

Ciudad de México, a seis de junio de dos mil dieciocho. - Vistos:

I. La resolución de veintiuno de enero de dos mil diez, emitida por el Pleno de la extinta Comisión Federal de Competencia (CFC), dentro del expediente DC-08-2007,¹ mediante la cual resolvió que Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. (Telcel) tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional.

II. La resolución de veintiocho de febrero de dos mil trece, emitida por el Pleno de la CFC, dentro del recurso de reconsideración con número de expediente RA-016-2010 (Expediente),² mediante la cual confirmó que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional.

III. La sentencia de fecha veintiuno de septiembre de dos mil quince, emitida por el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa Especializada en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República (Juzgado), dentro del expediente del Juicio de amparo 212/2014, mediante la cual resolvió que "(...) *La Justicia de la Unión AMPARA Y PROTEGE a (Telcel), por los motivos y para los efectos precisados en el último considerando de la presente resolución.*" (Sentencia).

IV. La ejecutoria emitida el veintiséis de abril de dos mil dieciocho, en los autos del toca del amparo en revisión R.A. 153/2015 del índice del Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República (Ejecutoria), por la que resolvió: (I) modificar la Sentencia y, (II) amparar a Telcel en contra de la resolución de veintiocho de febrero de dos mil trece, dictada en el recurso de reconsideración RA-016-2010, para los efectos precisados en el último considerando de la Ejecutoria. Los efectos referidos en la Ejecutoria, son los siguientes:

"(...) 129. Son sustancialmente fundados los planteamientos que formula la quejosa en un apartado del segundo y quinto de sus conceptos de violación, en los que expone lo siguiente:

- a) Que es inconstitucional el hecho de que en el acto reclamado se hayan desestimado algunos de sus agravios, bajo la idea de que resultaban novedosos, "cuando en realidad se estaba ante la primera oportunidad de impugnar lo resuelto en la primera resolución definitiva del expediente DC-08-2007, en la que se modifican por primera vez situaciones procesales diversas al dictamen preliminar y actuaciones previas. ¿cómo podrían haber sido planteadas antes del recurso?
- b) Que en la resolución reclamada quedó sin atenderse y resolverse la parte del tercer agravio del recurso de reconsideración, en el que hizo valer la mutación o variación más grave del mercado materia de la declaratoria de poder sustancial, pues la CFC pretende que como consecuencia de "una declaratoria de poder sustancial en el

¹ Actualmente E-IFT/UCE/DC-001-2018 del índice de este Instituto Federal de Telecomunicaciones (Instituto).

² Expediente en que se actúa, actualmente registrado bajo el número E-IFT/UCE/RR-001-2018 del índice de este Instituto.

mercado relevante de "servicios de telefonía móvil a nivel nacional" en términos del artículo 33 bis antes señalado, se regule a través de obligaciones específicas un mercado distinto, lo que es ilegal y cambia la naturaleza, efectos, alcances y causó del procedimiento dejando a mi mandante en indefensión."

130. Para justificar la conclusión anterior, es conveniente tener presente, como hecho notorio, lo resuelto por este Tribunal dentro del recurso de revisión 82/2016, en sesión de diecinueve de enero de dos mil diecisiete, bajo la ponencia del Magistrado Patricio González-Loyola Pérez.

(...)

132. El recurso citado derivó del juicio de amparo 575/2012, del índice del Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, promovido también por la aquí quejosa (Telcel), en el que reclamó, entre otros actos, la resolución de catorce de marzo de dos mil doce, emitida por el Pleno de la Comisión Federal de Competencia, en la que al decidir el recurso de reconsideración interpuesto resolvió, por un lado, confirmar la resolución de veintisiete de octubre de dos mil once, que declaró que la quejosa tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de terminación conmutada prestados en sus redes móviles a los demás concesionarios de servicios locales y a los concesionarios de larga distancia y, por el otro, modificarla para concluir que no existen elementos suficientes para declarar la existencia de poder sustancial de otros agentes económicos en ese mercado.

133. En la sentencia que decidió el juicio de amparo en comentario, el juez de Distrito resolvió, en lo que interesa, concederle el amparo a la quejosa (Telcel), en contra de la resolución de catorce de marzo de dos mil doce, que decidió el recurso de reconsideración.

134. Ello, con base en dos razones:

a) Por un lado, porque los artículos 33 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, así como 54 y 55 de su reglamento, no contemplaban la preclusión del derecho del agente económico para proponer argumentos en el recurso de reconsideración cuando no los hiciera valer durante el procedimiento, por lo que la responsable no podía declarar inoperantes los que formuló la quejosa en el recurso, estimando que reiteraba los que había expuesto al realizar manifestaciones en contra del dictamen preliminar y demás actos procesales, abundaba sobre ellos, los mejoraba o planteaba otros novedosos;

b) Por otro, el juez de Distrito advirtió que, en parte de sus agravios en el recurso de reconsideración, la quejosa había destacado el hecho de que en la resolución recurrida no se habían atendido y resuelto en forma congruente y legal sus alegatos o manifestaciones, por lo que la comisión responsable estaba obligada a explicar de manera fundada y motivada si se habían atendido o no en sus términos esas manifestaciones y alegatos propuestos, o bien, determinar si la resolución recurrida resultaba incongruente.

135. La autoridad responsable y las terceras interesadas dentro del juicio de amparo, se inconformaron con la concesión del amparo decretada por el juez de Distrito, por lo que interpusieron recurso de revisión, lo que dio lugar al expediente 82/2016, en el que este tribunal se ocupó de dilucidar, en lo que interesa, el tema relativo a cómo se integra la litis en el recurso de reconsideración.

(...)

137. Con base en las consideraciones transcritas y otras adicionales, este tribunal confirmó la decisión del juez de Distrito de concederle el amparo a la quejosa. (...)

138. Dicho lo anterior, en el caso de nuestra atención de la resolución de veintiocho de febrero de dos mil trece, dictada en el recurso de reconsideración RA-016-2010, mediante la cual se confirmó la diversa de veintiuno de enero de dos mil diez, en la que se determinó que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional, se advierte que asiste razón a la quejosa en cuanto a los conceptos de violación que quedaron enunciados.

139. De los siguientes apartados de la resolución reclamada se observa que la CFC resolvió lo siguiente en cuanto a algunos de los agravios que planteó la quejosa en su recurso de reconsideración:

a) Al analizar el décimo de los agravios que formuló la quejosa, respecto del ilegal uso y determinación del grupo de interés económico, concretamente el identificado como **"III.10.3 La resolución definitiva es ilegal porque viola los artículos 1, 3, 33 bis, 34 bis, último párrafo, de la LFCE, 55, 56 del RLFCE, 222, 348 y 349 del CFPC."**, la CFC resolvió lo siguiente (ver páginas 162 a 165 de la resolución reclamada):

"Acerca de la irrelevancia de entrar al estudio de GIE, el argumento **es inoperante por abundar en sus manifestaciones y por novedoso**. De conformidad con el artículo 33 bis, fracción IV de la LFCE, el momento para manifestarse respecto del DICTAMEN y los actos procesales previsto es el escrito de manifestaciones respectivo, ahí que TELCEL pretenda mejorar sus argumentos y agregar otros novedosos, sin que combata la RESOLUCIÓN DEFINITIVA.

..."

En adición a lo anterior, la CFC respondió a qué obedecía el análisis sobre la existencia de un grupo de interés económico: que dicho concepto si existía y era aplicable; y que en el caso concreto se concluyó que Telcel actualizaba diversos supuestos que se debían evaluar para determinar si los agentes económicos formaban parte de un grupo de interés económico.

b) Al examinar el décimo segundo de los agravios vinculado con la indebida definición de mercado relevante y poder sustancial concretamente el identificado como **"III.12.6 Diferenciales on-net/off-net"**, la CFC resolvió nuevamente lo siguiente (ver páginas 212 y 213 de la resolución reclamada).

"Los argumentos de TELCEL son inoperantes por novedosos toda vez que los mismos están encaminados a desvirtuar el DICTAMEN y no la RESOLUCIÓN DEFINITIVA. De conformidad con el artículo 33 bis, fracción IV de la LFCE, el momento para manifestarse respecto al DICTAMEN y los actos procesales previos es el escrito de manifestaciones respectivo de ahí que TELCEL pretenda mejorar sus argumentos y agregar otros novedosos sin que combata la RESOLUCIÓN DEFINITIVA."

Adicionalmente, la CFC respondió que la referencia que hacía la recurrente en el inciso c) del agravio de que se trata -dividido en tres incisos a), b) y c)- se vinculaba con el dictamen preliminar, lo cual había sido modificado en la resolución definitiva, como se constaba de la página 216 de la misma, y que ello constituía un elemento agregado que confirmaba la inoperancia de las manifestaciones de TELCEL, sobre el tema on-net y off-net.

c) Asimismo, al examinar el décimo segundo de los agravios, concretamente los que hizo valer la recurrente en el apartado identificado como "III. 12.7 Barreras a la entrada", la CFC resolvió, nuevamente, lo siguiente (ver página 215 de la resolución reclamada):

...

En relación a SAI y la posibilidad de utilizar espectro con fines especulativos, esta afirmación de TELCEL es inoperante por novedosa, en virtud de que dicha situación no fue señalada en el escrito de manifestaciones al DICTAMEN y, por lo tanto, esta autoridad no pudo haberla analizado al emitir la RESOLUCIÓN DEFINITIVA.

...

Su argumento es inoperante por novedoso y no combatir la RESOLUCIÓN DEFINITIVA, toda vez que en ninguna parte de la resolución se mencionó el uso de las redes sociales como medio para disminuir costos en cuanto a la publicidad por parte de los agentes económicos en el mercado, es más, ni siquiera se hizo referencia a tales redes. En consecuencia, esta autoridad se ve imposibilitada para entrar al estudio de su argumento, toda vez que debió haberlo planteado en sus manifestaciones al DICTAMEN si es que estimaba que debía haberse considerado dentro de la RESOLUCIÓN DEFINITIVA y, por no hacerlo dentro del momento procesal que resultaba oportuno para ello, precluyó en su perjuicio su derecho para alegarlo.

d) Igualmente, de la resolución reclamada se observa que al abordar la CFC el estudio del tercer agravio que planteó la recurrente en relación con el tema de la modificación del mercado investigado (ver página 95 a 104 de la resolución reclamada), no se ocupó de examinar el argumento que formuló la recurrida, en virtud de que varió el mercado materia de la declaratoria, pues la CFC pretendía que como consecuencia de una declaratoria de poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional, se regulara a través de obligaciones específicas un mercado distinto, lo que dijo la recurrente era ilegal, ya que cambiaba la naturaleza, efectos, alcances y causa del procedimiento dejándola en estado de indefensión. En apoyo a su planteamiento la recurrente transcribió el párrafo 339 de la resolución recurrida.

140. Como se puede notar del inciso c), la CFC a partir de la premisa de que en el recurso de reconsideración no se podía plantear argumentos novedosos, es decir, cuestiones que no se hubiesen formulado al pronunciarse sobre el dictamen preliminar calificó como inoperantes los aspectos que adujo el recurrente en su defensa, pues en su opinión había operado la preclusión para ello.

141. Asimismo, el planteamiento que quedó enunciado en el inciso d) en el sentido de que la CFC pretendía que, como consecuencia de una declaratoria de poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional, se regulara un mercado distinto a través de obligaciones específicas, tal como se constaba del párrafo 339 de la resolución recurrida, ni siquiera mereció algún pronunciamiento de la responsable en el acto reclamado.

142. Igualmente en relación con los argumentos enunciados en los incisos a) y b), la CFC señaló, nuevamente, que eran novedosos, puesto que al momento para inconformarse respecto del dictamen preliminar y los actos procesales previos era el escrito mediante el cual se hacían manifestaciones en torno a dicho dictamen, de tal modo que la hoy quejosa solamente pretendía mejorar sus argumentos.

143. Como se puede ver, la autoridad responsable obvió el estudio de los agravios enunciados en los incisos a), b) y c), con base en una premisa ilegal, pues, como lo sostuvo este tribunal en la ejecutoria y tesis a que se ha hecho referencia en el recurso de reconsideración opera la litis abierta, lo que significa que el recurrente puede plantear todas las cuestiones jurídicas que estime convenientes a su interés, pues no precluye su derecho para hacerlas valer en el recurso de reconsideración por no haberlas formulado durante alguna de las etapas del procedimiento relativo.

144. Además, en cuanto al agravio enunciado en el inciso d) ni siquiera se pronunció.

145. No escapa a la atención de este tribunal que en cuanto a los aspectos enunciados en los a) y b) la responsable señaló adicionalmente las cuestiones que quedaron relatadas; sin embargo, lo cierto es que con esas consideraciones no se dio respuesta los agravios puntuales planeados por la recurrente.

146. Por ejemplo, en relación con el tema sintetizado en el inciso a), de la resolución reclamada, se observa que se anotó que la recurrente señaló que eran ilegales ciertos numerales y anexos de la resolución recurrida, en los que se mencionaba el concepto de grupo de interés económico, sosteniendo que la quejosa era parte de uno, ya que esto carecía de fundamentación y motivación; sin embargo, de las consideraciones adicionales que sostuvo la responsable se advierte que no dio una respuesta concreta en torno a tal argumentación, sino que a partir de la premisa de que era un argumento novedoso se concretó a exponer a que obedecía el análisis sobre la existencia de un grupo de interés económico; que dicho concepto sí existía y era aplicable; y que en concreto se concluyó que Telcel actualizaba diversos supuestos que se debían evaluar para determinar si los agentes económicos formaban parte de un grupo de interés económico.

147. Lo mismo sucede con los agravios que formuló la quejosa enunciados en el inciso b) sobre la indebida definición de mercado relevante y poder sustancial, particularmente respecto a las diferencias de las tarifas off-net/on-net, ya que si bien adicionalmente la responsable señaló que uno de los tres argumentos que formulaba la recurrente aludía a un aspecto del dictamen preliminar que había sido modificado en la resolución definitiva, como constaba de la página doscientos dieciséis de ésta, lo que constituía un elemento agregado que confirmaba la inoperancia de las manifestaciones de la inconforme sobre el tema on-net y off-net, lo cierto es que de la resolución recurrida en reconsideración concretamente del apartado en el que se hizo el análisis del poder sustancial, particularmente el número "XIV.2.6 Distribución de precios" (páginas 215 y 216), la responsable concluyó: De lo señalado anteriormente se concluye que Telcel siendo el operador de la red más grande, tiene incentivos para dar una tarifa OFF-NET por encima de costos.

148. De acuerdo con lo anterior si la resolución recurrida en reconsideración contenía referencias en torno a las tarifas off-net, la responsable estaba constreñida a examinar los agravios que sobre ese tópico planteaba la recurrente y no a obviar su estudio por envolver una temática novedosa no formulada en el escrito de manifestaciones que se presentó respecto del dictamen preliminar.

149. Atento lo expuesto, al resultar fundados y preferentes los conceptos de violación examinados, lo procedente es concederle amparo a la quejosa para efecto de que:

a) Se deje insubsistente la resolución de veintiocho de febrero de dos mil trece, dictada en el recurso de reconsideración RA-016-2010, mediante la cual se confirmó la diversa de veintiuno de enero de dos mil diez, en la que se determinó que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional.

b) Con plenitud de jurisdicción se emita otra, en la que se analicen los argumentos que quedaron enunciados en esta ejecutoria.

(...)

152. Resta señalar que conforme a las reformas del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece, la autoridad que debe cumplir con la presente resolución es el Instituto Federal de Telecomunicaciones, al ser la autoridad sustituta de la extinta Comisión Federal de Competencia.

(...)

154. En atención a lo resuelto y en cuanto a los actos reclamados que constituyen la materia de la litis en esta ejecutoria con apoyo además en los artículos 107, fracción VIII, inciso a, de la Constitución General de la República, 61 fracción I, inciso e, y 84 de la Ley de Amparo, y 10, fracción II, inciso a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se:

RESUELVE:

PRIMERO.- *Se modifica la sentencia recurrida.*

(...)

CUARTO.- *La Justicia de la Unión ampara y protege a la quejosa Radiomóvil Dipsa, Sociedad Anónima de Capital Variable, en contra de la resolución de veintiocho de febrero de dos mil trece, dictada en el recurso de reconsideración RA-016-2010, mediante la cual se confirmó la diversa de veintiuno de enero de dos mil diez, en la que se determinó que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional, para lo efectos precisados en el fallo. (...)* (Énfasis añadido)

V. El acuerdo de fecha ocho de mayo de dos mil dieciocho, emitido por el Juzgado en el expediente del juicio de amparo número 212/2014, y recibido en la oficialía de partes de este Instituto el día diez de mayo siguiente, mediante el cual se requiere a esta autoridad el cumplimiento de la Ejecutoria en los siguientes términos (Acuerdo del Juzgado):

"(...) I. Deje insubsistente la resolución de veintiocho de febrero de dos mil trece, dictada en el recurso de reconsideración RA-016-2010, mediante la cual se confirmó la diversa de veintiuno de enero de dos mil diez, en la que se determinó que Telcel tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional.

II. Con plenitud de jurisdicción se emita otra, en la que se analicen los argumentos que quedaron enunciados en la ejecutoria de mérito. (...)"

(Énfasis añadido)

VI. Mediante acuerdo de fecha veintidós de mayo de dos mil dieciocho, este Instituto se declaró competente para conocer y tramitar lo relacionado con el expediente en que se actúa; se tuvieron por recibidas las constancias del expediente administrativo RA-016-2010, del índice de la extinta CFC, en consecuencia, se registró el expediente en el libro de gobierno de la Unidad de Competencia Económica del Instituto bajo el número E-IFT/UCE/RR-001-2018, para los efectos legales a que haya lugar.

En virtud de lo anterior, el Pleno de este Instituto Federal de Telecomunicaciones de conformidad con los artículos 28, párrafos décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto y vigésimo, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;³ 24, fracción IV, de la Ley Federal de Competencia Económica³ 65, fracciones I y II, 66, fracción VIII, del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica;⁴ Sexto Transitorio, del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos

³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos y reformada mediante decreto publicado en el DOF veintiocho de junio de dos mil seis.

⁴ Publicado en el DOF el doce de octubre de dos mil siete.

*Humanos, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, de la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos”;*⁵ Tercero Transitorio del “Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones expide las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica para los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión”,⁶ y 1, 4, fracción I, del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones,⁷

ACUERDA:

Primero.- En cumplimiento a lo ordenado en la ejecutoria emitida el veintiséis de abril de dos mil dieciocho por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República en los autos del toca de amparo en revisión R.A. 153/2015 de su índice; se toma conocimiento de la misma y en consecuencia **se deja insubsistente** la resolución de fecha veintiocho de febrero de dos mil trece, emitida por el Pleno de la extinta Comisión Federal de Competencia, dentro del recurso de reconsideración con número de expediente RA-016-2010 de su índice, actualmente E-IFT/UCE/RR-001-2018 del índice de este Instituto.

Segundo. - Instruir a la Unidad de Competencia Económica de este Instituto a efecto de que realice las gestiones necesarias para continuar con el cumplimiento de la Ejecutoria y presente a este Pleno, un proyecto de resolución en donde se atiendan cabalmente todos y cada uno de los puntos indicados en el numeral IV del proemio del presente acuerdo.

Tercero.- Instruir a la Unidad de Asuntos Jurídicos de este Instituto a efecto de que exhiba este Acuerdo al Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa Especializada en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República y gestione una prórroga para dar cumplimiento a lo ordenado en el resolutivo cuarto de la Ejecutoria emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República.

⁵ Publicado en el DOF el veintisiete de enero de dos mil diecisiete.

⁶ Publicado en el DOF el doce de enero de dos mil quince.

⁷ Publicado en el DOF el cuatro de septiembre de dos mil catorce y modificado mediante Acuerdo publicado en el DOF el diecisiete de octubre del mismo año.

Cuarto. - Notifíquese.



Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar
Comisionado Presidente

María Elena Estavillo Flores
Comisionada



Mario Germán Fromow Rangel
Comisionado



Adolfo Cuevas Teja
Comisionado



Javier Juárez Mojica
Comisionado



Arturo Robles Rovalo
Comisionado



Sóstenes Díaz González
Comisionado

El presente Acuerdo fue aprobado por el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones en su XX Sesión Ordinaria celebrada el 6 de junio de 2018, por unanimidad de votos de los Comisionados Gabriel Oswaldo Contreras Saldívar, Mario Germán Fromow Rangel, Adolfo Cuevas Teja, Javier Juárez Mojica, Arturo Robles Rovalo y Sóstenes Díaz González; con fundamento en los párrafos vigésimo, fracciones I y III; y vigésimo primero, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 7, 16 y 45 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; 5 y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica; así como en los artículos 1, 7, 8 y 12 del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones, mediante Acuerdo P/IFT/060618/423.

La Comisionada María Elena Estavillo Flores manifestó su impedimento legal para conocer del presente asunto, y el Pleno calificó su excusa como procedente, conforme a lo establecido en los artículos 24 fracción IV de la Ley Federal de Competencia Económica, y 6 fracción XXIII del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones.