Capítulo

II

El *must offer/must carry* en el marco del nuevo derecho mexicano de las telecomunicaciones

1. Orígenes y funciones de las figuras del *must offer* y del *must carry*

En el capítulo anterior analizamos los aspectos básicos de las figuras del derecho intelectual vinculadas al tema de estudio, en particular el "derecho de retransmisión" en materia de derechos de autor y el diverso "derecho de retransmisión" en materia de derechos conexos de los organismos de radiodifusión. Corresponde ahora analizar conceptos propios del derecho de las telecomunicaciones: el *must offer* y el *must carry*.

Para poder comprender estas nuevas figuras jurídicas en México es importante conocer su origen y razón de ser. El primer paso para ello es dar una definición básica de las mismas.

> El *Must Carry* es una obligación a las concesionarias de televisión restringida para incluir en la transmisión de sus señales, televisión y audio abierta en su oferta de canales. Por el otro

> lado, y respecto a las concesionarias de televisión abierta, el *Must Offer* es la obligación de ofrecer a todos los concesionarios de televisión restringida sus señales.[116]

En el mismo sentido encontramos la definición de Rueda de León y Mota:

> *Must offer* es el mecanismo mediante el cual se establece la obligación, a las estaciones de televisión abierta, de poner sus señales a disposición de los sistemas de televisión restringida, para que éstos las transmitan, si así lo desean. Por su parte, *must carry* obliga a los sistemas de televisión restringida a transmitir las señales de la televisión abierta, a precios de carácter no discriminatorio o, en ocasiones, sin que medie pago alguno por parte de los operadores de señales abiertas de televisión.[117]

Se puede apreciar que las figuras en estudio generan obligaciones a televisoras abiertas y restringidas, pero a su vez, suele haber cierta flexibilidad y, aunque puede haber gratuidad en las retransmisiones, lo común es que la empresa de televisión restringida pague a la empresa de televisión abierta por el uso de la señal de esta última.

También es importante destacar que *must offer* y *must carry* son figuras independientes entre sí, que no necesariamente deben ir juntas

---

116 Ramírez Márquez, Juan Antonio, "Análisis del must carry-must offer a luz de la resolución de la Comisión Federal de Competencia", *Revista de derecho privado*, Cuarta Época, IIJ-UNAM, México, núm. 1, enero-junio 2012, p. 161.

117 Rueda de León Contreras, Luz de Azucena, y Mota Díaz, Laura, "La implementación de la política de *must carry* y *must offer* en México: programación compartida en televisión abierta y restringida", *Espacios públicos*, Universidad Autónoma del Estado de México, vol. 17, núm. 41, septiembre-diciembre 2014, p. 91.

(aunque pueden estarlo), como se concluye al estudiar sus orígenes. Veamos.

En primer lugar, la figura del *must carry* surgió en los Estados Unidos de América con el propósito de defender a las débiles empresas de televisión abierta frente a las fuertes empresas de cable. En efecto, en nuestro vecino del norte el *must carry* impuso una obligación a las empresas cableras y demás de televisión restringida de retransmitir señales relevantes de televisión abierta, a lo cual habían sido muy reacias (particularmente respecto de canales de televisión pública o pequeños canales de carácter local). Así, frente a la debilidad de las empresas de televisión abierta, el *must carry* impuso ciertas cargas a las compañías de televisión restringida, en aras de la pluralidad cultural e informativa.[118]

Los orígenes de tal figura pueden encontrarse en la *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* de 1992, las posteriores reglas de la Comisión Federal de Comunicaciones y la sentencia de la Suprema Corte en el caso *Turner Broadcasting vs. FCC* de 1997.

Ahora bien, llama la atención que en los Estados Unidos el *must carry* es optativo (y no obligatorio, como muchos adujeron en el debate parlamentario en México) según la *Cable Television Consumer Protection and Competition Act*.

---

118 "The must-carry regulations in the United States are mainly intended to guarantee the transmission of local channels with local news and as a means to exercise power for independent broadcasters in particular (i.e. broadcasters that are not allied to the big broadcasting networks or the cable operator) vis-à-vis the cable network owners". Van der Sloot, Bart, y Van Eijk, Nico, "Must-carry regulation: a must or a burden?", *IRIS plus*, European Audiovisual Observatory, Estrasburgo, núm. 5, 2012, p. 19.

De conformidad con esa ley, cada tres años, las entidades de televisión abierta pueden elegir entre sujetar sus señales al esquema *must carry* (poniéndolas gratuitamente a disposición de las empresas de televisión restringida) o elegir el llamado *retransmission consent* o *may carry* (en donde los operadores de televisión restringida no pueden retransmitir la señal de televisión abierta sin permiso y acuerdo sobre la remuneración a la empresa de televisión abierta).[119]

La experiencia en ese país ha demostrado que los pequeños canales de televisión abierta suelen sujetarse al *must carry*, mientras que los grandes canales optan por el *retransmission consent*, en tanto tienen mejor poder de negociación frente a las empresas cableras y satelitales.[120]

En Europa también han aparecido algunas disposiciones de *must carry* (no siempre acompañadas del *must offer*) en determinados países, como Francia, Reino Unido, Alemania o Países Bajos, particularmente por la influencia de la Directiva de Acceso Universal de la Unión Europea,[121] donde el *must carry* es optativo, como se observa en su artículo 31:

---

119 *Ibidem*, p. 20; Pearl, Jonathan D., "The retransmission of broadcast programming on cable television in the USA: when interests collide", *IRIS plus*, European Audiovisual Observatory, Estrasburgo, núm. 5, 2012, p. 41; y Rueda de León Contreras, Luz de Azucena, y Mota Díaz, Laura, *op. cit.*, 91.

120 Van der Sloot, Bart, y Van Eijk, Nico, *op. cit.*, p. 20.

121 Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Artículo 31

Obligaciones de transmisión

1. Los Estados miembros podrán imponer obligaciones razonables de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión a las empresas bajo su jurisdicción que suministren redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión. Dichas obligaciones se impondrán exclusivamente en los casos en que resulten necesarias para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y deberán ser proporcionadas y transparentes. Las obligaciones serán objeto de revisión de forma periódica.

2. Ni el apartado 1 del presente artículo ni el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso) atentarán contra la capacidad de los Estados miembros de determinar la remuneración apropiada, si la hay, por las medidas adoptadas de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo, y quedará garantizado al mismo tiempo que, en circunstancias similares, no habrá discriminación en el trato a las empresas de suministro de redes de comunicaciones electrónicas. Cuando se contemple la remuneración, los Estados miembros velarán por que ésta se aplique de manera proporcionada y transparente.

El mercado televisivo europeo es muy diferente al de los Estados Unidos de América, pues en el primero hay una fuerte presencia de la

televisión pública (que no gubernamental), mientras que en el vecino del norte hay una apabullante mayoría de televisoras privadas, donde sólo hay una señal nacional pública, el *Public Broadcasting Service* (PBS), con escaso apoyo estatal. Pero aun así, a pesar de las diferencias en sus respectivos mercados, los esquemas de *must carry* en ambas regiones coinciden en ser flexibles y abiertos a las remuneraciones.

Y esto es un dato que, parece, pasó desapercibido por los legisladores mexicanos, pues en otros países lo usual es que, incluso en los esquemas de *must offer/carry*, predomina la tendencia a pagar remuneraciones y contraprestaciones por la retransmisión de la señal, dejando a los actores negociar libremente la cuestión, de manera que los órganos reguladores sólo intervienen cuando las negociaciones produzcan efectos anticompetitivos o sea imposible llegar a un acuerdo.[122]

En cambio, como veremos más adelante, los legisladores mexicanos se inclinaron por un sistema muy rígido, de gratuidad obligatoria y sin margen para la negociación.

Por lo tanto, conviene revisar, así sea breve y superficialmente, la problemática del sector en México, para ver si el *must carry* y el *must offer* son soluciones idóneas o no y, en su caso, ver qué modalidades deberían tener tales figuras (lo que nos permitirá evaluar si el rígido modelo adoptado fue el adecuado).

---

[122] Por ejemplo, para lograr las retransmisiones, al regular los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, el artículo 87.5 de la legislación alemana del derecho de autor obliga a los titulares de tales derechos y a los operadores de cable a celebrar contratos de retransmisión de señales en "condiciones razonables".

2. La problemática en México

La reforma constitucional de 2013 en materia de telecomunicaciones tuvo diversos propósitos. Tratándose del *must offer* y del *must carry*, encontró como motivación hacer más plural y competitivo el mercado de la televisión y, por ende, la difusión de información.

En efecto, un problema concreto que se presentaba en materia de televisión restringida (televisión de paga) es que Televisa y TV Azteca selectivamente negaban licencias para retransmitir sus señales de televisión abierta a ciertas empresas de televisión restringida,[123] particularmente a *Dish*, generando distorsiones en el mercado de televisión restringida.[124] Veamos.

Antes de la reforma, algunas empresas de televisión por cable y de otras formas de televisión restringida se veían impedidas para incluir, dentro de los paquetes de programación que ofrecían a sus suscriptores, algunos de los canales de televisión abierta, principalmente los de Televisa y TV Azteca, pues dichas empresas, con base en sus *derechos conexos*, solían impedir la retransmisión de sus señales de televisión abierta (con fundamento en el artículo 144 de la LFDA), e incluso,

---

123 Álvarez, Clara Luz, "Must carry, must offer in Mexico", *Issue brief Baker Institute for Public Policy*, Rice University, junio 2015, p. 1.

124 Rodríguez Ramírez Jr., Roberto, y Vázquez Rosas, Ricardo, "Análisis de la 'Iniciativa que expide la Ley Federal de Telecomunicaciones y Contenidos Audiovisuales' en México. A favor de la convergencia", *Derecho comparado de la información*, IIJ-UNAM, México, enero-junio, 2012, pp. 245 a 247; e Yuste, José, Columna "Activo Empresarial", *Excélsior*, México, 9 de febrero de 2014.

demandar a quienes retransmitieran sin su autorización.[125] Esto dejaba a esas empresas de televisión restringida en una situación de desventaja en el mercado, pues otros servicios de televisión restringida (como Sky o Axtel), con la venia de Televisa y TV Azteca, sí ofrecían los canales de televisión abierta dentro de sus paquetes.

La respuesta ante esas posibles prácticas contra la competencia económica (ejercicio anticompetitivo de la propiedad intelectual para desplazar competidores)[126] y lesivas del derecho a la información por parte de las televisoras abiertas, fue incluir las figuras del *must offer* y del *must carry* en la reforma constitucional de 2013 en materia de telecomunicaciones.

Como se puede apreciar, se trata de un problema ocasionado por la forma en que algunos concesionarios de televisión abierta ejercían sus derechos conexos frente a ciertas empresas de televisión restringida.

Es cierto que ese posible ejercicio anticompetitivo de derechos intelectuales[127] debía de encontrar una solución jurídica, pero la elección de las figuras del *must offer* y del *must carry*, en la forma en que se

---

125 Como se observa, se trata de un claro caso de *derechos conexos*, sin embargo los periodistas, y no pocos expertos en telecomunicaciones, decían que se trataba de asuntos de *derechos de autor*. Esto es un error que deriva de no conocer la diferencia entre derechos de autor y derechos conexos, y de no saber que no todo lo que se protege por la LFDA son derechos de autor, como ya se explicó en el capítulo previo.

126 Ramírez Márquez, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 188.

127 *Cfr.* González de Cossío, Francisco, "Competencia económica y propiedad intelectual ¿complementarios o antagónicos?", *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 37, 2007, p. 186 y ss.

implementaron, no parece la respuesta más adecuada, como veremos en los siguientes apartados.

3. Antecedentes en México

Las figuras del *must offer* y *must carry* aparecen en nuestro país, no como parte de una norma general, sino como recomendaciones y medidas tomadas por la entonces Comisión Federal de Competencia.

Efectivamente, en primer lugar, en el año 2006 la Comisión Federal de Competencia emitió una opinión donde advirtió las deficiencias de diseño estructural de la normatividad en materia de televisión, e hizo una propuesta para regular el sector, concretamente, mediante la inclusión de las figuras del *must offer* y *must carry.*[128]

Dicha opinión de la Comisión comienza con un estudio de comparación jurídica, explicando que:

> La mayoría de los países miembros de la OCDE ha implementado obligaciones de retransmisión de las señales de televisión abierta. (…) En cuanto al carácter se discute la posibilidad de que los operadores puedan elegir entre convenir los términos y condiciones, o bien, definirlos de manera obligatoria en las regulaciones. (…)
>
> (…)

[128] Opinión sobre competencia y libre concurrencia en el marco regulatorio aplicable al sector de contenidos, oficio PRES-10-096-2006-169, de 28 de noviembre de 2006.

> Diversas jurisdicciones coinciden en la necesidad de definir los elementos que estarían sujetos a las condiciones de acceso. Estas disposiciones generalmente se establecen en la legislación del sector y no eliminan la posibilidad de que las partes reciban contraprestaciones. Además, es común que las partes tengan libertad para determinar las contraprestaciones y se adopten mecanismos de solución de controversias para evitar retrasos en la entrada que deterioren el bienestar de los usuarios finales. Estas condiciones pueden identificarse en las legislaciones de la Unión Europea, EUA, Australia y el Reino Unido.[129]

Así, como parte de su diagnóstico, la Comisión Federal de Competencia refiere las generalidades de las regulaciones *must offer/carry* en otros lares, resaltando (como constatamos en el apartado 1 del presente capítulo) las flexibilidades de estos sistemas, especialmente en cuanto a la posibilidad de negociar, y sobre todo, lo común que resulta que existan remuneraciones o contraprestaciones por la retransmisión de la señal (en contraposición a los menos frecuentes sistemas de gratuidad de las retransmisiones).

Ahora bien, ya entrando de lleno a la situación de los mercados en México, la Comisión propuso un esquema flexible de *must offer* y *must carry* en los siguientes términos:

> Esta autoridad propone requerir a los concesionarios de servicios de televisión abierta que proporcionen sus señales a

[129] *Ibidem*, pp. 11 y 12.

algún concesionario de televisión restringida, también lo brinden a todos los concesionarios de televisión restringida que lo soliciten.

Las partes convendrían libremente el acceso a señales en términos y condiciones no discriminatorias que permitan la retransmisión simultánea. Los concesionarios de servicios de televisión abierta registrarían ante el regulador sectorial los términos y condiciones bajo los cuales permitirán el acceso a sus señales.

Por otra parte, se recomienda facultar al regulador sectorial para resolver los casos de controversia y para que, en sus resoluciones, pueda ordenar el acceso a las señales de manera desagregada cuando en opinión de la CFC la oferta agregada tenga efectos contrarios al proceso de competencia y libre concurrencia.

(…)

Se recomienda requerir a los concesionarios autorizados de televisión restringida que transmitan, como parte de los canales básicos, las señales de televisión abierta que estén disponibles en la misma área de cobertura, cuando así lo soliciten los concesionarios de estas señales.

Las partes convendrían libremente los términos y condiciones para la retransmisión de las señales de manera no discriminatoria y que garanticen la integridad y calidad de las señales originales y faciliten su identificación al usuario final. Los concesionarios de servicios de televisión restringida registrarían

> ante el regulador sectorial los términos y condiciones bajo los cuales ofrezcan la retrasmisión de las señales de televisión abierta.
>
> Por su parte, el regulador sectorial debería estar facultado para resolver los casos de controversia entre las partes. Asimismo, se sugiere emitir criterios para el cumplimiento de esta obligación considerando entre otros elementos, la viabilidad técnica y económica de que los concesionarios de televisión restringida realicen la transmisión.[130]

Se puede apreciar que el modelo propuesto por la Comisión Federal de Competencia, por un lado, parecía adecuado para atajar las afectaciones a la competencia, pero por otro lado era muy flexible, al grado de dar un amplio margen para las negociaciones y prever la posibilidad de remuneraciones por las retransmisiones pactadas.

Aunque dicha propuesta no fue atendida por los legisladores, poco después, la propia Comisión Federal de Competencia tendría oportunidad de ensayar un esquema como el sugerido.

En efecto, por esas épocas, resulta que dos empresas pertenecientes a la *holding* Grupo Televisa, identificadas como Paxia y Corporativo Vasco de Quiroga, realizaron operaciones para adquirir el control de dos empresas de televisión por cable en Monterrey, lo que planteó diversos cuestionamientos en materia de competencia económica, dado que

---

130 *Ibidem*, pp. 17 y 18.

Televisa participa tanto en el mercado de televisión abierta como en el de televisión restringida.

La Comisión Federal de Competencia autorizó las concentraciones[131] a condición de que Grupo Televisa concediera acceso a sus canales de televisión abierta a las empresas de televisión restringida de la región que así *se lo solicitaran*, en condiciones no discriminatorias; a la vez, Grupo Televisa también estaría obligado a retransmitir, en sus sistemas de televisión restringida, ciertos canales de televisión local y hasta de televisión restringida.[132] La Comisión fundamentó su decisión en el artículo 17, fracción I, del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, que facultaba a dicha autoridad para imponer "condiciones" consistentes en conductas positivas.

Esta postura de la Comisión Federal de Competencia, además de razonable, atiende a una correcta concepción del *must offer/must carry*, en tanto no estableció una gratuidad obligatoria (deberían pagarse tarifas adecuadas, no basadas en costos) y sólo se beneficiarían las empresas de televisión restringida que solicitaran ese permiso de retransmisión. Vemos que es un esquema, a la vez flexible, pero adecuado para salvaguardar la competencia económica.

Así, con estos primeros precedentes se incentivó el debate en el foro mexicano y se comenzó a generar una corriente favorable a la inclusión del *must offer* y del *must carry*. Sin embargo, nuestro nuevo derecho de

---

131 Resoluciones de 8 de agosto y 28 de septiembre de 2007.

132 Más detalles en Ramírez Márquez, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 170.

las telecomunicaciones dista del flexible y adecuado sistema propuesto por la Comisión Federal de Competencia, decantándose por un sistema mucho más rígido (y quizás más ineficiente), como veremos a continuación.

4. La reforma constitucional de 2013

En el año 2013, el órgano reformador de la Constitución decidió modificar a fondo el régimen jurídico de las telecomunicaciones en nuestro país, con un claro enfoque de competencia económica y, en menor medida, como una manera de reforzar el derecho a la información.

Como parte de estos cambios, la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones incluyó el *must offer/must carry*, —no en el artículo 28 o en el artículo 6o. de la Ley Suprema, los lugares más idóneos—, sino en un artículo transitorio del respectivo decreto; concretamente en el artículo Octavo transitorio, mismo que señala, en la parte que ahora nos interesa, lo siguiente:

> OCTAVO.- Una vez constituido el Instituto Federal de Telecomunicaciones conforme a lo dispuesto en el artículo Sexto Transitorio, deberá observarse lo siguiente:
>
> I.- Los concesionarios que presten servicios de televisión radiodifundida están obligados a permitir a los concesionarios de televisión restringida la retransmisión de su señal, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modifi-

> caciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde.
>
> Los concesionarios que presten servicios de televisión restringida están obligados a retransmitir la señal de televisión radiodifundida, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde, e incluirla sin costo adicional en los servicios contratados por los suscriptores y usuarios. Los concesionarios de televisión restringida vía satélite, sólo deberán retransmitir obligatoriamente las señales radiodifundidas de cobertura del cincuenta por ciento o más del territorio nacional. Todos los concesionarios de televisión restringida deberán retransmitir las señales radiodifundidas por instituciones públicas federales.

Son varios los comentarios que se pueden hacer sobre dicha disposición.

En primer lugar, es curioso y hasta criticable que las figuras de *must offer/carry* se incorporen directamente en una disposición de rango constitucional y, sobre todo, que la norma imponga, *ipso iure* y en forma definitiva, esas obligaciones. En la legislación comparada es sumamente raro encontrar que las figuras en cuestión se incluyan en la Constitución, máxime que se trata, en esencia, de políticas públicas para incentivar la competencia, por lo que, dado el principio de rigidez constitucional, no es conveniente incorporar en la Ley Suprema políticas públicas que posiblemente requieran ajustarse o cambiarse según

las dinámicas del mercado. Desde luego, una mera política pública de carácter correctivo ante un problema concreto de competencia económica, difícilmente puede conceptualizarse como una decisión esencial del Estado mexicano y de su conformación política (decisión política fundamental), que requiera el rango constitucional. Si acaso, lo que la Constitución pudo contemplar era la facultad del legislador ordinario de incluir o no las figuras del *must offer/carry*, según estimase conveniente.

En segundo lugar, salta a la luz la cuestionable técnica de incorporar todos esos enunciados normativos en un artículo transitorio y no en el cuerpo de la Constitución;[133] si bien se puede alegar que las medidas de *must offer* y de *must carry* son temporales —y por ende transitorias—,[134] las reformas constitucionales del sexenio peñanietista se caracterizaron por abultados artículos transitorios (de alto contenido reglamentario) que se convierten en una verdadera extensión o continuación del articulado "ordinario" de la Carta Magna, lo cual es contrario a la más elemental técnica constitucional.[135]

---

133 "Los artículos transitorios son las normas que tienen por objeto precisar los detalles del cambio o 'tránsito' de una normatividad a otra. Su naturaleza jurídica se define por su objeto, que en términos generales es el de especificar la vigencia y obligatoriedad de una disposición jurídica, por lo que no pueden establecer prescripciones genéricas con carácter vinculante a los particulares o atribuir competencia a la autoridad. La peculiaridad de este tipo de normas radica en que se dirigen a la autoridad, y su objeto se refiere, en primer lugar, a la vigencia o modo de aplicación de las normas a las que se refieren". Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, IIJ-UNAM, México, 2008, p. 199.

134 Al grado que el propio artículo Octavo transitorio establece que las obligaciones derivadas del *must offer* y del *must carry*, quedarán sin vigencia cuando se restablezcan las condiciones de competencia en los respectivos mercados, previa declaratoria del IFT.

135 Salazar Ugarte, Pedro, "Camisa de fuerza constitucional", *El Universal*, 28 de marzo de 2014 (quien califica de innecesariamente extensas las reformas y de absurdas sus normas transitorias, porque aspiran a ser permanentes).

En tercer lugar, resulta cuestionable, al menos, acudir conjunta y simultáneamente al *must offer* y al *must carry*, cuando cada una de estas figuras atiende problemáticas diferentes, y no constituyen forzosamente un binomio indisoluble. Efectivamente, como ya vimos, la figura del *must carry* surgió con el propósito de defender a las débiles empresas de televisión abierta frente a las fuertes empresas de cable. Esta no era la problemática en México, donde, al contrario, las poderosísimas empresas de televisión abierta no necesitaban que la ley las apoyara para que sus señales pudieran retransmitirse en televisión restringida. Más bien, una disposición de *must carry* resulta relevante, principalmente, para las televisiones públicas del país, a efecto de no ser excluidas de la programación de la televisión restringida.

De esta manera, el tema central sobre la forma en que operaban Televisa y TV Azteca era el *must offer* (y no el *must carry*), es decir, una obligación a esta clase de empresas para que sus señales se pudieran retransmitir por televisión restringida.

En cuarto lugar, salta a la luz lo poco flexible del esquema, no sólo por estar contemplado en la Constitución, sino porque los concesionarios de televisión restringida están obligados a retransmitir las señales de televisión abierta, mientras que lo común en un esquema de *must offer* es que estas empresa elijan si quieren o no retransmitir las señales de televisión abierta; lo que normalmente se les garantiza es que, si quieren hacerlo, los concesionarios de televisión abierta no les nieguen el permiso de retransmisión y que los términos y condiciones (incluyendo contraprestaciones) no sean discriminatorios. Sin embargo, la norma constitucional dista mucho de esa concepción ortodoxa (y flexible del *must offer*).

Además, la reforma constitucional no tomó en cuenta que muchas pequeñas empresas de cable (que son numéricamente mayoritarias en ese mercado), ya sea por su modelo de negocios o por el perfil de sus clientes, no deseaban incorporar las señales de televisión abierta a sus paquetes. Al obligarlas a retransmitir tales señales se les impusieron algunas cargas económicas, pues aunque no tienen que pagar al organismo de radiodifusión por la retransmisión, sí tienen que pagar regalías a autores, artistas y productores de fonogramas (en términos de los artículos 26 Bis, 117 Bis y 131 Bis de la ley autoral, como veremos más adelante), amén de celebrar las licencias pertinentes con titulares de derechos de explotación de autor y hasta algunos titulares de derechos conexos, como los productores de videogramas o los de fonogramas (lo cual se explica más adelante).

Todo lo anterior puede resumirse afirmando que existen varias razones para cuestionar la inclusión del *must carry*.

Y si bien, el *must offer* era una figura más adecuada para resolver el problema planteado, lo cierto es que la iniciativa de reforma constitucional no justificaba el *must offer* como un instrumento para romper con las prácticas anticompetitivas, sino argumentando que su inclusión se debe a que era la única forma de poder cumplir con el *must carry*, en tanto que:

> esta obligación que se impone a los concesionarios sólo es posible cumplirla en la medida de que los concesionarios de radiodifusión, titulares de los derechos sobre los contenidos que transmiten al público, permitan su retransmisión a los concesionarios de televisión restringida, por lo que también se

> prevé en la iniciativa esta obligación, lo que se conoce como *must offer*.

Esto es un verdadero despropósito, pues en realidad, el *must offer* y *must carry* no necesariamente deben ir de la mano, como nos demuestra la legislación comparada, por ejemplo, la normatividad de los Estados Unidos de América o el artículo 31 de la Directiva de Acceso Universal de la Unión Europea. La consecuencia es que tenemos en México una especie de contradictorio "derecho/obligación"[136] (lo cual, deónticamente, se antoja complicado), aunque esto no es raro en otros países.[137]

En quinto lugar, y reforzando lo poco flexible del sistema, resulta cuestionable la gratuidad obligatoria impuesta por la Constitución, pues la falta de onerosidad ni es consustancial al *must offer/must carry* ni era necesario para resolver los problemas de competencia en el mercado en México. Ejemplo de esto son, entre otras, las leyes de Alemania, Chile y Estados Unidos, en las cuales se permite, bajo el esquema de *must offer*, que los organismos de radiodifusión negocien y cobren por la retransmisión de sus señales, **siempre y cuando lo hagan sobre bases equitativas y no discriminatorias** (que es lo que realmente le interesa al derecho de la competencia económica).

De igual forma, el artículo 31.2 de la ya mencionada Directiva de Acceso Universal de la Unión Europea determina que los Estados miembros podrán determinar "la remuneración apropiada" por las retransmisiones

---

136 Jalife Daher, Mauricio, "Must carry… ¿must what?", *El Financiero*, 9 de julio de 2014.
137 Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

materia de *must carry*, siempre que se hagan bajo los criterios de no discriminación, transparencia y proporcionalidad.

Así por ejemplo, nuestra Carta Magna pudo optar por un esquema de *must offer* donde los organismos de televisión abierta conservaran su derecho conexo de retransmisión y la aptitud de conceder licencias a los operadores de televisión restringida que quisieran retransmitir las señales (cobrando la correlativa contraprestación o regalía contractual), pero con un marco normativo que limitara la autonomía de la voluntad del licenciante para que no pudiera negarse a conceder el permiso de retransmisión *(refuse to deal)* y para que no cobrara tarifas exorbitantes. Es decir, un esquema donde se permitieran las negociaciones onerosas entre organismos de televisión abierta y de televisión restringida, siempre bajo los criterios de no discriminación y equidad (que es lo usual en la mayoría de sistemas de *must offer* del mundo).

Como se observa, el esquema de *must offer* adoptado por nuestra Constitución es un tanto cuanto rigorista y, definitivamente, no se tradujo en la opción más proporcional o equilibrada.

En sexto lugar resalta la claridad respecto del objeto y sujeto del *must offer* en la reforma constitucional. En efecto, si nos preguntamos ¿quiénes son los sujetos obligados por la reforma constitucional? El referido artículo Octavo transitorio nos da la siguiente respuesta: "Los concesionarios que presten servicios de televisión radiodifundida", es decir, *los organismos de radiodifusión que transmitan su señal por televisión abierta*.

Esto es lógico, dados los antecedentes y lo problemática que era la conducta de Televisa y TV Azteca.[138] Cabe destacar que el texto constitucional no impone obligaciones a autores ni a titulares de derechos de autor, ni a otros titulares de derechos conexos, como por ejemplo, artistas o productores de fonogramas.

Por lo que hace al objeto del *must offer*, según la Constitución, es "la retransmisión de su señal". Y al hablar específicamente de "señal" y no de "obras", es claro que la obligación de permitir la retransmisión no recae sobre obras protegidas por derechos de autor, sino sobre las *señales* portadoras de esas obras.

De nueva cuenta vemos una restricción a los derechos conexos de ciertos organismos de radiodifusión sobre sus señales, pero la norma constitucional en ningún momento está limitando los derechos de autor sobre las obras, máxime que ni autores ni otros titulares de derechos son responsables de las conductas posiblemente anticompetitivas de Televisa y TV Azteca que orillaron a la reforma constitucional.

Sobre el alcance de la normatividad constitucional en los derechos de propiedad intelectual ahondaremos más adelante en el capítulo III.

En séptimo lugar, la reforma constitucional señala que deben ser objeto de retransmisión la totalidad de señales de televisión abierta cuando quien retransmita sea una empresa de cable, pero si es una empresa

---

138 *Ibidem*, pp. 1 a 3; Yuste, José, *op. cit*.

satelital sólo debe retransmitir las señales de las empresas televisivas que tengan cobertura del 50% o más del territorio nacional. Esto también es curioso, pues normalmente suelen ser materia de *must carry* obligatorio las señales que, si se dejaran sólo al mercado, no serían comercialmente atractivas para retransmitir (como los canales públicos, culturales, políticos o científicos),[139] en perjuicio del pluralismo y los derechos de los usuarios; en cambio, no existe tanta importancia tratándose de señales comerciales. Un ejemplo de un modelo de este tipo lo encontramos en Francia, donde sólo son materia de *must carry* las señales públicas.

Con esto terminamos el análisis de los aspectos más relevantes del perfil constitucional del *must offer/carry*. A continuación, veremos cómo implementó nuestro legislador ordinario estas nuevas figuras constitucionales.

5. La legislación reglamentaria

A pesar de lo detallada que resultó la reforma constitucional de telecomunicaciones, era de preverse la emisión de la legislación ordinaria que reglamentara los preceptos de la Constitución: la llamada legislación secundaria. En este sentido, el tema de *must offer/must carry* se requería, al menos, dos cuestiones: una ley que contemplara esas figuras, y una modificación a la LFDA en el rubro de derechos conexos, para armonizar nuestro marco normativo.

---

139 Van der Sloot, Bart, y Van Eijk, Nico, *op. cit.*, p. 8.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el 14 de julio de 2014 se publicó en el *DOF* la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, piedra de toque de nuestro nuevo derecho de las telecomunicaciones.

Mucho se especuló sobre el posible contenido de esta ley, y la iniciativa presidencial fue objeto de amplia discusión en el Senado a través de varias jornadas de audiencias con miembros de la sociedad civil.

Al final, el texto aprobado por el legislador respecto al *must offer* y *must carry* fue el siguiente artículo 164 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión:

> Artículo 164.- Los concesionarios que presten servicios de televisión radiodifundida están obligados a permitir a los concesionarios de televisión restringida la retransmisión de su señal, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde.
>
> Los concesionarios que presten servicios de televisión restringida están obligados a retransmitir la señal de televisión radiodifundida, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde, e incluirla sin costo adicional en los servicios contratados por los suscriptores y usuarios.

Como se observa, el texto legal sigue muy de cerca al texto constitucional, lo cual no sorprende, pues este último es muy detallado y más parecido a una ley reglamentaria que a la redacción de una disposición constitucional. De hecho, las restantes disposiciones que integran la sección III (intitulada "De la retransmisión") del capítulo IX del título quinto de esa ley, poco abonan a lo dicho por la Constitución respecto de estas figuras, dada la pormenorizada regulación que hace la Ley Suprema.

No pretendemos entrar aquí de lleno al análisis y crítica de las citadas figuras en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, pues no es el propósito del presente libro; por lo que bástenos citar el artículo 169 de esa ley:

> Artículo 169.- Las obligaciones de ofrecer y retransmitir gratuitamente los contenidos radiodifundidos perderán su vigencia simultáneamente cuando existan condiciones de competencia en los mercados de radiodifusión y telecomunicaciones. Esta declaración será realizada por el Instituto en los términos de esta Ley y la Ley Federal de Competencia Económica. En este caso, los concesionarios estarán en libertad de acordar los precios y condiciones de la retransmisión de contenidos radiodifundidos. En caso de diferendo el Instituto determinará la tarifa que deberá estar orientada a costos.

Con tal disposición normativa se reitera el carácter temporal y "transitorio" del *must offer* y *must carry*, figuras que parecieran estar pensadas para desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico en el futuro. Sin embargo, la ley no es muy clara al respecto. Veamos.

El referido artículo es contundente al señalar que al regularizarse los mercados de telecomunicaciones (utilizando esta acepción en el mismo sentido que la LFDA), desaparece la obligación de gratuidad, por lo que los organismos de radiodifusión de señales abiertas podrán cobrar por la retransmisión.

Lo que no queda muy claro es si recuperan su derecho conexo (*ius prohibendi*), pudiendo autorizar o prohibir las retransmisiones. El citado artículo los deja "en libertad de acordar los precios y condiciones de la retransmisión", lo que puede interpretarse como un ejercicio pleno de sus derechos conexos (acorde con la Convención de Roma), lo que los facultaría para prohibir la retransmisión si no hay acuerdo respecto al precio y a las condiciones. Sin embargo, la citada disposición señala que en caso de desacuerdo el IFT fijará la tarifa (precio) de la licencia, lo que pudiera llevar a sustentar otra interpretación: el organismo de radiodifusión de señales abiertas seguiría sin poder ejercer a plenitud su derecho conexo, y por ende, sin poder prohibir la retransmisión, de manera que persistiría la obligatoriedad de las retransmisiones. El único cambio sería la posibilidad de cobrar[140] y acordar las condiciones de la retransmisión. Está por verse cuál de estas interpretaciones prevalecerá en el ámbito jurisdiccional.

De cualquier forma, sea cual sea la interpretación que se prefiera, resulta raro que será el IFT la autoridad administrativa que llegue a determinar el monto (tarifas) de la contraprestación contractual por una licencia

[140] En este supuesto, estaríamos en presencia de un derecho de simple remuneración, es decir, de una llamada "licencia legal".

(en el supuesto de la primera interpretación explicada) o, en su caso, del derecho de simple remuneración (para el caso de la segunda interpretación). En ambos supuestos, el resultado es criticable. Esto en virtud de que se están dando atribuciones en materia de propiedad intelectual (determinación de montos por ejercicio de derechos conexos) a una autoridad ajena a ese ámbito.[141]

Finalmente, las citadas disposiciones son, a su vez, complementadas con lineamientos emitidos por el IFT,[142] que curiosamente se expidieron el de 27 de febrero de 2014, es decir, antes que la reforma legal (aunque posteriormente fueron modificados para terminar de adecuarse a la nueva legislación). En los siguientes capítulos regresaremos sobre esos lineamientos y sus consecuencias en materia de derecho intelectual.

En cuanto a le segunda cuestión, es decir, la modificación a legislación autoral en sede de derechos conexos, el paquete legislativo publicado el 14 de julio de 2014 también contempló reformas a la LFDA, pero se hizo en forma poco técnica, aunque el resultado final termina siendo aceptable.

---

141 En otros países, tratándose de *must offer/carry*, estas determinaciones suelen corresponder a las autoridades administrativas en materia de propiedad intelectual, a tribunales de regalías e, incluso, a la autoridad en materia de competencia económica. Esto en virtud de que no se trata de un tema de telecomunicaciones en estricto sentido (pago por uso de espectro radioeléctrico, aprovechamiento de infraestructura, términos de concesiones, etc.), sino pagos por conceptos de propiedad intelectual.

142 Lineamientos generales en relación con lo dispuesto por la fracción I del artículo octavo transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Telecomunicaciones.

Efectivamente, si la regulación constitucional del *must offer* y *must carry* intervino los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, nos encontramos frente a una restricción a un derecho intelectual (también llamada límite, excepción o limitación),[143] concretamente una restricción a un derecho conexo. Tal situación implicaba, precisamente, la necesidad de modificar la LFDA para plasmar esa restricción. Sin embargo, el cambio a la ley se hizo pasando por alto la técnica legislativa aconsejable. Veamos.

Como es sabido, una restricción a un derecho subjetivo es una disminución de su alcance *prima facie*, como bien explica Robert Alexy:

> El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas —el derecho y sus restricciones— entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción. Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el *derecho en sí*, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el *derecho restringido*.[144]

Tratándose de derechos de autor y derechos conexos, lo usual es encontrar una disposición jurídica que establezca el derecho intelectual *prima facie* (de la que se desprende una norma general), y luego otra

---

143 De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación*, 2a. ed., IIJ-UNAM, México, 2015, pp. 402 y ss.

144 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 268.

disposición jurídica que recorta o limita el alcance de ese derecho (norma de excepción), permitiendo una conducta que en principio estaría prohibida por la norma general.

Por ejemplo, tratándose de derechos de autor, el artículo 27, fracción I, de la LFDA, establece *prima facie* el llamado "derecho de reproducción", por virtud del cual se prohíbe, en general, cualquier reproducción no autorizada a una obra protegida. Empero, el artículo 148, fracción IV, contempla una restricción a ese derecho, autorizando la realización de copias privadas de obras, sin necesidad de pedir permiso. Véase como tenemos, primero, un artículo que establece un derecho subjetivo de amplio alcance (el 27), y luego otro numeral que restringe ese derecho (el 148). De hecho, el artículo 148 de la LFDA es el principal catálogo de restricciones a los derechos patrimoniales de autor.

Pues bien, la recta técnica en materia legislativa y en materia de propiedad intelectual exigía seguir un camino de ese tipo para implementar el *must offer* y el *must carry*; es decir, frente al artículo del que se desprende la norma general, crear una disposición que estableciera la restricción al derecho. Así, frente al "derecho de retransmisión" previsto *prima facie* a favor del organismo de radiodifusión en el artículo 144, fracción I, de la LFDA, lo que debió hacerse era incorporar una nueva fracción al artículo 151 de la ley, pues esa es la disposición que contempla las restricciones a los derechos conexos, como se observa a continuación:

> Artículo 151.- No constituyen violaciones a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, de videogramas u organismos de radiodifusión la

> utilización de sus actuaciones, fonogramas, videogramas o emisiones, cuando:
>
> I.- No se persiga un beneficio económico directo;
>
> II.- Se trate de breves fragmentos utilizados en informaciones sobre sucesos de actualidad;
>
> III.- Sea con fines de enseñanza o investigación científica, o
>
> IV.- Se trate de los casos previstos en los artículos 147, 148 y 149 de la presente Ley.

Sin embargo, ese no fue el camino seguido por el legislador, pues en lugar de incluir la restricción al "derecho de retransmisión" de los organismos de radiodifusión en artículo 151, lo que hizo el Congreso fue incorporar la restricción mediante la adición de un último párrafo al artículo 144 de la LFDA (que, además, se replicó innecesariamente en el artículo 27 del mismo ordenamiento), como se observa a continuación:

> Artículo 144.- Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de autorizar o prohibir respecto de sus emisiones:
>
> I.- La retransmisión;
>
> (…)
>
> Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de los concesionarios de radiodifusión de permitir la retransmisión de su señal y de la obligación de los concesionarios de televisión restringida

> de retransmitirla en los términos establecidos en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y sin menoscabo de los derechos de autor y conexos que correspondan.

Con esto se rompió la sistemática en cuanto a las restricciones de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, pues la mayoría de ellas se encuentran en el artículo 151 de la LFDA, pero ahora hay una nueva en el artículo 144. Si de por sí la legislación autoral tiene varios defectos técnicos y algunos problemas de sistemática, la implementación del *must offer/carry* en esa ley se suma a esos problemas.

En el siguiente capítulo entraremos de lleno al alcance que tienen esas reformas a los artículos 27 y 144 de la ley.