si ninguno fuera digno de continuar, y eso que supuestamente se respeta su autonomía e independencia. Los nuevos comisionados, sin perjuicio de sus méritos, ocupaban puestos de tercer nivel o procedían de la academia sin experiencia empresarial, a pesar de que su función medular es regular la actividad empresarial, sobre todo en el caso de la COFECE.

Situación similar se dio en el INE, solo conservaron a uno de los consejeros del IFE. Muchos de los consejeros que ha habido, supuestamente apartidistas, se han integrado a las filas de algún partido o al presupuesto. La pretendida ciudadanización del organismo y la designación de los consejeros por la Cámara de Diputados, no han sido óbice para que los mismos legisladores critiquen acremente a los consejeros de parcialidad y hasta se exija su remoción.

En la práctica, los partidos se reparten los nombramientos. Es natural, por definición los partidos ven su parte, no obsta a ello que la Constitución dé a los partidos políticos el carácter de entidades de interés público, ya que lo que es público es que los partidos velan por sus propios intereses. Sería ingenuo esperar que las designaciones que hacen los legisladores no atiendan a intereses partidistas.

No es inusual que a los partidos políticos les tome meses o hasta años para ponerse de acuerdo en la designación de funcionarios, tal ha sido el caso de miembros del otrora IFE y del Consejo de la Judicatura Federal.

Esa tendencia a facultar a las Cámaras a intervenir en el nombramiento de funcionarios ajenos al Poder Legislativo viene de tiempo atrás. A pesar de no tener facultades, el Congreso de la Unión facultó al Senado a objetar el nombramiento hecho por el Presidente de la República de los comisionados de las entonces Comisión Federal de Competencia (COFECO) (D.O.F. 28-VI-2006) y Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL) (D.O.F. 11-IV-2006).

La Suprema Corte determinó su inconstitucionalidad por contravenir el principio de división de poderes e ir en contra de la facultad del Presidente de la República de nombrar libremente a los funcionarios de la Administración Pública cuyo nombramiento no esté determinado de otro modo en la Constitución.¹⁹

Para evitar la inconstitucionalidad, en 2012 los propios legisladores promovieron reformar la Constitución (D.O.F. 9-VIII-2012) para facultar al Senado a ratificar los nombramientos de los comisionados de

¹⁹ Cfr. Carlos Sempé Minvielle; op. cit. pp. 51 y 54.

ambos órganos. Al año siguiente se transformaron en órganos constitucionales autónomos.

IX. AUMENTO DEL NÚMERO DE COMISIONADOS Y CONSEJEROS

El número de comisionados que integran los órganos de gobierno de diversos órganos aumentó en 40%: IFT, COFECE, INAI, CNH y CRE. El número de consejeros del INE también se incrementó.

Existe un incentivo perverso. Entre más numeroso el órgano de gobierno, menos estudian sus integrantes los asuntos; algunos se concretan a emitir una opinión en la sesión, sin haber hecho un análisis profundo del tema. Ejemplo extremo es el de los órganos legislativos en el que priva el ausentismo.

Una vez que se desahoguen los asuntos que deben atender el IFT y la COFECE derivados de la reforma constitucional, se va a hacer más patente lo innecesario del gasto derivado de aumentar su estructura administrativa. No hay que perder de vista que los comisionados, por disposición constitucional (art. 28, fr. V), están impedidos para conocer de la etapa de investigación, que es una de sus funciones primordiales, sobre todo en el caso de la COFECE.

El número de comisionados aumentó a 7 en cada uno de los siguientes órganos:

a) IFT: la COFETEL, órgano que se convirtió en IFT, originalmente se integraba por 4 comisionados (decreto art. 3º, D.O.F. 9-VII-96), y posteriormente subió a 5 (D.O.F. 11-IV-2006). En los Estados Unidos de América la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, por sus siglas en inglés) se integra por 5;

b) COFECE: la COFECO, órgano que se convirtió en COFECE se componía de 5 comisionados en la abrogada Ley Federal de Competencia Económica (art. 25). En los Estados Unidos de América la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) se integra por 5;

c) Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI): en el otrora IFAI eran 5 comisionados en términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (art. 34); la reforma constitucional en materia de transparencia gubernamental aumentó su número (art. 6º, apdo. A, fr. VIII, Const., D.O.F. 7-II-2014);

d) Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH): eran 5 comisionados en la abrogada Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (art. 5º); la reforma constitucional en materia energética aumentó su número (arts. 28, 76, fr. II y 89, fr. III, D.O.F. 20-XII-2013);

e) Comisión Reguladora de Energía (CRE): eran 5 comisionados en la abrogada Ley de la Comisión

Reguladora de Energía (art. 4°); la reforma constitucional en materia energética aumentó su número (arts. 28, 76, fr. II y 89, fr. III, D.O.F. 20-XII-2013).

Con motivo de la reforma electoral (D.O.F. 10-II-2014) en el Instituto Nacional Electoral (INE) el número de consejeros aumentó a 11, en el otrora IFE eran 9.

El aumento del número de comisionados y consejeros da lugar a la creación de nuevas estructuras administrativas con elevados sueldos y prestaciones. Ésa no es la mejor forma de combatir el desempleo. La creación de empleos improductivos en el gobierno, incide negativamente en la generación de empleos productivos en el sector privado.

Para justificar su existencia los funcionarios promueven el establecimiento de nuevas obligaciones, trámites y requerimientos de información a los particulares, lo que implica un alto costo.

En vez de reducir el gasto público, hay funcionarios que aducen que se deben aumentar los impuestos porque éstos son bajos como porcentaje del PIB comparado con otros países. Pero los diputados federales se abstienen de transparentar sus gastos y ocultan que los impuestos derivados de sus “dietas” son cubiertos por la propia Cámara. Adicionalmente, muchos estados no enteran los impuestos retenidos a sus empleados.

X. DISPENDIO DE RECURSOS Y RETRIBUCIÓN DE LOS COMISIONADOS

El artículo 28 constitucional dispone en su fracción II que el IFT y la COFECE “ejercerán su presupuesto de forma autónoma” y que la Cámara de Diputados “garantizará la suficiencia presupuestal a fin de permitirles el ejercicio eficaz y oportuno de sus competencias”. Esto último se repite innecesariamente en el transitorio 13° con la única diferencia de que en éste se dice suficiencia presupuestaria que es lo correcto, ya que presupuestal es un mexicanismo.

No es inusual que cuando las Cámaras del Congreso intervienen en el nombramiento de funcionarios de organismos constitucionales autónomos, dizque para asegurar su independencia, se les asignan cuantiosos presupuestos que se traducen en elevados salarios y prestaciones, pagos de viaje en primera clase, edificios de lujo, numeroso personal, asesores, choferes, coches.

La autonomía y “suficiencia” presupuestaria que se da al IFT y a la COFECE puede dar lugar a derroches. Al IFT se le asignó para 2014 un presupuesto de 2,000 millones de pesos; el triple del que tuvo en 2013 su antecesora la COFETEL. Uno de sus primeros actos fue remodelar el edificio nuevo que ocupaba, práctica común cada vez que llega un

nuevo funcionario público. Además, contrató otro edificio nuevo para más personal.

Desde hace años, en buena medida para combatir la corrupción, se pensó que si se aumentaban las remuneraciones de los servidores públicos se acabaría la corrupción. Pero no fue así. Los funcionarios deben tener percepciones decorosas que les permitan subvenir a sus necesidades, pero las prestaciones no deben ser de tal monto que atraigan a personas que aduciendo vocación de servicio tengan ambiciones desmedidas.

Con la supuesta finalidad de evitar que los comisionados perciban remuneraciones excesivas, la fracción X del artículo 28 de la Carta Magna dispuso: “la retribución que perciban los comisionados deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 127 de esta Constitución”.

Esa disposición resulta ociosa. Posiblemente nuestros legisladores desconocían que ya el artículo 127 de la propia Constitución establece que lo en él dispuesto se aplica también a los organismos autónomos, incluida la prohibición de que las remuneraciones de los servidores públicos sean mayores que la del Presidente de la República.

Claro que el dispendio de recursos no es exclusivo del IFT y la COFECE, el INE aportó recursos para la conformación de un fondo de 30 millones de pesos

para apoyar a varias ONG interesadas en observar las elecciones. Cuando el dinero no es de uno cualquier gasto se justifica.

XI. FACULTADES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

Se debe cuidar que el cúmulo de facultades que se otorgaron a la Comisión Federal de Competencia Económica y al Instituto Federal de Telecomunicaciones en la Carta Magna no afecte el buen funcionamiento de las empresas, pues existe el riesgo de que para justificar sus nuevas facultades, los cuantiosos recursos y personal de que se les dotó, establezcan trabas a la inversión, con el consecuente daño a las empresas y al propio país al obstaculizar la creación de empleos.

Está bien promover una mayor competencia, pero se debe preservar la seguridad jurídica, cuidando no afectar retroactivamente los derechos adquiridos de concesiones otorgadas con anterioridad. De lo contrario, en vez de promover nuevas inversiones éstas se desincentivan.

La reforma constitucional en materia de competencia económica se utilizó para modificar retroactivamente las concesiones ferroviarias para el transporte de

carga otorgadas mediante licitación pública. La Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario se reformó para prever que cuando no existan “condiciones de competencia efectiva” la SCT puede regular los derechos de paso y las tarifas (arts. 36, 36 Bis y 46).

Por supuesto que no pueden existir condiciones de competencia efectiva, ya que las concesiones de cada troncal fueron dadas en exclusiva, de lo contrario el Estado no hubiera obtenido en las licitaciones las contraprestaciones que consiguió. Este tipo de reformas no manda una buena señal para las inversiones que se busca atraer, pues a la inseguridad que priva en nuestro país se sumaría la jurídica.

La libre competencia y concurrencia no son conceptos inmutables, ni siquiera hay unanimidad sobre sus alcances. El Pleno de la Suprema Corte en una cerrada votación de 6 a 5 determinó la constitucionalidad de la ley que establece un precio único a los libros y prohíbe descuentos.²⁰

En cambio en 2006, el presidente Fox vetó un proyecto de ley semejante después de que la otrora Comisión Federal de Competencia la tachara de ser un retroceso que favorecía la creación de monopolios.

La libre competencia es un campo en el que permean posturas ideológicas o hasta populistas. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal emitió

20 Amparo en revisión 2261/2009 promovido por COSTCO de México.

una norma para supuestamente mejorar la equidad y competitividad prohibiendo la apertura de tiendas de autoservicio en determinadas zonas y no así las tiendas de abarrotes y misceláneas. La Suprema Corte determinó que ello iba en contra del artículo 28 constitucional al inhibir la libre competencia y competencia.²¹

Se dan a los órganos del Estado facultades exorbitantes para intervenir en la operación de las empresas, cuando que el Estado no se ha caracterizado por ser un buen administrador. PEMEX, CFE, Ferrocarriles -cuando era una empresa paraestatal-, no son precisamente un ejemplo de eficiencia y transparencia. Cuando TELMEX era paraestatal podían pasar años para conseguir una línea de teléfonos y había que convertirse en accionista de la compañía. Las decomposturas de la red eran muy frecuentes y pasaban meses para componerlas. Para conectar en el interior del domicilio un aparato telefónico que no fuera de los vendidos por el propio TELMEX, se corría el riesgo de que los empleados se negaran aduciendo que se tenía que “homologar” el aparato en la SCT. Si TELMEX todavía fuera del Estado, posiblemente

21 EQUIDAD Y COMPETITIVIDAD PARA EL ABASTO PÚBLICO. EL DECRETO POR EL QUE SE ADICIONA UNA NORMA “29 MEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE EQUIDAD Y COMPETITIVIDAD PARA EL ABASTO PÚBLICO”, A LOS PROGRAMAS DELEGACIONALES Y PARCIALES DE DESARROLLO URBANO DEL DISTRITO FEDERAL QUE SE INDICAN, PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 20 DE MAYO DE 2011, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. (Sem. Jud. Fed., 10ª época, libro 3, tomo I, febrero de 2014, Pleno, tesis de jurisprudencia núm. 5/2014, p. 192).

todavía estaría en proceso la licitación para escoger al proveedor de celulares.

Uno de los primeros actos anunciados por la COFECE fue el análisis de la falta de competencia en diversos mercados de consumo generalizado: refrescos, jugos, agua, cerveza, tortilla, carnes procesadas, pollo, huevo y medicamentos.

Es paradójico que al mismo tiempo que se busca promover la competencia en esos mercados para supeuestamente bajar precios y hacerlos más asequibles a la población, el propio Gobierno imponga altos impuestos a varios de ellos para disminuir su consumo.

La Ley Federal de Competencia Económica implica un alto costo para las empresas. Prácticamente cualquier concentración de las empresas grandes requiere de autorización previa de la COFECE, o del IFT en su caso (arts. 61 y 86).

Para autorizar una concentración esos órganos pueden establecer condiciones como son: la desinversión, enajenación de activos o acciones a terceros, tener que llevar a cabo una determinada conducta y prácticamente cualquier cosa que se les ocurra, como puede ser el cierre de sucursales (art. 91, fr. V). Ese tipo de condiciones puede implicar un elevado costo financiero y el cierre de fuentes de empleo.

No se debe asediar a las empresas de tal forma que busquen alternativas de inversión y crecimiento en otros países. Hay funcionarios públicos que no reparan en la grave situación por la que atraviesa el país, y se tardan meses o hasta años en resolver un asunto pues a ellos no les implica un costo. Por si no fuera suficiente, hay empresarios que aprovechan las leyes en materia de competencia para afectar a sus competidores.

A la COFECE le tomó meses, y además impuso condicionamientos, para autorizar la compraventa de los restaurantes: California a Toks, y Vips a Alsea. La venta de Comex a Sherwin Williams no la autorizó, lo cual tuvo un elevado costo para aquélla. Lo peor es que los comisionados creen que hicieron un gran trabajo.

El IFT y la COFECE, al igual que otras autoridades, tienden a exigir información innecesaria y obstaculizar la ágil operación de las empresas. Las grandes empresas han tenido que crear áreas encargadas de cumplir con el cúmulo de requerimientos de las diversas autoridades. Éstas, al actuar, deben tener en cuenta nuestra realidad y que más de la mitad de la población vive en la pobreza.

Hay funcionarios públicos que piensan que estableciendo trabas a las grandes empresas se coadyuva al crecimiento de las micro, pequeñas y medianas que

son las que crean 3 de cada 4 empleos. Si bien es verdad que éstas crean más empleos, éstos generalmente no son bien remunerados y, en el caso de las micro, muchas veces carecen de las prestaciones de seguridad social.

Por no ser políticamente correcto, los funcionarios omiten decir que las grandes empresas son las que crean más riqueza por las economías de escala, sinergias y automatización, lo que las hace más productivas. Claro que hay grandes empresas cuya productividad es bajísima como es el caso de PEMEX y la CFE (supuestamente empresa de clase mundial).

La automatización permite una mayor creación de riqueza con menos personal. Ir en contra de la automatización nos retrotraería a la época de los “luddites”, movimiento que existió en Inglaterra a principios del siglo XIX en el que bandas organizadas destruían las maquinas textiles que los estaban desplazando.

La obligación “muy republicana” que tienen los presidentes de ambos órganos de presentar anualmente un programa de trabajo y trimestralmente un informe de actividades a los poderes Ejecutivo y Legislativo, y comparecer anualmente ante la Cámara de Senadores, se puede traducir en un incentivo perverso para imponer más trabas a las empresas con la finalidad de justificar su existencia.

Esa obligación de informar se repite innecesariamente de manera parcial en los artículos 6° apartado B, fracción V y 28° fracción VIII de la Constitución, lo que deja ver la premura o falta de cuidado con que se elaboró la reforma constitucional.

XII.- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

La Comisión Federal de Competencia Económica tiene por objeto (art. 28, Const.):

[...] garantizar la libre competencia y concurrencia, combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados y cuenta con facultades para ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y a la libre concurrencia, regular el acceso a insumos esenciales y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

Se debe garantizar la libre competencia, pero es delicado dejar que un organismo gubernamental pueda obligar a dividir una empresa. La desincorporación de activos debe ser una medida excepcional y de última instancia. Contra lo que algunos creen, cuando se afecta a las grandes empresas se acarrea

perjuicio, no solo a los accionistas mayoritarios sino sobre todo a sus trabajadores y acreedores. Como generalmente esas empresas cotizan en bolsa también se puede afectar a las afores y fondos de inversión.

Nadie en su sano juicio dejaría el manejo de su empresa en manos de un político, mucho menos la toma de decisiones que pueden conllevar la sobrevivencia de la empresa. **Necesitamos empresas fuertes que puedan competir en un mundo globalizado, no obstáculos al crecimiento de las empresas.**

XIII. INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

El Instituto Federal de Telecomunicaciones tiene por objeto “el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones” y tiene a su cargo la regulación y “supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones” (art. 28, Const.).

A) COMPETENCIA ECONÓMICA

El IFT es la “autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones” y le corresponde: imponer “límites a la concentración nacional y regional de frecuencias”

y ordenar “la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites”.

Si bien puede ser positivo imponer límites a la concentración de frecuencias, la desincorporación de activos, como se señaló anteriormente, presenta inconvenientes. No es lo mismo impedir a una empresa que adquiera más frecuencias que obligarla a desincorporar activos, especialmente si fue el propio Gobierno Federal quien le otorgó las concesiones de frecuencias con base en la ley.

El Director del Instituto de Economía de la Competencia de la Universidad de Düsseldorf, Alemania, Justus Haucap, ex-presidente de la Comisión Alemana de Monopolios hace ver que una mayor competencia tiende a ofrecer un mejor servicio y mejores precios para los consumidores, pero se debe ser cauteloso para no tirar lo bueno junto con lo malo.

Haucap critica el populismo regulatorio en Europa y sus implicaciones para los usuarios, la eficiencia de las redes y la inversión. Se debe aprender de los errores cometidos por los europeos ya que **mientras cierta regulación puede ser necesaria para facilitar la competencia, si ésta es demasiado estricta puede destruir los incentivos para la inversión y la innovación.**

Una regulación eficiente nunca se debe basar en conceptos estáticos que solo tienen como propósito la reducción de precios, sino que debe existir la flexibilidad suficiente incluso para los operadores dominantes, dejándoles un buen margen de ganancia para la innovación y la inversión.

México puede aprender de los errores cometidos por los europeos y no simplemente copiar un enfoque regulatorio que no ha funcionado bien.

La excesiva regulación a los operadores que se consideran como dominantes, incluidas las tarifas de interconexión asimétricas, la regulación a los distintos servicios ofrecidos al por mayor y la que obliga a compartir infraestructura, entre otros aspectos, trae como consecuencia la falta de incentivos a la inversión.

Después de décadas de aplicar esa estrategia, en julio de 2012 la Comisión Europea dio un giro fundamental en su política regulatoria. Su vicepresidenta, Neelie Kroes, declaró que **la política regulatoria debe facilitar y no obstaculizar, demasiada intervención limita la flexibilidad y reduce la calidad de los servicios.**²²

22 El Sol de México, 8 de abril de 2014

B) CONCESIONES

En términos del artículo 27 de la Carta Magna las concesiones para la explotación y aprovechamiento de minerales, aguas y el espacio situado sobre el territorio nacional, sólo puede realizarse “mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal”.

En la reforma constitucional se facultó al IFT para otorgar concesiones de radiodifusión y telecomunicaciones. El legislador ordinario no le podía dar directamente esas facultades al no ser una dependencia del Ejecutivo Federal y tener personalidad jurídica distinta a la del Estado.

A raíz de la reforma constitucional, el artículo 28 constitucional establece:

Corresponde al Instituto, el otorgamiento, la revocación, así como la autorización de cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones. El Instituto notificará al Secretario del ramo previo a su determinación, quien podrá emitir una opinión técnica.

La redacción de esta disposición no es muy afortunada, ya que dispone que corresponde al IFT el otorgamiento y la revocación, pero no especifica de

qué. La ley fundamental debe ser muy precisa y no dejar a interpretación una facultad tan importante.

Más adelante se faculta al secretario “del ramo” a emitir una opinión técnica. Cabría preguntarse de qué ramo se trata, pues por lo que hace a las telecomunicaciones al Secretario de Comunicaciones y Transportes solo le quedó el nombre, pues prácticamente todas las atribuciones en esa materia quedaron en el IFT. Podría quedar la duda de si se refiere al Secretario de Gobernación el cual conserva importantes facultades en materia de radiodifusión.

C) CONCESIONES AL GOBIERNO FEDERAL

El párrafo 4º. del artículo 27 de la Carta Magna dispone que corresponde a la Nación el “dominio directo” del “espacio situado sobre el territorio nacional”, y que su aprovechamiento por “particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal [...] salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto”.

Son los particulares los que requieren concesión para aprovechar bienes de dominio público, no el Gobierno Federal. No deja de sorprender que el artículo 28 constitucional deje al IFT garantizar “que

el Gobierno Federal cuente con las concesiones necesarias para el ejercicio de sus funciones”.

Es un contrasentido que el IFT le otorgue concesiones al Gobierno Federal, ya que éste representa a la Nación que es quien tiene el dominio directo del espacio aéreo.

El Estado no requiere de concesiones. Es por ello que la Ley de Aguas Nacionales (art. 3, fr. VIII) prevé la figura de la asignación para el aprovechamiento de aguas por parte de entes públicos. La Ley Minera (art. 10) también distingue entre concesión y asignación, al igual que la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (art. 10).

D) LICITACIÓN Y CONTRAPRESTACIÓN POR CONCESIONES

El artículo 28 constitucional dispone:

El Instituto fijará el monto de las contraprestaciones por el otorgamiento de las concesiones [...] previa opinión de la autoridad hacendaria [...]

Las concesiones del espectro radioeléctrico serán otorgadas mediante licitación pública [...] asegurando el menor precio de los servicios al usuario final; en ningún caso el factor determinante para definir al ganador de la licitación será meramente económico.

La redacción no es muy clara y reviste cierta contradicción, ya que al mismo tiempo que se debe asegurar el menor precio para el usuario, el factor económico no debe ser determinante para definir al ganador.

La obligación de asegurar el menor precio para el usuario constituye en sí misma un factor económico que debe tomarse en cuenta para definir al ganador, por lo que debemos interpretar que cuando la Constitución dispone que el factor económico no debe ser determinante para definir al ganador se refiere a la contraprestación ofrecida por los participantes. Desafortunadamente, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión no arrojó luz al respecto, pues se concretó en ese aspecto, a repetir el texto constitucional (art. 79, fr. VIII).

Asegurar el menor precio para el usuario no debiera ser un requisito sine qua non, ya que hay otros factores que pueden ser de igual o mayor importancia, como es la cobertura, la calidad y la velocidad. No es lo mismo una red para servicios baratos que una para servicios de calidad. El uso gratuito de la infraestructura (tarifa cero de interconexión) puede ser muy aplaudida pero ¿quién va a invertir e innovar si no puede cobrar por su utilización?

Por mucho tiempo, la política regulatoria europea se concentró en reducir costos, desatendiendo en gran medida los incentivos que generan mayor inversión

e innovación, y si bien los precios se redujeron, muchos países europeos se quedaron rezagados con respecto a la telefonía fija e incluso más en la penetración de banda ancha móvil, especialmente si se compara con Estados Unidos y algunos países asiáticos.

Prohibir que “el factor determinante para definir al ganador de la licitación” sea “meramente económico”, puede dar lugar en la práctica a una gran discrecionalidad para el otorgamiento de las concesiones, ya que obstaculiza una licitación ascendente en la que los participantes que cumplan con todos los requisitos eleven el monto de la contraprestación ofrecida.

Esa disposición se tomó casi literalmente de la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte 74/2007 dictada en la acción de inconstitucionalidad 26/2006, en la que se declaró inconstitucional el artículo 17-G de la Ley Federal de Radio y Televisión porque “la licitación a través de subasta pública [...] propicia que el factor determinante para definir al triunfador sea meramente económico” lo que es violatorio de diversos artículos de la constitución por privilegiar a los “participantes con mayores recursos económicos”.²³

23 RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 17-G DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, AL ESTABLECER QUE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES VALORARÁ, PARA DEFINIR EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN, EL RESULTADO DE LA LICITACIÓN A TRAVÉS DE SUBASTA PÚBLICA, ES INCONSTITUCIONAL. (Sem. Jud. Fed., 9ª época, tomo XXVI, diciembre de 2007, Pleno, tesis de jurisprudencia núm. 74/2007, p. 1089).

El Constituyente no tenía que recoger en la reforma constitucional lo resuelto por la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad, ya que en ésta se analizó la constitucionalidad de una ley a la luz de lo dispuesto en la Constitución, pero el Constituyente, a diferencia del legislador ordinario, puede determinar lo que considere procedente.

Prohibir que en igualdad de condiciones el factor económico sirva para definir al ganador de la licitación y no permitir aumentar la contraprestación ofrecida al Estado, no asegura las mejores condiciones para éste. Es por ello que en las almonedas en materia civil y mercantil se permiten las pujas para mejorar la cantidad ofrecida. Por otro lado, al no poder los participantes mejorar su oferta, quedaría al azar si ésta es suficiente para ganar la licitación.

Uno de los objetivos buscados con la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones fue la tan anunciada licitación de las 2 nuevas cadenas nacionales de televisión, que dicho sea de paso no se justificaba regularlo en la Carta Magna.

En la licitación se determinó como valor mínimo de referencia para cada una de las cadenas nacionales la cantidad de \$830 millones de pesos, y se fijó como garantía de seriedad la cantidad de \$415 millones de pesos, monto muy elevado ya que equivale al 50% del valor de referencia.

Se hicieron ofertas fijas en sobre cerrado. Cadena Tres ofreció como contraprestación, la cantidad de \$1,808 millones de pesos mientras que Grupo Radio Centro \$3,058 millones. Este mecanismo dio como resultado que por concesiones idénticas, Cadena Tres pagara una cantidad mucho menor que la que correspondía a Grupo Radio Centro.

Al no pagar Radio Centro la contraprestación, el IFT declaró desierta la licitación correspondiente a esa cadena. Tanto el IFT como la Secretaría de Comunicaciones y Transportes manifestaron que fue un éxito la licitación al recibir el Estado \$1,808 millones de pesos por una de las 2 cadenas de televisión, y \$415 millones al hacer efectiva la garantía de seriedad por la concesión que no pagó RADIO CENTRO, aunado a la posibilidad para el Estado de volver a licitarla.

Ese supuesto éxito deja de lado la falta de equidad al asignarse simultáneamente idénticas concesiones por contraprestaciones tan dispares, lo que dio lugar a que uno de los ganadores no pagara la contraprestación y perdiera una cantidad multimillonaria.

En un Estado de derecho no debieran presentarse ese tipo de situaciones ya que equivale a dejar al azar el resultado de una licitación. No hay que olvidar que en términos del artículo 1º de la Ley Federal de

Juegos y Sorteos en nuestro país se encuentran prohibidos los juegos de azar.

Es más, tratándose de particulares una situación semejante podría llegar a configurar el delito de fraude por aprovechar el “error” en que se halla una persona y alcanzar “un lucro indebido” (art. 386, Código Penal Federal).

E) REVOCACIÓN DE CONCESIONES

El artículo 28 constitucional dispone:

La ley establecerá un esquema efectivo de sanciones que señale como causal de revocación del título de concesión, entre otras, el incumplimiento de las resoluciones que hayan quedado firmes en casos de conductas vinculadas con prácticas monopolísticas. En la revocación de las concesiones, el Instituto dará aviso previo al Ejecutivo Federal a fin de que éste ejerza, en su caso, las atribuciones necesarias que garanticen la continuidad en la prestación del servicio.

No era necesario llevar a la Carta Magna una de las diversas causales de revocación de las concesiones. La revocación debe aplicarse solo en casos extremos, sobre todo que contra ese tipo de resoluciones solo cabe el juicio de amparo y no puede ser objeto de suspensión.

XIV.- SESIONES DEL IFT Y COFECE

La fracción VI del artículo 28 de la Constitución obliga a que las sesiones sean de carácter público, con las excepciones que determine la ley. Si bien ello contribuye a la transparencia, en la práctica la publicidad de las sesiones no deja de presentar inconvenientes. Las discusiones no son tan abiertas y constructivas como cuando se realizan en privado.

El Ministro Tena Ramírez comentaba: “muchas veces [...] se alarga y se encona bajo el inf ujo de la presencia del público, representa un gasto de tiempo que necesariamente perjudica el rápido despacho y que inf uye en el rezago”.²⁴

En su visita a nuestro país, al presidente emérito de la Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky, le “impactó mucho” que las sesiones en que se dictan las sentencias fueran públicas y pasaran por televisión, lo cual “es impensable en Italia“. La ausencia de público “hace que el intercambio sea muy libre y esto en cierto modo favorece que haya cambios de parecer, cambios de opinión“, y se preguntó si el público “no determina quizá que las posiciones se vuelvan más rígidas”. La publicidad “se vincula al carácter político de un órgano, y es incompatible con la naturaleza jurisdiccional de una Corte

24 Felipe Tena Ramírez, Derecho Constitucional, Porrúa, México, 1984, p. 481

Constitucional [...] el principio de hacer públicas las deliberaciones de los órganos judiciales nace en el periodo de la Revolución Francesa -en el periodo Jacobino [...] pero naturalmente la Constitución jacobina no conocía la separación de Poderes.”²⁵

En Estados Unidos, después de la audiencia de alegatos, las sesiones son privadas. No se permite la entrada a ninguna persona fuera de los 9 ministros, ni siquiera a los ayudantes de éstos.²⁶

En Francia, las sesiones del Consejo Constitucional también son privadas y se conserva en secreto el nombre del ponente.²⁷ Es más, los miembros del Consejo deben prestar el siguiente juramento: “Yo juro [...] guardar el secreto de las deliberaciones y de los votos y de no adoptar ninguna postura pública ni desahogar consultas sobre las materias que sean de la competencia del Consejo”.

XV. SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES

La fracción II del apartado B del artículo 6º constitucional sujeta las telecomunicaciones al régimen de servicio público:

25 Gustavo Zagrebelsky; Conferencia magistral “El juez constitucional”; Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, pp. 28 y 29

26 Cfr. Leon Friedman, *Know your Government*, The Supreme Court, Chelsea House Publishers, New York, 1987, p. 76

27 Cfr. Henry Rousillon, *Le Conseil Constitutionnel*, Éditions Dalloz, 1994, p. 30.

Las telecomunicaciones son servicios públicos de interés general, por lo que el Estado garantizará que sean prestados en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre y sin injerencias arbitrarias.

Al darse a las telecomunicaciones, incluido el internet, el carácter de servicio público, permite al Estado una intervención exorbitante. En términos del artículo 28 de la Carta Magna corresponde al Estado la prestación de los servicios públicos, el cual, “sujeciéndose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos”.

Para evitar que la autoridad administrativa pudiera arbitrariamente sujetar una actividad al régimen de servicio público, en 1983 se adicionó el artículo 28 constitucional para establecer que la sujeción a ese régimen “sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.”

No todos los servicios prestados al público deben sujetarse al régimen de servicio público, tal es el caso de las tortillerías y de las tiendas de autoservicio, las cuales aunque venden artículos de primera necesidad sería absurdo sujetarlas a dicho régimen. Basta con ver las tiendas de autoservicio a cargo del Estado al través de instituciones como el ISSSTE, las que por su deficiente operación están en vías de desaparición.

En ocasiones dar a una actividad el carácter de servicio público depende de posturas ideológicas que buscan una mayor intervención del Estado.

Anteriormente la Ley de Vías Generales de Comunicación daba el carácter de servicio público al autotransporte federal de pasajeros y de carga, y para su prestación se requería de concesión. Durante años no se otorgó una sola concesión. El servicio de carga estuvo controlado por un grupo muy reducido de concesionarios, los cuales se podían oponer legalmente al otorgamiento de nuevas concesiones. La situación llegó a tal extremo, que la mayoría de los que prestaban ese servicio lo hacían amparados.

La Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal (D.O.F. 22-XII-93), vino a cambiar radicalmente esa situación al dejar de tener el autotransporte el carácter de servicio público y, en consecuencia, dejó de requerirse concesión para prestarlo, bastando un simple permiso (art. 8º, fr. I), fácil de obtener. Fue tal el auge del autotransporte con motivo de su liberación, que a pesar de haberse suprimido las tarifas obligatorias, éstas, lejos de aumentar, bajaron.

A raíz de la expropiación bancaria por el presidente López Portillo, se reformó en noviembre de 1982 el artículo 28 constitucional para dar al servicio de banca y crédito el carácter de servicio público monopolio del Estado. En 1990 se le suprimió tanto el

carácter de servicio público como la exclusividad del Estado. En la actualidad para prestar ese servicio basta una simple autorización y se han creado decenas de bancos.

Al tener las telecomunicaciones el carácter de servicio público se requiere de concesión para su prestación; pero reconociendo una realidad, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (art. 170) -apartándose del texto constitucional-, no requiere concesión para las comercializadoras de servicios de telecomunicaciones ni a las que explotan los derechos de emisión y recepción de señales de sistemas satelitales extranjeros, casos en los que basta una simple autorización. Esto confirma una vez más, que la Constitución no debe contener disposiciones que rigidizan innecesariamente materias en continua evolución, como es la de telecomunicaciones.

Hasta el internet queda incluido dentro del servicio público, ya que los artículos 6° y 73 de la Constitución lo incluyeron entre las telecomunicaciones, y en consecuencia, quedó sujeto al régimen de servicio público.

En efecto, el artículo 6° dispone:

El Estado garantizará el derecho de acceso [...] a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet.

El artículo 73, relativo a las facultades del Congreso también lo incluye entre las telecomunicaciones al disponer en su fracción XVII:

Para dictar leyes sobre [...] telecomunicaciones, incluida la banda ancha e internet, postas y correos, y sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

El anglicismo internet, en un avance a la 23ª edición del Diccionario de la Real Academia se define como: red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación.

En realidad nadie es dueño del internet y nadie lo controla en su integridad, se basa en una infraestructura física que conecta redes entre sí, por lo que sería aventurado que el Gobierno mexicano pretendiera regular el internet, y asignara números y nombres, y que Estados Unidos, incluidas las empresas Google, Facebook, WhatsApp y demás, tuvieran que someterse a esa regulación. Hay países como China e Irán que pretenden controlarlo, pero ya hasta Cuba está en vías de una mayor apertura.

En febrero de 2015, la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos (FCC) resolvió en una cerrada votación de 3 a 2, dar al internet el carácter de bien público (public utility). Se aprobaron los principios básicos de “neutralidad de la red”

y las reglas que deben seguir los grandes proveedores de internet. Éstos todavía pueden solicitar a un juez que revise la resolución y les conceda la suspensión. En México, como arriba se apuntó, los actos del IFT no pueden ser objeto de suspensión.

La declaración de “public utility”, si bien implica una mayor regulación, no llega a tener los efectos que en México tiene la sujeción al régimen de servicio público en el que la actividad pasa a corresponder al Estado, el cual puede, “en casos de interés general, concesionar” su prestación (art. 28, Const.).

XVI. SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN

La fracción III del apartado B del artículo 6º constitucional sujeta la radiodifusión al régimen de servicio público:

La radiodifusión es un servicio público de interés general, por lo que el Estado garantizará que sea prestado en condiciones de competencia y calidad y brinde los beneficios de la cultura a toda la población, preservando la pluralidad y la veracidad de la información, así como el fomento de los valores de la identidad nacional, contribuyendo a los fines establecidos en el artículo 3º de esta Constitución.

La Ley Federal de Radio y Televisión no daba a la radiodifusión el carácter de servicio público. La generalidad de las obligaciones que se establecen en la disposición transcrita no toma en cuenta la existencia de estaciones dirigidas a un nicho de la población o a un segmento, como puede ser el deportivo, el cultural, el financiero o el de simple entretenimiento. Afortunadamente esa disposición no es aplicable a los canales de televisión restringida, pero ésta no está al alcance de una gran parte de la población, por lo que hasta se podría tachar la disposición de discriminatoria.

Respecto a la obligación de preservar la pluralidad, también es discutible, ya que así como hay periódicos de una línea editorial muy marcada, como pueden ser: La Jornada o Reforma, también debería poder haberlo en la radio. La población ya tiene suficiente “pluralidad” con los constantes anuncios de los partidos políticos y de los entes públicos.

Para cumplir con las diversas finalidades que establece la citada fracción III para las radiodifusoras, el Estado ya cuenta con un buen número de canales de televisión y estaciones de radio, así como con un organismo público descentralizado con autonomía para proveer el servicio de radiodifusión sin fines de lucro, el cual maneja muchas estaciones, y su objeto comprende la difusión de contenidos semejantes a los establecidos de manera general para las

radiodifusoras (art. 6º, apdo. B, fr. V, Const.). No está de más señalar que todas esas estaciones tienen muy poca audiencia y requieren de cuantiosos subsidios para subsistir.

XVII. DERECHO A DIFUNDIR IDEAS EN LOS MEDIOS

El artículo 6º otorga a “toda persona” el derecho a “difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión”. Un derecho tan amplio y sin restricciones puede dar lugar a abusos. Prácticamente autoriza a que cualquiera pueda exigir a una radiodifusora que saquen al aire lo que le venga en gana.

De por sí ya hay grupos que toman violentamente las televisoras y radiodifusoras para obligarlas a difundir sus pretensiones. Además, por su redacción, la obligación de difundir esas ideas abarcaría hasta a la prensa escrita, la cual, dicho sea de paso, para nuestros “intelectuales de café” es intocable, a diferencia de la radio y televisión.

No hay que confundir “la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio”, contenida en el artículo 7º constitucional, con el derecho que se da a “toda persona” para que las televisoras, radiodifusoras y periódicos tengan que difundir lo que se le ocurra.

Por la amplitud de su redacción, el derecho a difundir las ideas no podría ser acotado por el legislador ordinario. La Suprema Corte ha determinado que los derechos contenidos en la Constitución no pueden ser desconocidos por ninguna ley, salvo cuando “la propia Carta Magna u otras fuentes jurídicas secundarias por remisión expresa o tácita de aquélla” establezcan “modalidades en su ejercicio”.²⁸

No obsta a lo anterior, lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 6° que se transcribe a continuación, ya que en éste únicamente se establecen límites al contenido de las ideas, pero no a la obligación de los medios de difundir las ideas:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público [...]

XVIII. PROPAGANDA

La fracción IV del apartado B del artículo 6° constitucional dispone:

28 DERECHOS Y PRERROGATIVAS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SON INDISPONIBLES PERO NO ILIMITADOS. (Sem. Jud. Fed., 9a época, tomo XXX, diciembre 2009, Pleno, tesis de jurisprudencia núm. 122/2009, p. 1230). RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. (Sem. Jud. Fed., 9ª época, libro V, tomo 1, febrero 2012, 1ª Sala, tesis de jurisprudencia núm. 2/2012, p. 533).

Se prohíbe la transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa; se establecerán las condiciones que deben regir los contenidos y la contratación de los servicios para su transmisión al público, incluidas aquellas relativas a la responsabilidad de los concesionarios respecto de la información transmitida por cuenta de terceros, sin afectar la libertad de expresión y de difusión.

La propaganda política disfrazada de información periodística es cosa de todos los días, pero muy rara vez se sanciona. **Los llamados tiempos oficiales se malgastan en anuncios de nuestros gobernantes, legisladores y partidos políticos. Una mínima parte de esos tiempos se emplea en proporcionar verdadera información de interés general, como pueden ser cuestiones de salud, de educación. En otros países no se atrevería el Gobierno a transmitir ese tipo de propaganda.**

En México, hasta las Cámaras del Congreso de la Unión anuncian su supuesta capacidad y su arduo trabajo, y que todo lo hacen por el bien de la población, o sea que les debemos estar agradecidos.

La disposición transcrita es contradictoria. Por un lado, prevé el establecimiento de las condiciones que deben regir los contenidos para su transmisión al

público y, por otro, dispone que no se deben afectar la libertad de expresión y difusión.

Tampoco es congruente con lo dispuesto en el artículo 7° de la propia Carta Magna:

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6° de esta Constitución.

La fracción IV del artículo 6° llega al extremo de regular las condiciones que deben regir los contratos de publicidad. Es paradójico que esta regulación se dirija únicamente a la radio y a la televisión, pero no a la prensa escrita.

En esa misma fracción se establece “la responsabilidad de los concesionarios respecto de la información transmitida por cuenta de terceros”. Una disposición de esa naturaleza puede llevar a abusos, como sería responsabilizar a una radiodifusora por los daños causados por una medicina que se anuncie.

La sujeción de los medios electrónicos a una regulación excesiva y a un régimen de sanciones que incluye la revocación de la concesión, no abona a una política editorial independiente. No solo eso, numerosos medios de comunicación, incluidos los impresos, subsisten gracias a la publicidad oficial.

Un cínico dice: “Los periodistas no se venden...solo se alquilan”.

Para ello, los gobiernos federal, estatales y hasta algunos municipales, disponen de cuantiosos recursos de los denominados gastos de comunicación social. Lo paradójico es que el Gobierno Federal, a pesar de que dispone de manera gratuita de los tiempos que corresponden al Estado en radio y televisión, cuenta con una partida multimillonaria para gastos de comunicación social.

XIX. REGALO DE TELEVISIONES Y PROGRAMAS ASISTENCIALES

Los tres niveles de gobierno y los partidos compiten para repartir recursos provenientes de los impuestos entre las personas que viven en situación de pobreza, la cual abarca a más de la mitad de la población. Esos programas asistenciales desafortunadamente no han servido para que salgan de la pobreza y dan lugar no solo a duplicidades sino hasta a triplicidades. En el fondo son compras anticipadas de votos que tienen un gran efecto en los resultados de las votaciones.

Los partidos tuvieron cuidado de únicamente sancionar al que solicite “votos por paga, promesa de dinero u otra recompensa” cuando se realice “durante la campaña electoral, el día de la jornada electoral o en

los tres días previos a la misma” (art. 7º fr. VII, Ley General en Materia de Delitos Electorales).

Ese gasto cada vez con más frecuencia se plasma en las leyes. Con motivo del apagón analógico y la inclusión digital universal, el artículo 6º apartado B, fracción I y 5º transitorio del decreto de reforma constitucional y el transitorio 19º de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión prevén el regalo de más de 13 millones de televisiones de 24 pulgadas, con un costo aproximado de 30,000 millones de pesos. La anterior administración había proyectado regalar decodificadores.

No han faltado quejas respecto de los beneficiarios, pues se ha detectado que algunos han vendido o empeñado sus televisiones. También ha sido objeto de crítica que entre los beneficiarios haya quienes no pagan la electricidad sino que se “cuelgan” de los cables de la CFE, y encima se les premia con televisiones.

Los impuestos que se cobran a los particulares se deben destinar, en términos de la fracción IV del artículo 31 de la Constitución al gasto público, principalmente a servicios y obras de infraestructura que tienen un efecto multiplicador por la creación de empleos directos e indirectos y la actividad económica que se genera.

Todo parece indicar que en nuestro país va para largo el mal estado de las carreteras, calles, sistemas de

drenaje y de plantas de tratamiento de aguas, pero eso sí, con muchas televisiones.

XX. ARTÍCULOS TRANSITORIOS

Se ha vuelto común llevar al texto constitucional temas que no debieran formar parte de la Constitución, así como incluir en los transitorios disposiciones de vigencia permanente.

Al momento de su expedición la Constitución de 1917 comprendía 16 artículos transitorios. El decreto de reformas en materia de telecomunicaciones y competencia económica contiene 17 transitorios de mucha mayor extensión.

No se trata únicamente de una cuestión de técnica legislativa, el problema es que hasta para los abogados es complejo conocer, entre los cientos de reformas constitucionales, los transitorios con vigencia permanente. Tan solo en 2013, año en que se promulgó la reforma en materia de telecomunicaciones, hubo 9 modificaciones a la Carta Magna, y la mayor parte de las ediciones de la Constitución solo contienen los transitorios de cuando se expidió ésta en 1917.

Hace un tiempo, solo uno de los legisladores federales consultados supo cuántos artículos contiene la Constitución. La inmensa mayoría no tenía ni la más remota idea. De los artículos transitorios ni hablar.

Hay transitorios en los que indebidamente se incluyen disposiciones de vigencia permanente. Tal es el caso del 5° transitorio que autoriza la inversión extranjera directa hasta el 100% en telecomunicaciones y comunicación vía satélite, y 49% en radiodifusión. El vocablo transitorio significa: temporal, fugaz y esa disposición no tiene esas características.

Además, es un contrasentido establecer diferentes porcentajes para las telecomunicaciones y la radiodifusión ya que la fracción II del apartado B del artículo 6° constitucional obliga a la convergencia de las telecomunicaciones y el transitorio 4° ordena regular en un solo ordenamiento de manera convergente las telecomunicaciones y la radiodifusión, así como establecer concesiones únicas “de forma que los concesionarios puedan prestar todo tipo de servicios a través de sus redes”.

Los transitorios del decreto de reformas, además de ser demasiado extensos, llegan a un detalle no propio de la ley fundamental, lo que en ocasiones da lugar a absurdos. La fracción III del transitorio 17° llega al extremo de obligar a que en el Plan Nacional de Desarrollo se incluya el número de ductos y postes que deberán ser puestos a disposición de los operadores para desplegar sus redes. Posiblemente nuestros legisladores desconocían que el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, por disposición legal (art. 21, Ley de Planeación) se debe publicar a más tardar

en el mes de mayo, como en efecto se hizo (D.O.F. 20-V-2013) mientras que la reforma constitucional salió hasta el mes siguiente.

Es frecuente que en los transitorios se establezcan plazos que no se cumplen. El 3° transitorio obligó al Congreso a expedir dentro de los 180 días naturales la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano, así como reformas a más de 10 leyes; pero al Congreso le tomó más de un año (D.O.F. 14-VII-2014), y casi el mismo tiempo para la Ley Federal de Competencia Económica (23-V-2014).

CONCLUSIÓN

I.- Se debe promover la libre competencia y concurrencia, pero no a costa de una intervención excesiva del Estado en la vida económica.

II.- Si no se ejercen con prudencia, las facultades exorbitantes de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones pueden afectar el sano desarrollo de las empresas y obstaculizar el crecimiento económico.

III.- Se debiera reducir el monto de las multas previstas en las leyes y la gran diferencia que existe entre el monto mínimo y máximo de éstas, ya que la excesiva discrecionalidad de las autoridades constituye una fuente de corrupción que es uno de nuestros mayores males.

IV.- Los actos conmemorativos de nuestra Constitución pierden su razón de ser con el poco respeto que mostramos al modificarla constantemente.

El Centro de Investigaciones Sobre la Libre Empresa, A.C. (CISLE), es una institución sin fines lucrativos, cuyas actividades y publicaciones son posibles gracias al apoyo de instituciones y personas comprometidas con la libertad económica, la política y la de creencias.

Esas libertades solo pueden darse mediante los mecanismos de mercado y un sistema democrático, que implique un gobierno limitado y el respeto a los derechos humanos fundamentales: vida, propiedad y libertad.

El CISLE sostiene que la base fundamental del desarrollo sustentable y de la riqueza de las naciones, es un orden jurídico estable que garantice la libertad de producir, comercializar y consumir, en un entorno de competencia, justicia y de seguridad jurídica.

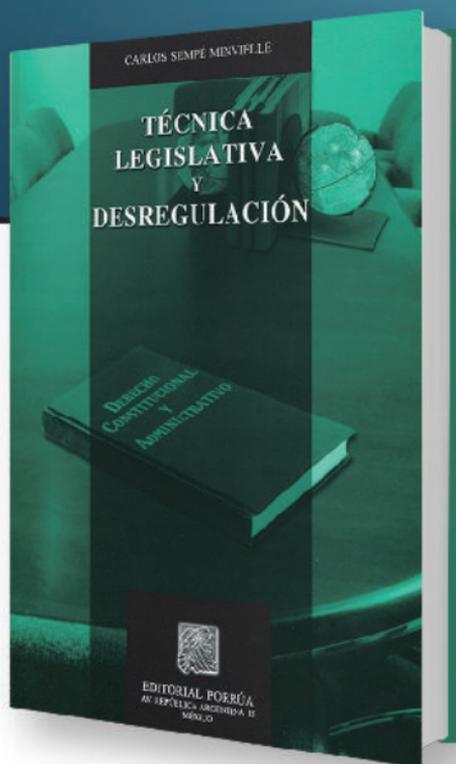
Economía social de mercado en lo económico y democracia en lo político, son el marco social que propone el CISLE.

Conferencias, folletos, libros:

Tels.: 5662-4500 y 5662-4250

www.cisle.org.mx

Email: buzon@cisle.org.mx



¿Sabías que las comisiones legislativas del Congreso en México son más numerosas que las de Alemania, Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos juntas y que el número de leyes federales y del Distrito Federal no cesa de aumentar y que solo una vez en la historia se redujo su número?

Técnica legislativa y desregulación contiene consejos prácticos para la elaboración de proyectos de ley, así como importantes temas de derecho constitucional y administrativo.

Las recomendaciones son producto de la experiencia del autor durante más de 23 años en el área jurídica de la Presidencia de la República, en donde participó en la revisión y elaboración de más de 400 iniciativas de ley y reformas constitucionales.