

MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS (ARTÍCULO 28)

Jorge VARGAS MORGADO

SUMARIO: I. *Breve historia.* II. *Concepto de concesión.* III. *La concesión en el artículo 28 constitucional.* IV. *El Instituto Federal de Telecomunicaciones.*

I. BREVE HISTORIA

El artículo 28 constitucional, en su texto original de 1917, se extendía solamente en cuatro párrafos que de manera muy eficiente establecían para la República Mexicana un régimen económico fundamentalmente de libre competencia, consecuentemente prohibía los monopolios y, excepcionalmente, señalaba algunas actividades económicas como exclusivas del Estado mexicano, disponiendo que no constituían monopolio, expresión no del todo afortunada pero clara en el sentido semántico claro de permisión constitucional a la exclusividad pública de esas escasas actividades económicas, las cuales, en la década de 1980, se les vino a denominar en la legislación como áreas económicas estratégicas. Ese régimen económico mayormente liberal, con las excepciones señaladas específicamente en la Constitución, fue llamado generalizadamente régimen de economía mixta por contener elementos atribuibles a los dos sistemas económicos en pugna por aquellos años, el capitalista y el socialista.

El breve texto del artículo 28 constitucional original subsistió intocado hasta el año de 1982, periodo de tiempo notablemente extenso si consideramos la obsesiva inclinación del sistema político mexicano de modificar el texto constitucional.

En aquel año de 1982 se agregó un párrafo a consecuencia de la expropiación de los bancos privados decretada el 1 de septiembre de aquel año. En ella se dio a la actividad económica de banca y crédito el carácter de monopolio público, disposición que en esencia subsistió hasta el año de 1990 en que fue suprimida en razón de la reprivatización de las instituciones de crédito, la cual requirió necesariamente la derogación del carácter de servicio público de la actividad bancaria para dar paso a los bancos privados.

La primera mención que en el artículo 28 se hizo de la palabra concesión fue en su reforma publicada el 2 de febrero de 1983 en el *Diario Oficial de la Federación* por

la que en el párrafo quinto que aludía al servicio público de banca y crédito prohibió las concesiones a particulares de dicho servicio, es decir, convirtió a ese servicio público en uno de carácter exclusivo del Estado en tanto no admitía la concesión del mismo, alusión y prohibición que subsistieron escasamente hasta el mencionado año de 1990 en que, por reforma publicada el 27 de junio de 1990 en el *Diario Oficial de la Federación*, se dio paso a la reprivatización bancaria ya comentada.

En la reforma del año 1983 a que me vengo refiriendo, se agregaron al texto del artículo 28 aspectos conceptuales económicos, dentro de ellos lo relativo a las concesiones que otorga el Estado, tema al que me referiré más adelante.

En el año de 1995, dentro de la irresistible corriente privatizadora de bienes y empresas públicas observada en aquella época se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de marzo una reforma por adición al cuarto párrafo del artículo 28 constitucional que es nuestro campo temático, por la que las actividades económicas de comunicación vía satélite y de ferrocarriles, que hasta entonces eran monopolios públicos y por tanto áreas estratégicas económicas, dejaron de serlo, reduciéndose a meras actividades prioritarias, que por tanto no son exclusivas del Estado y en ellas cabe la actividad privada, y se previno que el Estado, ejerciendo la rectoría sobre dichas actividades y protegiendo la seguridad y la soberanía nacionales, podría otorgar concesiones respecto de ambas actividades, aspectos a los que también me referiré más adelante, pero que desde ahora menciono que entonces se agregó el concepto de concesión al dispositivo constitucional formando parte de él para no dejarlo más.

En el año de 2013 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* dos reformas al artículo 28, una el 11 de junio y otra el 20 de diciembre, la primera para agregar diecisiete párrafos en los que se desarrolla y detalla (quizá excesivamente, por tratarse del texto básico constitucional) los temas de las telecomunicaciones y del Instituto que habría de regularlos, y la segunda, agregó al texto de la ley fundamental las temáticas del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y, de la Comisión Reguladora de Energía. De la primera reforma mencionada me referiré con algún detalle más adelante.

Acerca de la segunda reforma del año 2013, relativa a los temas energético e hidrocarburos, que no prevé el otorgamiento de concesiones, me limito a señalar que si bien la Constitución se esmera en evitar el vocablo concesión respecto de la generación de energía eléctrica y de la extracción de hidrocarburos, denominando como simples contratos a los instrumentos por los que se otorgará a particulares el derecho para generar electricidad y extraer petróleo, lo cierto es que técnicamente son, en efecto, concesiones atendiendo a su naturaleza y a los alcances de las obligaciones que imponen y a los derechos que otorgan.

Finalmente, el 10 de junio de 2014 se publicó la modificación a la fracción VII del párrafo vigésimo tercero de nuestro artículo temático únicamente para modificar la denominación de Procurador General de la República por Fiscal General de la República, punto que es por completo intrascendente.

La serie de reformas relatada ha hecho crecer el texto del artículo 28 constitucional a treinta y un párrafos de los cuales el vigésimo tiene doce incisos y el vi-

gésimo tercero ocho, extensión abrumadora, impropia de un texto constitucional, que, por ser básico, tendría que ser necesariamente sintético, compendioso, sucinto, pero como no lo es, ha debido de ser modificado hasta para actualizar el nombre de la Procuraduría federal.

Ahora bien, nuestra Constitución Política es injustificadamente extensa, característica que es necesariamente negativa, sin embargo, tenemos la obligación de analizar las circunstancias que llevaron a la cuantiosa adición en el texto del artículo 28 constitucional, en este renglón conviene resaltar algunos aspectos.

En el campo de las telecomunicaciones México ha tenido o, habría que decir padecido, empresas dominantes en sus áreas, oligopólicas sin freno eficaz, que tradicionalmente han obstaculizado el mínimo cambio normativo en la materia.

Telmex-Telcel, por un lado, y Televisa, por otro, no tienen inclinación por la libre competencia y suelen desplegar su capacidad de influencia y poder económico para proteger sus intereses, de tal manera que verdaderamente se antoja imposible haber intentado la modificación del mercado de las telecomunicaciones sin recurrir a una reforma extensiva del texto constitucional.

Así entonces, si bien he criticado la excesiva extensión de los textos constitucionales, en este caso existe una explicación coyuntural que la sustenta, por lo menos en alguna medida.

II. CONCEPTO DE CONCESIÓN

Etimológicamente el vocablo concesión proviene del latín *concessio-onis*, que a su vez se conforma de la raíz *cum*: con, y *cedo*, apartarse, es decir alude a un tránsito entre dos partes, esta expresión desde el siglo XVI se le ha venido a dar el uso de autorización o venia,¹ sentido semántico que puede identificarse con certeza y claridad con el uso que actualmente otorgamos a la expresión.

En el mismo sentido el maestro Jorge Fernández Ruiz refiere que la concesión es:

El mecanismo mediante el cual, quien tiene la titularidad de determinadas atribuciones y facultades, o de ciertos bienes y derechos, delega su ejercicio o aprovechamiento en favor de un tercero.²

Acerca de la voz delegación, utilizada por el maestro Fernández Ruiz, cabe la explicación idiomática acerca del verbo delegar que proviene del latín *de: separar y legare: enviar*, utilizada desde el siglo XIII con el sentido de transmitir la autoridad.³

Si bien la doctrina es ampliamente uniforme en entender a la concesión como un instrumento para la transmisión de derechos, no lo es en cuanto a su naturaleza

¹ Corripio, Fernando, *Diccionario etimológico*, Barcelona, Bruguera, 1973, p. 108.

² Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo. Contratos*, México, Porrúa, UNAM, 3a. ed., 2009, p. 394.

³ Corripio, Fernando, *op. cit.*, p. 136.

za jurídica, para Otto Mayer la concesión es un acto administrativo, sin embargo, debo reconocer que es una cita sacada de contexto dado que dicho autor considera:

El acto administrativo es un acto de autoridad que emana de la administración y que determina al súbdito lo que para él debe ser derecho en un caso concreto.⁴

En el mismo sentido se expresa el maestro argentino Agustín Gordillo, enfatiza lo que considera el carácter unilateral del acto administrativo, el cual define como “acto jurídico *unilateral* e *individual* realizado en ejercicio de la función administrativa”.⁵

Es decir, los autores citados son fieles a la posición tradicional –más bien antigua– en el sentido de que el acto administrativo es y sólo puede ser unilateral, postulado con el que no encajaría la concesión en general y la concesión de telecomunicaciones en particular a la que nos vamos a referir, pues ellas tienen una naturaleza evidentemente contractual, que es producto de una licitación en que los interesados formulan distintas propuestas de planes de inversión y de contraprestación económica a favor del Estado, el cual, en ejercicio de una competencia discrecional, decide con qué postor ha de formalizar el acuerdo de voluntades, creando con ello una institución contractual.

Así, entonces es necesario esmerilar los conceptos de tal manera que resulten acertados y funcionales.

A mi modo de ver, resulta prudente intentar no abandonar la idea de que la concesión, aun teniendo carácter contractual, es una modalidad de acto administrativo, pues de lo contrario entraríamos en un camino sinuoso que probablemente no tiene destino.

En esta línea de pensamiento quisiera citar el texto de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, vigente en España, que contiene el muy sencillo concepto de que acto administrativo es “el acto de la administración pública sujeto al derecho administrativo”,⁶ es decir, lo ubica como una especie de acto jurídico, realizado por la administración y regulado por el derecho administrativo. Esta cita amerita los siguientes comentarios.

El acto administrativo es una forma o modalidad de acto jurídico, lo que significa que su propósito es generar consecuencias de derecho.

Es emitido por la administración, sin que, a mi modo de ver, sea relevante el que lo haga unilateral o bilateralmente, lo que sí es significativo es que lo realice bajo el espectro del derecho administrativo, porque, claro, puede realizar actos jurídicos de diversa índole.

⁴ Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 2a. ed., 1982, t. I, p. 126.

⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y Obras selectas*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2012, t. 5, p. EAA-II-17.

⁶ González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común* (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Pamplona, Thomson-Civitas, 4a. ed., 2007, t. I, p. 1566.

Pienso así porque si la concesión es un acto jurídico, emitido en función de una norma administrativa, qué otra naturaleza puede tener sino la de acto administrativo.

Más aún, traigamos a la mente el hecho de que los contratos son actos jurídicos, que si se formalizan al amparo de la ley civil son contratos civiles y si se pactan a la sombra de la ley comercial son contratos mercantiles, parecería obvio que los contratos que se concertaran según la ley administrativa fueran actos jurídico administrativos.

Expuesto así, cabría perfectamente el entender a la concesión como un acto administrativo bilateral de carácter contractual.

Bien, en cuanto a los derechos que se transmiten del Estado al particular mediante la institución de la concesión son:

1. Derechos para el uso o aprovechamiento de inmuebles nacionales.
2. Derechos para la prestación de un servicio público.
3. Derechos mixtos, que es la prestación de un servicio público utilizando para el propósito bienes nacionales, en su caso, estatales o municipales.

La concesión para uso o aprovechamiento de bienes se verifica en un abanico muy amplio de posibilidades en la que cabe una cuantiosa variedad de supuestos, por ejemplo, puede obrar sobre inmuebles, minerales, el espacio aéreo –como en las telecomunicaciones–, aguas nacionales y otras tantas.

Este tipo de concesión puede ser para el mero uso del bien por parte del concesionario o puede tener el propósito de un uso provechoso, es decir, proponerse tener utilidades por el uso o explotación de los bienes concesionados.

A lo que se refiere la concesión de servicio público es al mecanismo jurídico para que el particular concesionario preste por sí propio, aunque en representación del Estado, un servicio público. Para Celso Antonio Bandeira de Mello concesión de servicio público es:

La institución a través de la cual el Estado atribuye el ejercicio de un servicio público a alguien que acepta prestarlo en nombre propio,⁷ por su cuenta y riesgo, en las condiciones fijadas y alterables unilateralmente por el poder público, pero bajo la garantía contractual de un equilibrio económico-financiero,⁸ siendo remunerado por la propia explotación del servicio, en general y básicamente, mediante tarifas cobradas directamente a los usuarios del servicio público.⁹

⁷ El autor explica haber preferido la expresión en nombre propio frente a la de en nombre del Estado con el propósito de diferenciar a la concesión del simple contrato de servicios.

⁸ El equilibrio económico financiero es imprescindible, pues de lo contrario no habría atractivo para el particular.

⁹ Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, México, Porrúa, UNAM, 1a. ed. en español, 2006, p. 625.

Es primordial encontrar la esencia conceptual de lo que es servicio público acerca del cual existe una abrumadora cantidad de definiciones que suelen concluir con un postulado más propio de la literatura que del derecho.

Por nuestra parte diría que el servicio público es sí una actividad uniforme, general, igualitaria, adaptable, y otras tantas características sensatas que la describen bien, pero lo esencial en él es la obligación del Estado para prestar el servicio específico de que se trate.

El ya citado maestro Bandeira de Mello refiere que hay servicio público “cuando el Estado considera el servicio en cuestión como propio y como privativo del poder público”.¹⁰ Bajo esa visión se entienden muy claramente los servicios públicos que la fracción III del artículo 115 constitucional señala como mínimos a cargo de los ayuntamientos.

Finalmente, advierto que es posible encontrar en la práctica administrativa que el Estado preste un servicio público a través de un particular mediante contacto, el cual se diferencia de la concesión en razón de que el contratista presta el servicio en nombre del Estado, quien le paga, y en la concesión el concesionario actúa en nombre propio y percibe su retribución y utilidad proveniente del beneficiario del servicio.

Las concesiones mixtas cómodamente se entienden como aquellas en las que se concede el aprovechamiento de bienes para la prestación de un servicio público.

Dicho lo anterior llamo su atención hacia el hecho de que, los concesionarios realizan actos jurídicos en función de facultades que no les son propios sino que pertenecen al Estado, esto lleva la consecuencia de que dichos actos entre concesionario y terceros alcanzan, en ocasiones, el carácter de actos de función administrativa, realizados a guisa de facultades propias sino conferidas, García de Enterría y Fernández lo afirman con la siguiente reflexión:

Los concesionarios de servicios públicos..., ejercitan también, en ciertos casos, auténticas funciones públicas por delegación de la autoridad concedente”.¹¹

La anterior relación en la que el concesionario es una suerte de intermediario habilitado propicia que la concesión tenga una peculiaridad que la caracteriza muy puntualmente, la cual consiste en que los beneficiarios del servicio público concesionado y, también, los terceros usuarios de los bienes públicos concesionados tienen derechos reconocidos y protegidos en los títulos de concesión, bien sea en función del servicio público que ha de prestárseles obligadamente o en función de que el mueble o inmueble público concesionado se destine a prestar un servicio oneroso al público aunque no sea propiamente un servicio público.

¹⁰ *Ibidem*, p. 633.

¹¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Bogotá, Themis, 2008, t. II, p. 589.

García de Enterría y Fernández expresan que, en la concesión, “el usuario se hace titular de los derechos que le reconoce su reglamentación”,¹² es decir, el servicio público, que corresponde prestarlo al Estado, debe atender a principios de uniformidad, igualdad, universalidad y adaptabilidad, entre otros, de manera que el gobernado conserve su derecho al servicio público debidamente protegido.

Con las brevísimas notas expuestas acerca del concepto de concesión continuó esta reseña acerca de las concesiones en el tema de telecomunicaciones comprendidas en el artículo 28 de la Constitución.

III. LA CONCESIÓN EN EL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL

En la introducción referí brevemente el desarrollo histórico del artículo 28 constitucional en materia de concesiones, ahora puntualizaré los ángulos y aspectos de la concesión de telecomunicaciones normados por el propio artículo de la ley básica.

El contenido regulatorio del artículo 28 de la ley fundamental en materia de concesiones ha sido introducido paulatinamente, en distintas épocas, atendiendo a distintos ánimos políticos, en virtud de distintos entornos sociales y económicos, inclusive utilizando lenguajes propios de distintas épocas, condiciones que no favorecen la claridad en el sentido del texto, como ahora veremos.

a) El 3 de febrero de 1983 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una amplia reforma de conceptualización económica a los artículos 25, 26, 27 y 28 constitucionales, en la que se agregó un contenido primordialmente de política económica básica constitucional, configurando la esencia del capítulo económico de la ley fundamental.

Como parte de la reforma de alusión se reestructuró por completo el artículo 28 incluyendo un párrafo noveno que ahora es el décimo primero en el que se prescribió lo siguiente:

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en caso de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.¹³

La verdad es que a la fecha de la reforma constitucional citada ya existía una gran cantidad de concesiones tanto de servicio público como de bienes federales, las cuales estaban y están reguladas en las leyes que a cada caso concreto corresponde,

¹² *Ibidem.*, p. 63.

¹³ *Diario Oficial de la Federación* de 3 de febrero de 1983.

por eso es que he comentado que dicha modificación al texto de la Constitución fue meramente conceptual y, sin duda, recogió los principios de eficacia e interés general que las normatividades específicas de una u otra forma ya consideraban.

Por cierto, la conceptualización teórica del vocablo concesión agregada a la Constitución coincide completamente con el siguiente texto planteado por el maestro Gabino Fraga en su libro de *Derecho administrativo*, en el que afirma que concesión es el:

Acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del Estado.¹⁴

Esta coincidencia conceptual, que desde luego no parece casual, ha venido a ser un merecido homenaje al maestro Fraga.

Bien, es un hecho que, en general, en la legislación no suelen agregarse definiciones, de suerte que esta adición conceptual al texto constitucional vino a dar una gran solidez jurídica a la institución de concesión, asegurando de manera altamente efectiva la uniformidad en el uso de la palabra concesión para caracterizar un acto administrativo específico en su contenido y alcances jurídicos.

b) En el año de 1995 el país se encontraba sumergido en una profunda crisis económica en la que el gobierno de la época buscó tanto deshacerse de gastos como hacerse de ingresos en todos los rubros posibles, tarea nada fácil después de años de radicales privatizaciones de empresas propias del Estado al que le quedaba poco para ofrecer en venta a la iniciativa privada, de esta manera se decidió la reforma al artículo 28 de la Constitución para permitir al gobierno en turno la privatización de la comunicación vía satélite y de los ferrocarriles, que hasta ese momento eran áreas económicas estratégicas, es decir, monopolios públicos, y vinieron a ser meramente áreas prioritarias. Consecuentemente también se agregó al texto constitucional la posibilidad de otorgar concesiones en ambas actividades, todo lo cual se contuvo en la segunda parte del cuarto párrafo que a la fecha permanece intocado mismo que dispone:

...

La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ella su rectoría protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.¹⁵

A partir de esa reforma constitucional se expidió una nueva legislación en materia de comunicación vía satélite, a la cual no haré referencia porque la última reestructuración constitucional en materia de telecomunicaciones la incluye.

¹⁴ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 31a. ed., 1992, p. 242.

¹⁵ *Diario Oficial de la Federación* de 20 de agosto de 1993.

También se expidió una nueva legislación en materia de ferrocarriles que se denominó Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, vigente hasta la fecha sin cambio alguno.

La ley reglamentaria citada considera como servicios públicos tanto el transporte ferroviario de carga como el de pasajeros y los ubica, como es lógico, sobre las vías férreas respectivas, aspecto que amerita algunos comentarios ya que la concesión versaría tanto sobre bienes públicos como sobre servicios igualmente públicos.

Me parece que el servicio ferroviario es realmente un servicio público en razón de que en principio únicamente el Estado federal lo presta, de modo que esta exclusividad acredita su responsabilidad en su prestación, no obstante que la Constitución ya no lo considere como monopolio de Estado y lo califique tan sólo como área económica prioritaria.

Ahora bien, previamente expuse la conceptualización de concesión, de concesión de bienes y de concesión de servicio público, lo que ahora quisiera dilucidar es si, no obstante el lenguaje de la ley ferroviaria, la concesión sería tanto de los primeros como de los segundos.

La respuesta ha de ser afirmativa, en la concesión ferroviaria se otorga el aprovechamiento de las líneas férreas construidas a la fecha de las concesiones, lo cual revela, sin duda posible, que existe el otorgamiento del derecho de explotación de esos extensos inmuebles.

Por otro lado, efectivamente el ferroviario se puede considerar como servicio público porque corresponde al Estado prestarlo obligatoriamente, es decir, no es una actividad que los particulares tengan derecho de realizar libremente.

Así las concesiones previstas en la Ley Ferroviaria tienen por objeto el otorgamiento del uso de la vía como la prestación del servicio público de transporte.

La experiencia tenida con esta reforma es que se licitaron y otorgaron pocas concesiones correspondiendo a las grandes rutas ferroviarias, mismas que no han tenido mayor variación a la fecha.

c) Finalmente, en 2013 tienen efecto dos reformas aditivas al texto del artículo 28 constitucional en materia de telecomunicaciones ya relatadas.

Preliminarmente mencionaré que las alusiones que hace el cuarto párrafo del artículo 28 a la comunicación vía satélite y a los ferrocarriles no fueron tocadas, pero sí habría que señalar que en cierta forma quedó superada la alusión relativa a la comunicación satelital debido a que la adición constitucional a que me voy a referir contiene una muy detallada regulación en la materia de telecomunicaciones, la cual ameritó el que se agregaran dieciocho párrafos a su redacción.

La nueva estructura en materia de concesiones en el ámbito de las telecomunicaciones es extensa, demasiado detallada y en ciertos aspectos no del todo afortunada.

A continuación destacaré algunos puntos particulares, de los muchos que podrían comentarse, de esta reciente adición al artículo 28 constitucional:

- El ámbito material en la regulación de telecomunicaciones y, por tanto, de las respectivas concesiones es la regulación, promoción, supervisión del aprovechamiento del espectro radioeléctrico, de las redes y de los servicios de radiodifusión y las telecomunicaciones.

La anterior base constitucional se desarrolla, como es natural, en la Ley de Telecomunicaciones y Radiodifusión, en ella se define particularmente:

Espectro radioeléctrico es el espacio de propagación de ondas electromagnéticas con bandas de frecuencia por debajo de los tres mil giga hertz; que la radiodifusión es la propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o audio y video a través de las bandas de frecuencia radioeléctrica, incluidas las asociadas a recursos orbitales para transmitir de manera directa y gratuita las señales de un emisor, lo que en simple castellano son la radio y la televisión, básicamente.

Telecomunicaciones son la emisión, transmisión o recepción de signos, señales, datos, escritos, imágenes, voz, sonidos o información a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos o cualquier otro sistema electromagnético, excluida naturalmente la radiodifusión, rubros que aluden, otros, a los servicios de televisión por cable, por vía satelital y los servicios de Internet.

- Las concesiones previstas respecto de la materia regulada se clasifican según su uso en:
 1. Comercial, para propósitos de difusión o comunicación abierta.
 2. Privado, para uso por parte de particulares.
 3. Público, para las instituciones que tienen este carácter.
 4. Social, atinente a temas culturales, comunitarios, indígenas y análogos.

Tanto el uso público como el social deben ser necesariamente sin fines de lucro, lo que ha llevado a prácticamente prohibir los anuncios comerciales en esos canales, lo cual es una clara desventaja fundamentalmente frente al uso comercial, no obstante que son actividades técnicamente idénticas.

Ahora bien, no es posible dejar de señalar que es un absurdo elevado a rango constitucional el que los usos público y social requieran ser otorgados mediante concesión, pues no es posible explicar que en el caso del uso público el Estado se otorgue a sí mismo el derecho que le es propio.

- El Estado otorga, revoca, autoriza cambios de control accionario de las concesiones en esta materia por conducto del Instituto Federal de Telecomunicaciones que es la autoridad en materia de competencia en el mercado de telecomunicaciones.
- El novedoso texto constitucional prevé, acertadamente, que la materia a ser concesionada, en su caso, es el espectro radioeléctrico, es decir, un bien público que según lo establecido por el párrafo cuarto del artículo 27

constitucional es de dominio directo de la República, pues se localiza en el espacio aéreo del país.

- Sin embargo, el texto del comentario en ocasiones parece confuso en tanto hace referencias no muy claras a la concesión para la prestación de servicios de radiodifusión y de telecomunicaciones, como si se tratara de servicios públicos, que no lo son.

La oscuridad en la redacción constitucional señalada, viene a materializar un franco error en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, pues en ella se califica a las telecomunicaciones y a la radiodifusión como servicios públicos, expresión del todo inaceptable pues dichas actividades no tienen las características precisas para ser consideradas como servicios públicos, fundamentalmente apunto específicamente que si el Estado no se encuentra legalmente obligado a prestar dichos servicios de telecomunicación y de radiodifusión no puede afirmarse fundada y correctamente que sean servicios públicos.

Sólo cuando el Estado, en cualquiera de sus tres niveles de gobierno, esté obligado a la prestación de un servicio puede considerarse como servicio público.

Sin duda la Constitución, ya dedicada a dilucidar detalles de la concesión en telecomunicaciones, debe determinar la obligatoriedad en la continuidad y uniformidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones y del servicio de radiodifusión, pero no en función de que se tratara de servicios públicos, que no son, sino en razón de que el concesionario asume derechos exclusivos sobre un bien público, lo cual es una responsabilidad y privilegio que al otorgar una exclusividad sobre el bien que ha de aprovechar el concesionario debe cumplir con el sentido de la legislación de los bienes nacionales, o estatales, o municipales.

Por ello se justifican las reglas, no porque se trate de un servicio público sino en función de que son bienes nacionales.

IV. EL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

El artículo 28 constitucional crea un órgano de los llamados órganos constitucionales autónomos, nomenclatura que amerita alguna explicación.

Primero quisiera mencionar que las estructuras administrativas son organizaciones diseñadas para alcanzar objetivos mediante el ejercicio de funciones y la realización de determinadas atribuciones. Jorge Javier Romero los plantea de la siguiente manera:

Las organizaciones son los espacios que dotan de una estructura a la acción humana y le permiten cumplir su papel en la división social del trabajo.¹⁶

¹⁶ Romero, Jorge Javier, “Estudio introductorio”, en Powell, Walter W. y Dimaggio, Paul J. (comps.), *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*, México, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Ad-

En este contexto el Instituto Federal de Telecomunicaciones, creado constitucionalmente, tiene la función de operar como autoridad en la materia que le da denominación, es decir, las telecomunicaciones.

Un órgano constitucional autónomo es una estructura gubernativa, que reúne dos características, esenciales, la primera es que se trata de una institución fundamental para la vida jurídica y política del país, y, la segunda, que no se encuentra integrada en alguno de los tres poderes usuales. José Ovalle Favela afirma: “La característica esencial de estos órganos constitucionales autónomos es que son regulados por la Constitución Política como órganos autónomos del Estado, que no se encuentran subordinados a alguno de los poderes tradicionales”.¹⁷

Ahora bien, quisiera preguntarme si el Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano esencial para la vida jurídico-política de México, la cuestión es pertinente porque debemos definir si el Instituto en cuestión es esencial para darle sustento institucional al Estado mexicano, porque si, como afirma Maurice Duverger, “el derecho constitucional estudia las instituciones políticas desde el ángulo jurídico”,¹⁸ entiendo que alude a las instituciones básicas para el gobierno, en este sentido el Instituto no parecería ser un órgano constitucional porque no refiere una función esencial y básica para el país, no obstante su relevancia.

Quisiera insistir, la Constitución no es un libro, lo que permitiría aceptar que la simple mención de una institución en el texto de la ley fundamental para considerarla órgano constitucional, no, la Constitución es un régimen jurídico-político, en ese sentido más preciso tendríamos que reconocer que no se trata de un órgano constitucional por no ser una institución básica para la organización esencial de la nación.

Pero sí es el Instituto en cuestión un órgano autónomo, como muchos otros, que menciona o estatuye el texto constitucional, condición que se acredita por no estar constitucionalmente integrado a alguno de los tres poderes históricos.

Este órgano que venimos observando presenta un problema estructural mucho más complejo y es el tocante al hecho de que el artículo 28 constitucional le otorga personalidad jurídica, condición sin cabida en su naturaleza.

Veamos, si es un órgano público, lo lógico es que se encuentre integrado al Estado, que en México es el que está personificado, ya que de acuerdo con el artículo 25, fracción I, del Código Civil Federal, la nación tiene personalidad jurídica, de modo que las distintas ramas de la organización pública se desempeñan como un área competente para ciertos campos atributivos, siendo los órganos simplemente ramas de la estructura gubernamental. Así lo entiende la doctrina, cito algunos ejemplos.

ministración Pública, Universidad Autónoma del Estado de México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 22.

¹⁷ <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/25/ard/ard4.pdf>, p. 116.

¹⁸ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 5a. ed. española, 1970, p. 59.

Bandeira de Mello quien afirma: “Los órganos no pasan de simples divisiones internas de la persona cuya intimidad estructural integran, esto es, no tienen personalidad jurídica”.¹⁹

Por su parte, Eréndira Salgado Ledesma, siguiendo la idea de Georg Jellinek, se expresa de este modo: “El órgano como tal no posee personalidad alguna frente al Estado. No existen, pues, dos personas, la del Estado y la del órgano entre las cuales haya una relación de derecho, sino que Estado y órgano son más bien una unidad”.²⁰

Finalmente, en este aspecto, es imprescindible citar a Agustín Gordillo, quien puntualiza el mecanismo lógico de la actuación del órgano público así: “El órgano, precisamente por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente al cual forma parte, no constituye una persona diferenciada del mismo, sino que se confunde como parte integrante de él”.²¹

El órgano público, entonces, forma parte de una integralidad que es la estructura gubernativa del Estado, principio particularmente relevante para tenerse en cuenta en relación con los órganos constitucionales autónomos, pues esa cualidad, la autonomía, no les quita ni les reduce el carácter gubernamental ni su integración a la estructura pública.

Entonces los órganos constitucionales autónomos lo que precisan es el diseño de una competencia específica ajena a los tres poderes tradicionales y no del otorgamiento de personalidad jurídica, hecho con el que se les expulsa de la estructura organizacional del Estado para constituirse en seres jurídicos distintos al mismo, lo cual es claramente desencaminado.

No vale argumentar que los órganos constitucionales autónomos tendrían una suerte de personalidad parcial pues como bien afirma Berthélemy “la personalidad es necesariamente completa”,²² no hay pedazos o segmentos de personalidad, ésta siempre es cabal, relativa en tanto está circunscrita a la consecución de su objeto o fin, pero íntegra.

Finalmente, señalaría que teniendo personalidad deja de ser parte del Estado para convertirse en distinto sujeto jurídico, hecho que repele la posibilidad de que se le considere órgano público con carácter de autoridad.

Así pues, parecería erróneo se haya dotado a este órgano autónomo de personalidad jurídica.

Los anteriores puntos han intentado esbozar, con pinceladas gruesas, el tema de las concesiones en el artículo 28 constitucional.

¹⁹ Bandeira de Mello, Celso Antonio, *op. cit.*, p.106.

²⁰ Salgado Ledesma, Eréndira, “Función pública”, en Olivos Campos, José René (coord.), *Derecho administrativo*, México, UNAM, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, 2013, p. 62.

²¹ Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 164.

²² Bonnecase, Julien, *Introducción al estudio del derecho*, Bogotá, Themis, 2a. ed., 1991, p. 46.